L'arbitrage international: guide à l'usage des non-juristes

Matthias Collot, Laurent Debeaud

▶ **To cite this version:**

Matthias Collot, Laurent Debeaud. L'arbitrage international: guide à l'usage des non-juristes. Sciences de l'ingénieur [physics]. 2000. hal-01908473

HAL Id: hal-01908473

https://minesparis-psl.hal.science/hal-01908473

Submitted on 30 Oct 2018

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

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

École des Mines de Paris

ÉCOLE NATIONALE
SUPÉRIEURE DES
MINES
BIBLIOTHÈQUE
IE1 [422]

L'arbitrage international

Guide à l'usage des non-juristes

Consultation
sur place

Matthias Collot

Laurent Debeaud

École des Mines de Paris

ÉCOLE NATIONALE
SUPÉRIEURE DES
MINES
BIBLIOTHÈQUE
IE λ [622]

L'arbitrage international

Guide à l'usage des non-juristes

Mémoire de troisième année

Matthias Collot
Laurent Debeaud

Juillet 2000

Table des matières

INTRODUCTION 3

I. RÉPONSES À QUELQUES QUESTIONS SIMPLES 5

QU'EST-CE QUE L'ARBITRAGE ? 5
QUELS SONT LES CONCURRENTS DE L'ARBITRAGE ? 5
EST-CE QUE L'ARBITRAGE EST UN MOYEN DE RÉGLER LES LITIGES À L'AMIABLE ? 5
QUELLES GARANTIES OFFRE L'ARBITRAGE ? 6
POUR QUELS TYPES DE LITIGES L'ARBITRAGE EST-IL UTILISÉ ? 7
COMMENT SONT CHOISIS LES ARBITRES ? 7
COMBIEN DE TEMPS DURE UN ARBITRAGE ? COMBIEN CELA COÛTE-T-IL ? 8
QUE PENSE L'ÉTAT DE CETTE JUSTICE PRIVÉE ? 8

II. TROIS EXEMPLES POUR ENTRER EN MATIÈRE 9

II.1 PREMIER EXEMPLE : UNE CESSION D'ACTIVITÉ 9
II.2 DEUXIÈME EXEMPLE : ARBITRAGE INTERNATIONAL LONG ET PROCÉDURIER 11
II.3 TROISIÈME EXEMPLE : ARBITRAGE SECTORIEL DANS L'AGROALIMENTAIRE 17

III. COMMENT S'Y RETROUVER DANS LE DISCOURS OFFICIEL ? 19

III.1 AVANTAGES PRÉTENDUS ET RÉELS DE L'ARBITRAGE 19
III.2 DIFFÉRENTS TYPES D'ARBITRAGE POUR DIFFÉRENTS BESOINS 21
III.3 LA SOURCE DU DISCOURS OFFICIEL : LES ACTEURS DE L'ARBITRAGE 23

IV. LE CONTEXTE INTERNATIONAL 28

IV.1 CONTEXTE JURIDIQUE INTERNATIONAL 28
IV.2 PROMOTION ET DÉVELOPPEMENT DE L'ARBITRAGE AU NIVEAU MONDIAL 34
IV.3 QUELQUES DONNÉES SUR LE DÉVELOPPEMENT DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL 47
IV.4 L'ARBITRAGE FACE AUX AUTRES SOLUTIONS 49

V. GUIDE PRATIQUE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL 52

« DOIS-JE UTILISER L'ARBITRAGE ? » 52
V.1 IL Y A DEUX MOMENTS OÙ L'ON PEUT SE POSER CETTE QUESTION 52
V.2 LORS DE LA NÉGOCIATION DU CONTRAT 52
V.3 À L'APPARITION DU LITIGE 63
V.4 EN COURS D'ARBITRAGE 64

CONCLUSION 67

LEXIQUE 69

BIBLIOGRAPHIE ET RÉFÉRENCES 75

REMERCIEMENTS 77

PÉKIN 21 MARS 1991 21:00

Vous entamez satisfait la dernière page du contrat de construction d'un barrage que votre société, FranceTP, va signer avec une société publique chinoise. Pour vous qui représentez le groupe dans ce pays, c'est l'aboutissement d'un an de négociations serrées où tous les éléments, délais et prix notamment, ont fait l'objet de négociations âpres et épuisantes. Après plusieurs hésitations de la part des Chinois, ceux-ci semblent enfin décidés à signer et vous ont donné rendez-vous à cet effet pour le lendemain.

Votre téléphone sonne : le directeur juridique vous appelle de Paris pour vous donner l'avis du siège sur le contrat. Il remarque que les Chinois, qui ont rédigé l'ébauche du contrat, n'ont pas inséré de clause de règlement de litiges et que cela lui semble préjudiciable. Il vous propose alors d'introduire « une clause compromissoire prévoyant un arbitrage à Singapour suivant le règlement du CCI ». Mais comme il n'est pas sûr que vos partenaires chinois acceptent, il vous donne pour deuxième solution une clause « de type CIETAC ». Malgré ses explications concernant l'arbitrage, vous n'y comprenez pas grand chose et vous ne vous voyez pas aller négocier cette clause, dont ne vous maîtrisez pas les subtilités, avec vos partenaires chinois, qui pourraient se froisser de ce contre temps : pour vous le plus important, ce sont d'abord les prix et les délais négociés.

Votre réticence est d'autant plus grande qu'un de vos amis travaillant dans une entreprise concurrente est impliqué depuis dix ans dans un arbitrage dont on parle beaucoup dans sa société, étant donnés les coûts et la lourdeur de procédure qu'il représente. Vous acceptez tout de même les propositions du directeur juridique, mais le lendemain face au manque d'enthousiasme de vos interlocuteurs sur le sujet et peut-être votre incompréhension de l'importance d'une telle clause, vous décidez de ne pas remettre en cause tous les éléments déjà négociés et signez le contrat en évinçant la clause de règlement de litiges.

PARIS 03 AVRIL 1995 13:00

Vous recevez une assignation devant le tribunal de Pékin suite à la plainte déposée par la société chinoise qui réclame 40 millions de dollars pour non-respect des délais. Le directeur juridique vous prévient que votre cas est perdu d'avance et regrette que vous n'ayez pas réussi à convaincre l'entreprise chinoise quatre ans plus tôt…

Ce bref exemple introductif souligne que des non-juristes sont de plus en plus souvent amenés à manipuler des concepts juridiques et à se prononcer sur des contrats dont la complexité croît avec l'internationalisation et la place grandissante de l'arme juridique dans la vie des affaires. Dans ce contexte, les entreprises françaises misent beaucoup sur la polyvalence de leur personnel et notamment des ingénieurs. Même si le non-juriste a parfois accès des informations sur l'arbitrage, il n'aura pourtant ni le goût ni le temps de se plonger dans l'un des nombreux ouvrages juridiques écrits à ce sujet.

Partant de ce constat, nous avons jugé pertinent de proposer un guide pratique de l'arbitrage international, écrit par des non-juristes à l'attention de non-juristes. Une des qualités premières de ce guide sera donc d'offrir un accès facile à un public très large afin de sensibiliser et expliquer à des non-spécialistes les enjeux que représente le choix d'un type de règlement de litiges à l'international. En nous appuyant sur des exemples, des modèles et des réflexions livrées par les juristes d'entreprise que nous avons rencontrés, nous souhaitons offrir une vision des degrés de liberté dans ce choix, des points déterminants à prendre en compte, et de la pratique courante de l'arbitrage par des entreprises de divers secteurs.

I. Réponses à quelques questions simples

Qu'est-ce que l'arbitrage ?

L'arbitrage est un mode de résolution de litiges dans lequel les deux parties s'en remettent à un tribunal privé, qu'elles constituent en nommant le plus souvent un ou trois arbitres. Ces derniers rendent une sentence qui s'impose aux parties. Cette sentence est dite exécutoire parce que chacune des parties peut faire appel à la puissance publique pour la faire appliquer.

Le recours à l'arbitrage résulte nécessairement du consentement des deux parties : ce consentement peut être exprimé soit dès la signature du contrat, dans une clause d'arbitrage ou ***clause compromissoire***, soit lors de l'apparition du litige par la signature d'un ***compromis***.

On distingue l'***arbitrage interne***, à caractère strictement national, de l'***arbitrage international***. Cette distinction n'est pas toujours clairement définie, mais elle est d'importance car dans de nombreux pays, dont la France, ces deux formes d'arbitrage sont régies par des lois différentes.

On distingue également l'***arbitrage ad hoc***, qui est intégralement organisé par les parties, de l'***arbitrage institutionnel***, dans lequel les parties appliquent le règlement d'une institution d'arbitrage.

Quels sont les concurrents de l'arbitrage ?

On peut citer les modes de résolution de litiges suivants :

- La justice étatique, rendue par les tribunaux d'État. Les jugements s'imposent évidemment aux parties, mais leurs effets sont le plus souvent limités à un pays ou quelques pays ayant signé des accords bilatéraux ou des conventions multilatérales.
- La conciliation, procédure amiable au cours de laquelle un tiers, le conciliateur, tente de parvenir à un accord entre les parties.
- La médiation, très proche de la conciliation, mais dans laquelle le médiateur à un rôle plus actif que le conciliateur. Cependant, comme pour la conciliation, l'avis du médiateur n'a rien d'obligatoire.

Est-ce que l'arbitrage est un moyen de régler les litiges à l'amiable ?

Soyons clairs : non !

Les sentences arbitrales s'imposant aux parties, la procédure et l'attitude des parties s'apparentent plus à celles de la justice étatique qu'à celles d'une négociation amiable. On peut citer pour illustrer ceci un commentaire formulé dans la Revue de

l'arbitrage par Daniel Cohen, docteur en droit, suite à une affaire particulièrement disputée **[16]** :

> *« L'arbitrage, principalement en matière internationale, devient le théâtre d'âpres conflits et paraît de plus en plus s'éloigner d'un idéal de pacification des rapports commerciaux. »*

En conséquence, la procédure d'arbitrage est généralement formelle et solennelle. Elle varie selon les organismes d'arbitrage et les arbitres, mais on retrouve le plus souvent les mêmes caractéristiques. Les différentes réunions ont lieu en terrain neutre, dans une salle de conférence d'un hôtel par exemple. Les arbitres procèdent aux auditions des parties et des témoins sous une forme très proche des auditions d'un tribunal étatique. De nombreux détails rappellent un tribunal et confèrent à la procédure arbitrale légitimité et solennité. Ainsi, même la disposition des tables a son importance : on les place en général en U, chaque partie étant sur un coté et les arbitres siégeant au centre, tandis qu'un pupitre face aux arbitres est utilisé pour les auditions.

Au cours des procédures arbitrales les plus strictes, les parties ne peuvent s'adresser au tribunal arbitral que par l'intermédiaire de leur avocat.

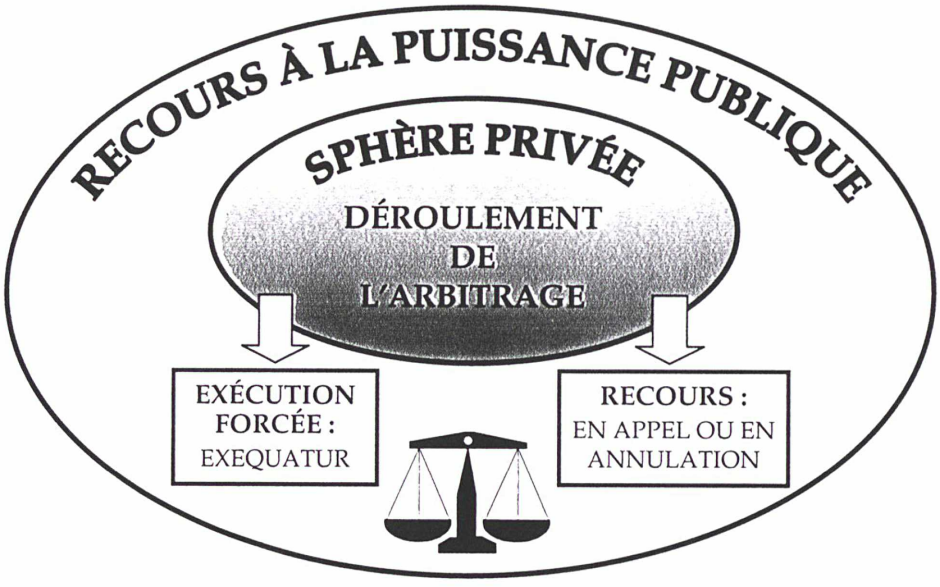
Quelles garanties offre l'arbitrage ?

L'arbitrage permet d'obtenir une sentence exécutoire, ce qui signifie qu'en cas de refus d'une des parties d'appliquer cette sentence, l'autre partie pourra faire appel à la puissance publique d'un État. Elle devra pour cela demander l'***exequatur*** de la sentence devant les tribunaux de cet État. S'il s'agit d'un arbitrage interne, c'est la loi du pays qui en prévoit les modalités, et pour un arbitrage international, l'exequatur est en général régie par la convention de New York, qui prévoit l'application des sentences arbitrales étrangères. Cette convention est en vigueur dans plus de 120 pays signataires.

Le tribunal chargé d'accorder l'exequatur à la sentence arbitrale ne doit pas juger le fond du litige, mais simplement le respect par le tribunal arbitral de règles de procédure et de l'ordre public national et international.
Parmi les règles que doit respecter la procédure arbitrale, on peut citer le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire : tous les éléments doivent pouvoir donner lieu à un débat contradictoire entre les parties.

Pour ce qui est des possibilités d'***appel***, celui-ci a normalement lieu devant les tribunaux d'appel de l'État où a été rendue la sentence arbitrale. Cependant, les parties renoncent souvent à leur droit d'appel pour limiter les possibilités de recours, très coûteux en temps et en procédure.
Dans ce cas, il reste aux parties la possibilité de faire un ***recours en annulation*** de la sentence, également devant les tribunaux d'appel de l'État où elle a été rendue. À

nouveau, le tribunal ne jugera alors pas le fond du litige, mais le respect par les arbitres des règles de procédure et de l'ordre public national ou international.



Pour quels types de litiges l'arbitrage est-il utilisé ?

Comme nous le verrons au travers des exemples, l'arbitrage est utilisé pour des litiges très variés. Certains secteurs économiques y ont beaucoup recours comme le commerce maritime et le BTP ; c'est également une solution très courante pour les litiges liés à des grands contrats internationaux.

Comment sont choisis les arbitres ?

Ce sont les parties qui choisissent librement les arbitres. Il s'agit en général de spécialistes du droit : professeurs de droit, anciens magistrats, avocats ou juristes d'entreprises, ou bien d'experts de domaines techniques ou financiers : experts en construction, experts-comptables, etc...

Lorsque les parties ont choisi de faire appel à un arbitre unique, elles doivent le nommer d'un commun accord, ou faire appel à une institution d'arbitrage ou un tribunal étatique pour le nommer si elles n'y parviennent pas. Lorsque le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre, puis le troisième arbitre, président du tribunal, est nommé par ces deux arbitres.

Les institutions d'arbitrage ont très souvent une liste d'arbitres dans laquelle les parties peuvent choisir ceux qui seront les plus compétents pour trancher leur litige.

On peut enfin remarquer que les arbitres forment un monde assez fermé et que l'on retrouve très souvent les mêmes noms.

Combien de temps dure un arbitrage ? Combien cela coûte-t-il ?

Même si la durée d'un arbitrage est souvent fixée à six mois, ce délai est fait pour être étendu. En effet, la résolution d'un litige est souvent longue, quel que soit le mode de règlement choisi. Et l'arbitrage ne déroge pas à cette règle : seuls les litiges les plus simples pourront être résolus en moins d'un an, et pour ce qui est des litiges internationaux, juridiquement complexes, la durée moyenne de la procédure arbitrale est d'environ trois ans…

À cette procédure arbitrale, il faut souvent ajouter :

- soit le temps nécessaire pour obtenir l'application de la sentence, dans un pays qui peut être différent de celui où elle a été rendue,
- soit la durée des recours en appel ou en annulation, puis d'un éventuel pourvoi en cassation.

Ces procédures, qui se déroulent devant les juridictions étatiques peuvent elles-mêmes être très longues.

Il semble cependant que ce soit le prix à payer pour pouvoir obtenir une sentence exécutoire. Il ne serait en effet pas concevable que les sentences arbitrales s'imposent aux parties si l'arbitrage n'offrait pas des garanties juridiques suffisantes.

De même, l'arbitrage est souvent présenté comme peu coûteux, ce qui peut être vrai pour certaines procédures très simples. Mais de l'avis général des usagers de l'arbitrage international, ce mode de résolution de litiges coûte très cher.
Cependant, le coût de l'arbitrage n'a pas grand sens s'il n'est pas comparé au coût de ses concurrents et aux avantages qu'il peut procurer : il peut être très intéressant de payer très cher un arbitrage pour gagner une affaire aux enjeux importants plutôt que la perdre devant un tribunal acquis à la partie adverse.

Que pense l'État de cette justice privée ?

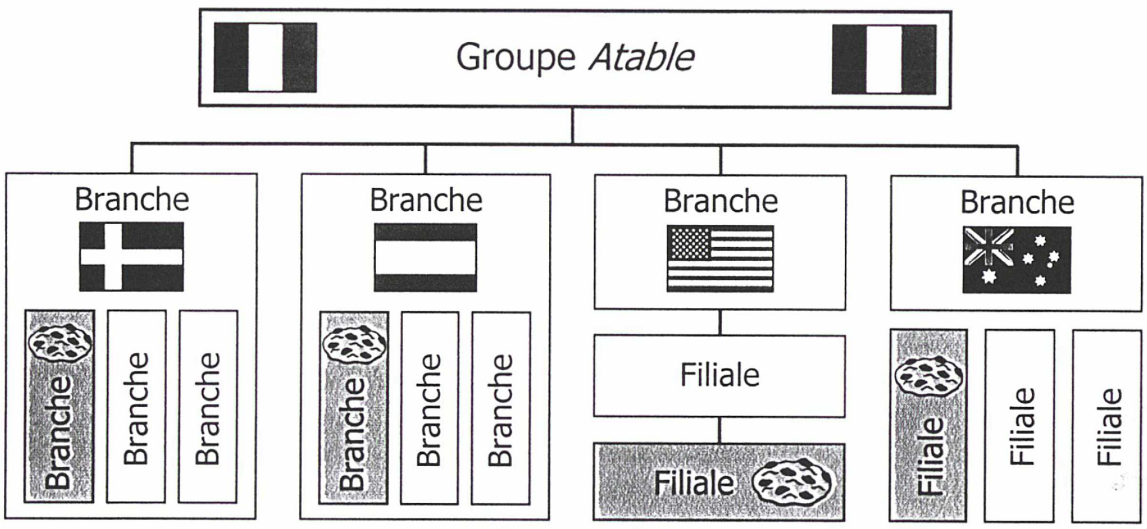
Comme nous le verrons, la plupart des États favorisent aujourd'hui l'arbitrage. Il peut en effet être un moyen de soulager des tribunaux surchargés, mais il offre également des possibilités inégalées en matière de commerce international.

De plus, l'État conserve un droit de regard sur des éléments qu'il juge essentiels lorsque les deux parties n'exécutent pas la sentence spontanément.

II. Trois exemples pour entrer en matière

II.1 Premier exemple[1] : une cession d'activité

Un groupe agroalimentaire français, *Atable*, cède son activité biscuits à une société espagnole, *Bueno*. Cette activité a été jusqu'alors exploitée par *Atable* à travers plusieurs branches et filiales dans différents pays.



La valeur de l'activité est évaluée en considérant sa « valeur d'autonomie » ou « stand-alone value », c'est-à-dire la valeur qu'aurait une société indépendante et autonome de même activité.

Les deux sociétés étant côtées en bourse, elles préfèrent qu'une certaine confidentialité entoure le contrat, et qu'en cas de litige, leurs différends ne soient pas étalés sur la place publique. Elles insèrent donc dans le contrat de cession une clause compromissoire, c'est-à-dire une clause contractuelle stipulant qu'en cas de litige lié au contrat, les parties auront recours à l'arbitrage.

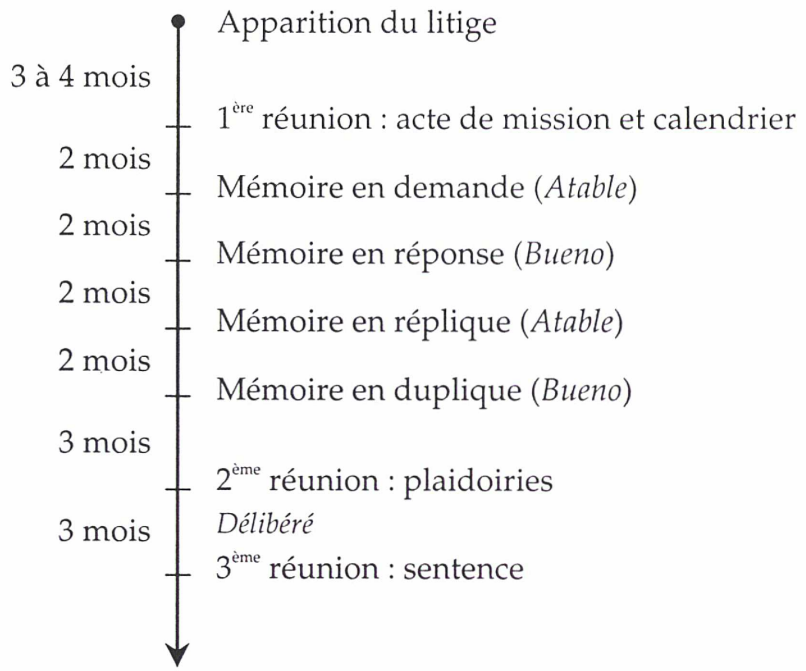
Quelques mois après que le contrat de cession a été signé naît un différend entre les deux groupes, portant sur la notion de « stand-alone value ». En effet, *Bueno* considère que certaines fonctions font défaut dans certains pays pour exploiter l'activité, par exemple un service de marketing en Espagne, un directeur commercial en Australie. La compensation demandée par *Bueno* s'élève à 72 millions de francs.

Ainsi que le prévoyait le contrat se met donc en place un arbitrage ad hoc, c'est-à-dire un arbitrage entièrement organisé par les parties, sans recours à une institution d'arbitrage. La procédure est lancée par *Atable*, lassée par les demandes répétées de *Bueno*, qui fait savoir à celle-ci qu'elle a nommé un arbitre et lui demande d'en faire autant.

[1] Cet exemple est imaginaire mais inspiré d'un cas réel dans un secteur différent.

Comme prévu dans le contrat, les deux arbitres nommés par les parties choisissent un troisième arbitre, qui sera président du tribunal arbitral.

La procédure contentieuse durera au total environ 18 mois. Il s'agit d'une procédure essentiellement écrite qui est résumée sur le schéma suivant :



Seulement trois réunions ont été nécessaires pour le déroulement de l'arbitrage. Celles-ci sont tenues dans une salle de conférence d'un hôtel, à Biarritz. Une première réunion entre les arbitres et les parties permet d'établir l'acte de mission des arbitres et d'arrêter le calendrier pour la suite de la procédure. Suit ensuite un échange de mémoires écrits, le premier étant celui où la demanderesse expose l'objet de sa requête.

Une deuxième réunion, presque un an après la première, est consacrée aux plaidoiries, c'est-à-dire aux conclusions orales des parties. La procédure se termine trois mois plus tard avec le prononcé de la sentence par les arbitres.

Cet exemple est celui d'une procédure arbitrale simple, qui se déroule rapidement et sans difficultés. La sentence est favorable à *Atable*, les arbitres considérant que le groupe français avait effectivement exploité l'activité Biscuits sans les fonctions dont *Bueno* déplore l'absence, et qu'elles n'étaient donc pas indispensables au fonctionnement autonome de l'activité. La société espagnole recevra cependant une faible compensation pour une de ses demandes. Aucune des deux sociétés ne contestera la décision du tribunal arbitral, qui sera appliquée sans heurts.

Les frais d'arbitrage, qui ne comprennent pas les frais engagés par les parties pour assurer leur défense, sont partagés par les deux parties et s'élèvent à 1,5 millions de francs pour chacune.

On peut juger que la procédure n'a pas été particulièrement rapide, et qu'elle a été coûteuse pour les deux parties. Mais son déroulement a été satisfaisant, et elle a avant tout permis de préserver la confidentialité nécessaire au bon traitement de ce différend sans grande importance, qui aurait pu nuire aux deux sociétés s'il s'était trop ébruité.

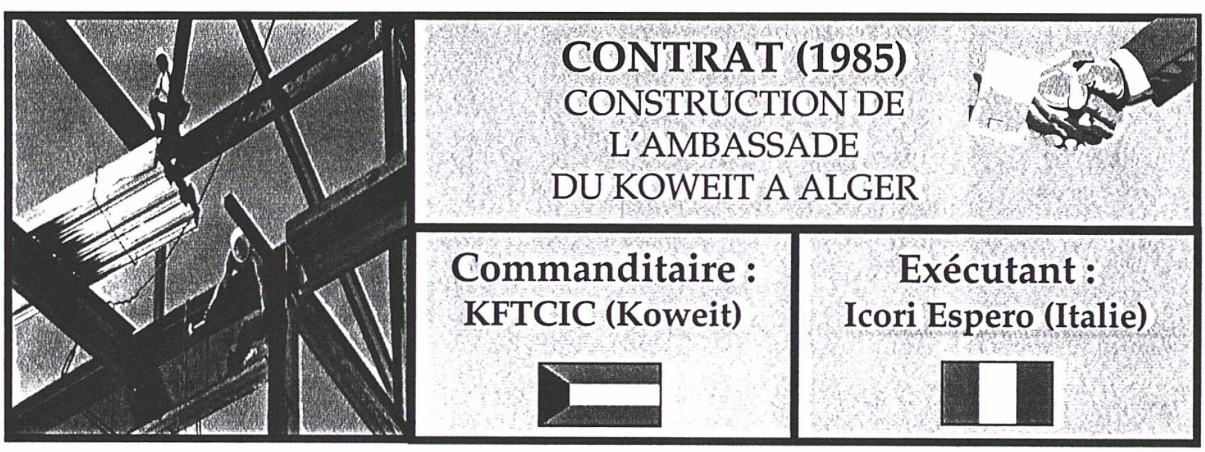
Dans ces conditions, l'arbitrage était vraisemblablement la solution la plus adaptée pour la résolution de ce litige.

II.2 Deuxième exemple : Arbitrage international long et procédurier

L'affaire choisie pour notre deuxième étude de cas illustre bien la complexité de certains litiges internationaux soumis à l'arbitrage. Dans ce cas, la procédure sera abordée en détail, afin de montrer que l'arbitrage peut être très procédurier et d'insister sur les liens de l'arbitrage avec le système judiciaire étatique.

LE CONTRAT

En 1985, un établissement public de droit koweïtien, KFTCIC (Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment Company), charge une société italienne de travaux publics, Icori Espero de la construction de l'ambassade du Koweit à Alger. Le contrat passé entre les deux parties fixe un prix forfaitaire en dollars.



LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Les deux parties ont choisi d'insérer dans le contrat une clause compromissoire : celle-ci prévoit le recours à l'arbitrage en cas de litige en lieu et place des tribunaux étatiques. Par cette clause, les parties définissent aussi les modalités concernant la procédure d'un arbitrage éventuel et notamment le choix des arbitres. En effet une fois le litige né, il est plus difficile de s'occuper de ces modalités et les blocages peuvent faire perdre beaucoup de temps.

Clause Compromissoire :

- **Ad hoc**
- **Règlement :** inspiré du FIDIC
- **Lieu de l'arbitrage :** Paris
- **Loi de fond :** Algérie

Dans le cas qui nous intéresse, les parties ont paramétré leur clause compromissoire en choisissant :

- **Une procédure ad hoc** : les parties définissent elles-mêmes la procédure à suivre en cas d'arbitrage sans utiliser une institution d'arbitrage qui aurait fourni une liste d'arbitres et un règlement standard contre rémunération. Ce choix d'une procédure ad hoc est bien sûr plus économique mais les blocages sont souvent plus fréquents.
- **Le règlement à appliquer** : celui-ci prévoit la procédure et notamment les délais, les conditions d'appel, les honoraires des arbitres et les modalités de leur choix. Dans un arbitrage ad hoc, le règlement joue un rôle critique car les parties ne sont pas assistées et doivent le définir elles-mêmes. Dans le cas qui nous intéresse les parties ont choisi un règlement inspiré du règlement FIDIC.

FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils) :

association de référence pour l'arbitrage dans le BTP

Cette association a été créée en 1913 et regroupe aujourd'hui 66 associations membres qui représentent presque tous les ingénieurs conseils en BTP dans le monde. Le but de l'association est de promouvoir et maintenir des standards éthiques et professionnels élevés dans la profession d'ingénieurs conseils du BTP. A travers cet objectif, le FIDIC, qui compte aujourd'hui 50000 membres, a permis de structurer la profession de la construction en proposant notamment des contrats types, des conditions générales ou particulières pour des contrats modulables et surtout une procédure standard de règlement de litiges faisant appel à l'arbitrage.
Ce règlement est la référence dans la profession du BTP, ceci notamment grâce au fait que la banque mondiale demande d'introduire une clause d'arbitrage FIDIC dans les projets de construction qu'elle finance et dont le budget dépasse 10 millions de dollars.

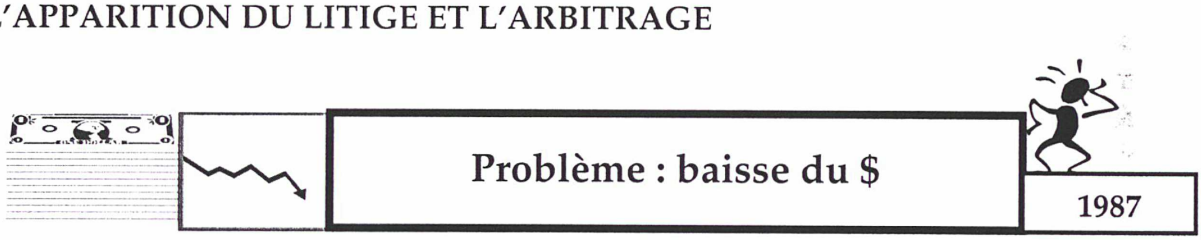
Le règlement FIDIC prend en compte la spécificité d'un projet BTP et fait intervenir un personnage important dans ce type de projets, l'ingénieur conseil.
Celui-ci est un expert technique indépendant qui reçoit son mandat du maître d'ouvrage pour superviser l'avancement du chantier.
Le règlement FIDIC rend l'intervention de l'ingénieur conseil obligatoire dans la procédure de règlement de litiges : il doit en effet rendre son expertise avant toute demande d'arbitrage. Son avis n'aura en fait aucun caractère exécutoire. Si une des parties le refuse, elle peut demander la constitution d'un tribunal arbitral.

- **Le lieu d'arbitrage :** Paris. Ce choix est traditionnel pour les procédures d'arbitrage : les parties préfèrent des villes « neutres » comme Paris, Genève, Londres et Stockholm.
  L'importance du lieu d'arbitrage sera abordée ultérieurement mais on peut déjà souligner que c'est une notion juridique essentielle car ce lieu détermine le pays où les parties pourront faire appel. Dans l'exemple choisi, il s'agira de la France.

- **La loi de fond :** les parties italienne et koweïtienne ont choisi de soumettre leur litige à la loi algérienne. On peut imaginer que ce choix répond à un besoin de neutralité entre deux parties, l'une européenne qui sera satisfaite de cette loi influencée par le code civil français et l'une arabe qui y retrouvera des éléments de la loi musulmane, la Charia.

En conclusion, l'arbitrage a permis aux deux parties de choisir un mode de règlement de litiges sur mesure, qui leur offre la neutralité et les garanties qui étaient indispensables dans un contrat de ce type.

L'APPARITION DU LITIGE ET L'ARBITRAGE



- Le litige apparaît en 1987 quand le cours du dollar s'effondre et donc que les revenus d'Icori, fixés en dollars, sont directement touchés. Mais comme aucune clause du contrat ne prévoit de compensation en cas de fluctuation du cours du dollar, KFTCIC, la société koweïtienne, considère toute réclamation irrecevable. Ce n'est pourtant pas l'avis de la société italienne qui invoque le principe de « déséquilibre économique » : il s'agit d'une notion particulière que l'on retrouve dans le droit français mais aussi dans le droit algérien et qui prévoit qu'en cas de changement trop important d'une donnée du marché, la partie lésée puisse demander des indemnités, et ceci même si rien n'est prévu au contrat. La société Icori formule donc une demande de supplément de prix, refusée par KFTCIC.

- **Expertise de l'ingénieur :** comme prévu par le règlement FIDIC, les parties doivent dans un premier temps soumettre leur litige à l'ingénieur conseil. Celui-ci rendra son avis en 1988 et demandera à KFTCIC de payer 3,6 millions de dollars à Icori. L'ingénieur s'est appuyé sur la loi algérienne et a donc appliqué le principe de déséquilibre économique.

Expertise par un ingénieur Loi algérienne	
Avis : KFTCIC : 3,6 M USD à payer	1988

- **Arbitrage, première mission : sentence intermédiaire :** l'avis de l'expert n'a pas de valeur exécutoire et donc si une partie s'oppose à cet avis, elle peut demander un arbitrage qui aboutira à une sentence exécutoire. KFTCIC demande alors un premier arbitrage qui a pour mission de se prononcer sur la validité de l'avis de l'expert. Le tribunal arbitral rend sa sentence intermédiaire en 1989 et confirme qu'il y a bien déséquilibre économique et que la société italienne sera en droit de demander réparation, quand elle aura défini les dommages subis.

- **Recours en annulation :**

  KFTCIC décide de faire un recours en annulation auprès de la Cour d'Appel de Paris. Les motifs sont classiques : récusation du président du tribunal arbitral et non respect du principe du contradictoire.

Droit d'appel et d'annulation

Une sentence arbitrale rendue par un tribunal privé est soumise à certaines règles d'ordre public : l'arbitrage n'est autonome vis à vis des juridictions étatiques que si les parties appliquent les sentences d'elles mêmes.

En effet, une partie a le droit de s'opposer à la sentence rendue par un tribunal arbitral et de demander l'aide des pouvoirs publics :

- soit en faisant appel de la sentence,
- soit en faisant un recours en annulation.

L'appel se fait auprès d'un tribunal de deuxième instance (en France, par exemple, les Cours d'Appel), qui réexaminent l'affaire en droit comme en fait. Les parties peuvent renoncer dès le contrat à leur droit d'appel.

Par contre le recours en annulation, à la différence de l'appel, est toujours possible. Il est présenté devant les mêmes instances et ne porte que sur l'examen du respect de grands principes. Par exemple pour un sentence internationale en France, l'arbitrage doit se conformer aux règles suivantes : le respect du contradictoire, l'existence d'une convention d'arbitrage, la régularité de la désignation des arbitres, le respect de l'ordre public international et la conformité de l'arbitrage à sa mission.

L'appel et le recours en annulation se font dans le pays du lieu d'arbitrage défini par les parties

En 1989, l'arrêt de la Cour d'Appel rejette la demande et KFTCIC se soumet à l'avis de l'expert.

Arbitrage : Mission 1

Sentence : avis de l'expert valide — 1989

Demande d'annulation par KFTCIC : Récuse Pdt du tribunal

COUR D'APPEL DE PARIS

Arrêt : rejet de la demande — 1991

- **Arbitrage, deuxième mission : sentence finale :** la sentence arbitrale intermédiaire ayant reconnu la validité de l'avis de l'expert, il reste encore à déterminer certains détails pratiques et notamment le taux d'intérêt applicable aux sommes dues.
  Un deuxième arbitrage est donc organisé, mais l'arbitre désigné par la partie koweïtienne décide de faire obstruction à la procédure et ne participe pas aux délibérations. Il semblerait que celui-ci se soit réfugié en Californie après le début de la guerre du Golfe. Icori décide de recourir au Tribunal de Grande Instance de Paris pour constater l'obstruction. Ce recours n'était pas prévu dans le contrat et n'est pas fréquent en arbitrage : la procédure sur cette question faisait référence au règlement CNUDCI et désignait le Secrétaire Général de la Cour permanente de la Haye pour débloquer la situation. Mais Icori a jugé à juste titre le recours au TGI de Paris plus expéditif.

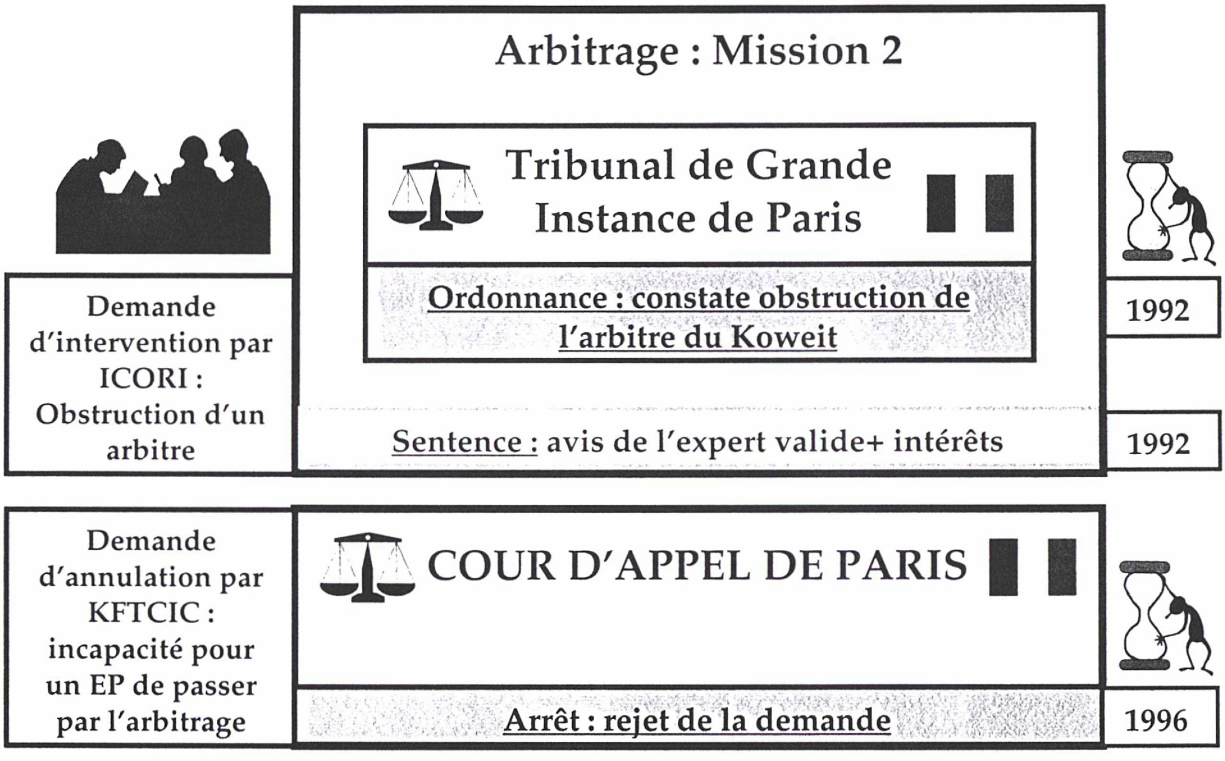
  En effet, le TGI de Paris constate l'obstruction de l'arbitre du Koweït, ce qui débloque la situation, car l'arbitre reprend part aux délibérations quelques semaines après le jugement.

  La sentence arbitrale est rendue en 1992 et confirme l'avis de l'expert. Elle fixe le taux d'intérêt à 14% par an.

- **Procédure d'annulation :** KFTCIC, qui a décidément envie de faire valoir tous ses droits, demande l'annulation de cette sentence devant la Cour d'Appel de Paris. Cette fois-ci KFTCIC invoque, parmi d'autres raisons, un argument souvent employé pour attaquer une sentence : en tant qu'établissement public, il serait dans l'incapacité de compromettre, c'est à dire de se soumettre à un arbitrage.

> En effet, dans certains pays, il paraît inconcevable qu'un État ou une entreprise publique se soumette à une justice privée. D'autres pays ont une position est plus libérale et considèrent que l'État et les entreprises publiques ont de plus en plus besoin de signer des contrats commerciaux, et qu'il est nécessaire pour rassurer leur cocontractant de renoncer à certains de leurs droits exorbitants. C'est dans cette logique qu'ils acceptent de se soumettre à l'arbitrage.
>
> La jurisprudence internationale sur cette question va dans le sens de l'approche libérale.

En 1996, la Cour d'Appel rend un arrêt rejetant la demande de KFTCIC.



Ce cas a permis de mettre en lumière quelques facettes importantes de l'arbitrage :

- **L'importance du paramétrage :** l'arbitrage est une justice sur mesure et une grande liberté est laissée aux parties qui doivent elles-mêmes choisir les différents paramètres comme le lieu, la loi de fond le règlement.

  Cela constitue un avantage, à condition de bien gérer ce paramétrage. L'exemple a mis en lumière l'importance de deux paramètres :

  1. le choix de la loi de fond, car la loi algérienne a donné raison à la partie italienne Icori,
  2. le choix du lieu d'arbitrage : les recours en annulation ont été faits en France. Ceci n'a pas été indifférent au dénouement de l'affaire, notamment dans le fait de considérer qu'à l'international, un établissement public peut se soumettre à l'arbitrage. Cette position française, libérale face à l'arbitrage, n'est en effet pas partagée par tous les pays.

- **L'arbitrage n'est pas une procédure amiable :** les parties n'hésitent pas à se livrer une véritable guerre juridique et procédurière et à utiliser toutes les garanties juridiques qu'offre l'arbitrage. Ceci est compréhensible car la sentence est exécutoire et porte sur une dizaine de millions de dollars.

En conclusion, l'arbitrage a été efficace pour Icori qui a vu ses demandes confirmées mais la procédure a duré neuf ans et demi, ce qui a de quoi décourager plus d'une entreprise. Il faut noter de plus qu'il restait encore en 1996 à faire appliquer la sentence : on peut imaginer que KFTCIC n'a pas dû le faire de plein gré, vue son attitude lors de l'arbitrage.

II.3 Troisième exemple : Arbitrage sectoriel dans l'agroalimentaire

L'arbitrage est multiple : il traite des affaires internes comme des affaires internationales, des petits litiges comme des affaires de plusieurs milliards de dollars. Pour rendre compte de cette diversité, cet exemple concerne un type d'arbitrage particulier : l'arbitrage sectoriel. **[17]**

L'AFFAIRE ET LE LITIGE

L'affaire porte sur cinq contrats de livraison de viande à la société Afric Viandes (Côte d'Ivoire) par la société Britannia, cette dernière ayant signé avec la société ivoirienne plusieurs conventions relatives à l'exportation de viande à destination de Côte d'Ivoire. Parce qu'une indemnité de différence de cours ne lui avait pas été réglée, la société Britannia saisit la Chambre arbitrale de Paris (« CAP ») afin de se faire payer. Cette procédure repose sur la clause compromissoire, à laquelle font référence les confirmations de ventes, portant « attribution spéciale et exclusive de juridiction au Centre d'Arbitrage de la Chambre Arbitrale de Paris ».

La CAP est la chambre d'arbitrage associée à la bourse de commerce de Paris. Créée dans les années 20, elle a pour spécialité les litiges portant sur l'agroalimentaire même si ces efforts actuels tentent de diversifier son activité.

Ce cas est très différent des exemples précédents : il porte sur des contrats simples et rudimentaires, simples confirmations de vente passées par télex, qui n'ont rien à voir avec les contrats volumineux et complexes du BTP.

Les clauses compromissoires, qui sont insérées dans ces contrats, proviennent souvent des conditions standards définies par une organisation sectorielle – syndicat ou chambre arbitrale –: ces conditions ne font alors pas l'objet d'une attention particulière de la part des contractants qui les appliquent souvent par inertie.

L'ARBITRAGE ET LE DÉNOUEMENT

Le tribunal arbitral va condamner la société ivoirienne à payer 55 600 F à la société Britannia, ce que Afric Viande va tout de suite attaquer. Un recours en annulation est en effet déposé auprès de la Cour d'Appel de Paris. La société africaine invoque le fait qu'il n'existe pas de convention d'arbitrage entre les deux parties et donc que le tribunal arbitral a agi en dehors de ses compétences. Plus précisément, Afric Viande soutient la nullité de la clause compromissoire invoquée par la société Britannia parce que celle-ci figure sur des confirmations de vente qu'elle n'a ni acceptées, ni signées. Elle déduit par là qu'aucun contrat n'a été signé entre les parties.

La Cour d'Appel de Paris ne donnera pas suite aux demandes d'Afric Viande, considérant que les confirmations de vente avaient des valeurs contractuelles et

qu'elles étaient conformes aux usages de la profession et que les relations entretenues depuis longtemps entre les deux parties laissaient supposer qu'elles avaient connaissance des conditions de vente.

En conclusion, on voit que l'arbitrage est ici employé pour des petits litiges mais trouve sa valeur ajoutée car il fait appel à des arbitres et à des chambres spécialisés dans ce secteur et ce type de litiges.

III. Comment s'y retrouver dans le discours officiel ?

III.1 Avantages prétendus et réels de l'arbitrage

Une entreprise qui s'intéresse à l'arbitrage pour résoudre un litige trouvera facilement une abondante littérature qui met en avant de nombreuses qualités de l'arbitrage. Les avantages que l'on retrouve le plus souvent sont les suivants :

DURÉE

L'arbitrage est souvent présenté comme plus rapide que les procédures devant les tribunaux d'État. Mais comme nous l'avons vu avec les deux premiers exemples développés, l'arbitrage, et plus particulièrement l'arbitrage international, peut en fait être très long.

La procédure d'arbitrage en elle-même peut en effet durer plusieurs années, c'est-à-dire aussi longtemps voire plus longtemps qu'une procédure devant un tribunal étatique, essentiellement lorsque le cas est juridiquement complexe. La durée moyenne d'une procédure devant un tribunal de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale est proche de trois ans.

D'autre part, l'énoncé de la sentence ne met pas forcément fin au litige. En effet, même si les conditions d'appel des sentences arbitrales sont en général plus strictes que celles des jugements de la justice étatique, l'arbitrage ne permet pas de se mettre à l'abri d'un recours en annulation, puis d'un pourvoi devant la cour suprême du pays. L'ensemble de la procédure nécessaire au traitement de l'affaire sera alors d'une durée comparable à une procédure devant les différentes instances étatiques.

Enfin, même lorsque la sentence est devenue définitive, il peut être nécessaire d'avoir recours à la puissance publique pour faire appliquer la sentence.

COÛT

L'argument du moindre coût de l'arbitrage, pourtant très courant, paraît particulièrement difficile à justifier, si l'on excepte des pays où le coût de la justice d'État est très élevé, comme les États-Unis. Les rémunérations des arbitres et les frais d'arbitrage sont en effet très importants et viennent s'ajouter aux frais qu'aurait engendrés la justice étatique.

INDÉPENDANCE ET NEUTRALITÉ

L'arbitrage permet en effet de constituer un tribunal qui sera a priori neutre, et ainsi d'éviter qu'une des parties ne soit jugée par la juridiction dont dépend l'autre partie. Ainsi que l'ont souligné de nombreux auteurs comme Eric Plouvier **[18]**, il faut cependant noter que cette neutralité est souvent toute *relative*. En effet, si un tribunal dont le président est irlandais et siégeant en Suisse peut paraître neutre à une partie française, il n'en sera peut-être pas de même pour son adversaire ougandais…

CONFIDENTIALITÉ

Les jugements des tribunaux d'État sont toujours publics, et les entreprises n'ont souvent pas trop envie de faire connaître leurs petits problèmes à leurs clients, à leurs fournisseurs ou aux analystes financiers. L'arbitrage est confidentiel, les pièces du dossier et la sentence ne sont connues que des parties, ce qui permet de préserver le caractère privé de certaines affaires.

Toutefois, s'il devient nécessaire de faire appel aux tribunaux étatiques parce que l'une des parties entrave la progression de la procédure ou refuse la sentence, cette confidentialité sera évidemment remise en cause.

Il faut également noter que les chambres d'arbitrage, ou même les arbitres, ne respectent pas toujours cette confidentialité. Il est parfois arrivé que des arbitres divulguent des informations confidentielles relatives à une affaire en cours ou terminée pour assurer leur propre promotion, par exemple au travers de la publication d'un commentaire sur l'affaire.

SIMPLICITÉ ET SOUPLESSE

L'arbitrage offre une vaste liberté de choix aux parties quant aux règles de procédure ou même de fond.

Cependant, nombreuses sont les entreprises qui reprochent à l'arbitrage d'être devenu aussi procédurier que la justice étatique. En fait, l'arbitrage permettant d'obtenir une sentence exécutoire, il était presque inévitable qu'il le devînt. En effet, la lourdeur d'une procédure est le plus souvent liée à la mauvaise foi d'une des parties qui souhaite tout simplement que l'arbitrage n'aboutisse pas.

Le respect de certaines règles formelles de procédure permet alors de se prémunir contre des recours parfois abusifs.

EFFICACITÉ JURIDIQUE ET GARANTIES OFFERTES PAR L'ARBITRAGE

Nous y reviendrons à plusieurs reprises : l'efficacité juridique de l'arbitrage est peut être le plus important de ses atouts pour des litiges internationaux. En effet, la convention de New York permet de faire appliquer une sentence arbitrale internationale dans de très nombreux pays, ce qui n'est que rarement le cas pour des jugements de tribunaux étrangers.

Cependant, cette efficacité n'est que relative : dans de nombreux cas impliquant une partie d'un pays « exotique », l'arbitrage sera *la seule solution* offrant des garanties de neutralité et *pouvant permettre* de faire appliquer la sentence. Mais cela ne veut pas dire que ce choix assurera toujours une résolution de litige sans problème.

COMPÉTENCE ET TECHNICITÉ DES ARBITRES

Contrairement aux tribunaux étatiques, l'arbitrage permet de choisir ses arbitres. On peut donc faire appel à des spécialistes du droit applicable, si le litige est

juridiquement complexe, mais également à des experts – experts techniques ou experts-comptables par exemple.

Les magistrats connaissent bien le droit de leur pays, mais pas forcément le droit applicable à un contrat international. De plus, ils peuvent être dépassés par des questions techniques fondamentales pour la compréhension du dossier.

DISPONIBILITÉ DES ARBITRES

Les arbitres sont payés par les parties, et bien payés, pour résoudre *un* litige. Ils consacrent donc plus de temps à l'étude approfondie du dossier qu'un magistrat, qui n'a que peu de temps à consacrer à chaque affaire. Les parties sont donc en droit d'attendre un traitement plus soigné de leur dossier par des arbitres.

III.2 Différents types d'arbitrage pour différents besoins

Les différents arguments avancés en faveurs de l'arbitrage sont vrais dans certains cas et franchement faux dans d'autres. Il existe en effet plusieurs formes d'arbitrage, qui auront des qualités et des défauts différents.

Dans ce paragraphe, nous adoptons une typologie basée sur les institutions arbitrales pour classifier l'arbitrage en quatre types. Cette classification, qui ne prend pas en compte l'arbitrage ad hoc, par nature difficile à cerner, permet de mieux comprendre les avantages et inconvénients de l'arbitrage pour chacun de ces types.

L'ARBITRAGE SECTORIEL

Il s'agit d'arbitrage organisé par une profession pour résoudre des litiges qui lui sont spécifiquement liés. La principale qualité de cet arbitrage est en général la compétence technique des arbitres, qui connaissent parfaitement le domaine et qui sont habitués aux litiges qui lui sont propres. L'arbitrage permet alors de résoudre des litiges de façon beaucoup plus efficace et plus rapide que la justice étatique, dans laquelle les juges ne sont que très peu spécialisés.

On peut citer parmi les autres avantages de l'arbitrage sectoriel :

- la confidentialité,
- l'adaptabilité de la procédure pour certains litiges.

L'exemple le plus connu d'arbitrage sectoriel est sans doute l'arbitrage maritime, avec de nombreuses chambres spécialisées dans le monde entier, mais on peut également citer à titre d'illustration la chambre arbitrale des cafés et du poivre du Havre.

L'arbitrage sectoriel est donc très spécialisé, et c'est pour cette raison que nous avons choisi de ne pas nous y intéresser dans la suite de ce guide.

L'ARBITRAGE RÉGIONAL

On peut regrouper dans cette catégorie les chambres d'arbitrage qui ont une cible géographique très limitée, par exemple une région de France ou d'Europe. Précisons qu'une chambre régionale peut parfaitement traiter des arbitrages internationaux au sens juridique du terme, typiquement un arbitrage entre une société lilloise et une société bruxelloise.

On peut par exemple citer le CARA, Centre d'Arbitrage Rhône-Alpes, ou la CAREN, Cour d'Arbitrage de l'Europe du Nord, située à Lille, mais les chambres d'arbitrage régionales sont innombrables en France. En effet, de très nombreuses chambres ont été créées dans les années 1980, suite au succès de l'arbitrage dans certains secteurs ou à l'international. La plupart de ces centres ne traitent que peu de cas directement (au mieux une dizaine par an) et servent souvent d'intermédiaires pour des arbitrages ad hoc.

L'intérêt de l'arbitrage régional nous semble limité à certains cas spécifiques : pour une affaire confidentielle, ou pour éviter un tribunal de commerce peu compétent ou un tribunal local peu adapté. Un directeur juridique nous a ainsi expliqué que s'il a souvent confiance dans les tribunaux de commerce, il jugeait préférable de ne pas se retrouver devant le tribunal de commerce de Rennes lorsque la partie adverse est la société Yves Rocher, principal employeur de la région…

L'ARBITRAGE « INTERNATIONAL »

Nous regroupons sous cette catégorie non pas les arbitrages internationaux au sens juridique du terme, qui peuvent être sectoriels ou régionaux, mais les arbitrages portant sur des affaires internationales complexes et dont les enjeux sont importants.

Il s'agit du type d'arbitrage qui nous a semblé le plus important, et dont l'avenir est le plus prometteur. Comme nous allons le monter dans la suite, il y a des raisons objectives de penser que l'arbitrage international va gagner en importance : d'une part, il répond à un besoin des entreprises, lié au développement des échanges internationaux, et d'autre part, il s'est formé autour de lui un consensus pour assurer son développement.

C'est donc sur l'arbitrage international que nous nous concentrerons dans la suite de ce guide, et nous montrerons que si l'arbitrage international n'est pas une solution idéale permettant de résoudre tous les litiges, il constitue la meilleure solution actuellement disponible dans de nombreux cas.

LES ARBITRAGES EXOTIQUES

Sous ce titre nous souhaitons rassembler plusieurs types d'arbitrage que nous avons rencontrés au cours de notre étude et auxquels nous ne croyons pas beaucoup.

- **L'arbitrage en ligne :** quelques expériences d'arbitrage en ligne ont été lancées, par exemple celle du « cybertribunal » **[19]**. Il s'agit de résoudre des litiges par

l'arbitrage en communicant par internet, sans que les parties et les arbitres ne se rencontrent en un lieu physique.
Nous pensons que le choix de recourir à l'arbitrage est conditionné par la confiance que les parties peuvent avoir dans les arbitres, et de plus que les relations humaines jouent un rôle important dans le déroulement et le dénouement de l'affaire, et donc que ce type d'arbitrage ne peut connaître qu'un succès très limité, pour des affaires dont les enjeux sont faibles.

- Des institutions d'arbitrage extrêmement spécialisées comme l'« A.P.O.-P.A.L. », un centre d'arbitrage pour les différends en Catalan[2].

III.3 La source du discours officiel : les acteurs de l'arbitrage

L'arbitrage fait l'objet d'une promotion intensive de la part de nombreux acteurs et notamment des cours d'arbitrage et des cabinets d'avocat spécialisés. Ceci est tout à fait naturel car l'arbitrage est un marché lucratif : leurs efforts leur permettent alors de défendre leur position et d'aider le marché à se développer.

Cependant des usagers et des observateurs trouvent aujourd'hui que ces promoteurs de l'arbitrage en font un éloge excessif et mènent une sorte de « propagande »[3], qui passe par des séminaires, des articles et des discours faisant une apologie sans discernement de l'arbitrage.

Cette promotion semble d'autant plus grossière qu'elle s'éloigne de la réalité : comment parler de durée courte pour un arbitrage quand certains usagers ont vécu des arbitrages de plusieurs années à l'international. Comme il a été montré précédemment, l'arbitrage est en fait multiple et ses caractéristiques et notamment ses qualités dépendent du type de litige concerné.

Pour mieux comprendre le discours officiel, il nous a paru intéressant de nous attarder sur les caractéristiques du marché de l'arbitrage et de ses principaux acteurs, en prenant deux exemples : l'arbitrage régional et l'arbitrage international type CCI.

LES CHAMBRES RÉGIONALES

Les chambres régionales d'arbitrage visent des entreprises régionales pour des litiges internes ou internationaux. Elles souhaitent mettre en avant leur bonne connaissance du tissu économique local, ce qui explique le choix de la région comme limite d'intervention. Leur marché concerne notamment les déçus des tribunaux de commerce ou d'autres entreprises ayant recours à l'arbitrage pour des choix précis (confidentialité, technicité...).

Les chambres régionales ont souvent été créées par une chambre de commerce et d'industrie locale ou un ancien bâtonnier à la retraite. La barrière d'entrée sur ce

[2] Cité par le professeur Ph. Fouchard dans la Revue de l'Arbitrage **[20]**.
[3] Ce terme a été utilisé par le professeur Lalive « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc », Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec 1991

marché est faible car, pour créer une chambre, il suffit de choisir un nom, un règlement, de mettre en place une liste d'arbitres. Aucune structure permanente n'est nécessaire si ce n'est un secrétariat réduit à une seule personne ; quant aux locaux, ils sont souvent empruntés à la chambre de commerce et d'industrie.

> *Face à la prolifération de telles chambres, le professeur Fouchard, qui avait mené une enquête à leur sujet en 1990, se demandait si certaines chambres « ne connaîtraient pas le destin d'un éphémère, cette petite libellule dont la gestation (comme larve) dure plusieurs années, mais dont la vie proprement dite (comme insecte) ne dépasse pas une journée ».* **[20]**

Qu'en est-il alors du discours que l'usager rencontre dans ces chambres ? Certaines de ces chambres n'hésitent pas à grossir le trait quand sont abordés les avantages de l'arbitrage ou le développement de l'arbitrage dans leur région, parce qu'il en va de la survie de la chambre et qu'il n'est pas plaisant d'avouer que sa chambre végète depuis une dizaine d'années.

> *« Les institutions elles-mêmes favorisent la désinformation par négligence ou vanité » et elles « ont le souci d'affirmer leur existence, leur réalité, leur bon fonctionnement, même au prix de déformation publicitaire »*
>
> *Ph. Fouchard, professeur à l'université de droit de Paris* **[20]**

En conclusion, le discours des chambres régionales est un discours marketing qu'il faut prendre sur ce qu'il est : l'arbitrage a certes des qualités en interne comme la confidentialité mais les avantages de délais et de coûts ne sont pas évidents. Beaucoup d'entreprises utilisent toujours les tribunaux de commerce et le développement de l'arbitrage interne est à considérer avec précautions, notamment si les chambres fournissent elles-mêmes des statistiques. Ces recommandations n'ont bien sûr pas pour but de discréditer toutes les chambres régionales mais d'amener le lecteur à se renseigner car ces chambres vont de centres reconnus comme le CARA ou la CAREN à des chambres végétant voire n'existant pas

La chambre fantôme ou de l'intérêt de faire appel à des chambres connues

Dans l'affaire Société BEL Tronics contre Portel SARL, une société canadienne en litige avec une société française a été la victime d'une arnaque car le litige avait été soumis à un pseudo « Centre national d'arbitrage » ayant son siège à Bordeaux et qui n'existait pas en réalité. **[20]**

LES PROMOTEURS DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

On peut parler pour l'arbitrage international de marché lucratif car les prix pratiqués par les juristes et arbitres participant à ce type d'arbitrage sont très élevés. Ainsi c'est

dans ce contexte de marché très convoité qu'il faut replacer le discours officiel auquel l'usager aura à faire.

a) Les cabinets d'avocats

L'arbitrage international constitue pour un cabinet d'avocats une spécialité et un produit d'appel très intéressants. Certains ne s'y sont pas trompés et par exemple à Paris, seuls quelques cabinets tiennent le devant de la scène. L'arbitrage international permet de répondre à un réel besoin de leur client et peut être intégré dans une gamme complète de service. D'autre part il constitue une activité fortement rémunératrice. En effet, les arbitres demandant dans ce type d'arbitrage des honoraires importants, les avocats assistant les parties ont tendance par mimétisme à revoir à la hausse leurs honoraires.

b) Les cours et chambres arbitrales

Le monde des arbitres internationaux est à lui même un sujet d'étude. En témoigne l'étude sociologique mené pendant 3 ans par Yves Dezalay qui décrit ce monde particulier dans le livre « Dealing in Virtue » **[4]**.

Pour comprendre le marché de l'arbitrage international, il faut tout d'abord insister sur la première caractéristique : il s'agit d'une activité très lucrative à la fois pour les chambres et pour les arbitres. En effet, si on prend l'exemple de la CCI, les frais d'arbitrage seront de 1,2 millions de dollars pour un litige de 80 millions de dollars. Les frais de la CCI s'élèvent à moins de 100 000 $, le reste est partagé entre les 3 arbitres. Pour bien apprécier ces montants, il faut savoir qu'un arbitrage peut s'étendre sur plusieurs années mais représente une activité à temps partiel. Ainsi un directeur juridique ou un avocat pourront être arbitre tout en continuant à exercer leurs fonctions. Quant aux arbitres consacrant la totalité de leur temps à l'arbitrage, il n'est pas rare qu'ils mènent plusieurs arbitrages de front.

A cet intérêt financier s'ajoute le prestige qui entoure l'arbitrage international : en effet un arbitre doit souvent parcourir le monde, de la Suisse à Singapour et s'attaquer à des problèmes juridiques intéressants et complexes. Les arbitrages traitent souvent des litiges à forts enjeux, hier les nationalisations du secteur pétrolier en Libye ou en Iran, aujourd'hui des litiges comme celui opposant France Telecom à Deutsche Telekom ou impliquant des grands groupes de BTP.

Affaires complexes et travers de l'arbitrage

L'arbitrage international pose par nature des questions complexes aux arbitres, mais certains usagers se plaignent du goût des arbitres pour cette complexité. M. Guillemin, Directeur Juridique du Groupe Bouygues se plaint de « ces arbitrages qui se transforment en jeux intellectuels subtils » et de la réaction certes compréhensible mais néfaste de certains arbitres auxquels était proposé un arbitrage dans le monde du BTP : « un arbitrage dans la construction ! Il va encore falloir compter les briques ! L'affaire ne m 'intéresse que si elle pose un problème intéressant en droit de l'arbitrage. » **[21]**

L'arbitrage international représente donc un marché très attractif mais les élus sont peu nombreux.

Tout d'abord, au niveau des chambres, les barrières à l'entrée sont fortes, contrairement à ce qui se passe pour l'arbitrage régional, parce qu'une chambre arbitrale doit avoir une réputation internationale. Elle doit disposer d'un réseau international d'arbitres et d'un historique prouvant leur crédibilité. Ceci explique qu'à un niveau mondial, seules trois chambres ont atteint une dimension réellement internationale : la Chambre Internationale de la Chambre de Commerce International (CCI) basée à Paris, la LCIA (London court of international arbitration) basée à Londres et l'association américaine, l'American Arbitration Association.

En ce qui concerne les arbitres, ils peuvent intervenir dans des arbitrages ad hoc (et à ce niveau peu d'informations sont disponibles) ou se faire inscrire sur la liste d'une chambre arbitrale. Dans l'exemple de la CCI, qui est sans doute une des chambres les plus convoitées car la plus active et la plus prestigieuse, les arbitres forment un club très fermé. En effet, si la liste des arbitres est importante, seuls quelques-uns sont réellement actifs. Ceci s'explique par un effet naturel qui veut que les arbitrages soient donnés aux arbitres les plus expérimentés. Mais à cela s'ajoute un effet de club où les arbitres, peu nombreux, se « renvoient l'ascenseur », comme nous l'ont indiqué certains de nos contacts : ainsi un directeur juridique nommant un avocat comme arbitre pourra à son tour être nommé arbitre sur les conseils de cet avocat.

Dans « Dealing in Virtue » d'Yves Dezalay **[4]**, il est question du parcours du combattant pour entrer dans ce cercle : il faut tout d'abord un profil et un CV parfait, si possible une carrière internationale ainsi qu'une formation et une carrière de juriste de haut niveau. Le candidat devra aussi prouver son intérêt pour l'arbitrage et donc participer à un maximum de conférences sur le sujet, écrire des articles dans des revues spécialisées, accepter des petits arbitrages au départ, s'inscrire dans les chambres les plus prestigieuses. C'est ainsi que dans les séminaires, les revues et la jurisprudence, on ne sera pas surpris de voir les mêmes noms revenir souvent.

Cette situation où un club fermé monopolise tous les arbitrages les plus intéressants au sein des grandes chambres a été abordés par de nombreux habitués de l'arbitrage.

Le club fermé des arbitres

Au sujet de l'arbitrage, « les usagers dénoncent les mêmes anomalies : (...), auto-désignation continuelle des mêmes personnes, (...) »

Jean François Guillemin, Directeur Juridique du Groupe Bouygues **[21]**

Cependant si les désavantages sont évidents, au premier rang desquels un certain engorgement, puisque certains arbitres traitent plusieurs arbitrages de front, les avantages existent : en effet dans cette justice privée où la confiance donnée aux arbitres est un critère essentiel, l'effet du club, où tous les arbitres importants se

connaissent, empêche que l'un d'entre eux ne rende une sentence aberrante qui remettrait en cause sa réputation.

Qu'en est-il alors du discours officiel ? Dans le marché attractif et compétitif de l'arbitrage international, chacun essaie de faire entendre sa voix, et prouver qu'il est un acteur majeur du secteur. L'usager prendra donc garde à l'omniprésence des mêmes acteurs sur le devant de la scène, comme la CCI et certaines « stars » de l'arbitrage. Si ceux-ci assoient à juste titre leur renommée, il faut avoir conscience que des alternatives existent, comme nous le rappelait un de nos contacts qui préférait les arbitrages ad hoc à l'international, réservant un recours à la CCI, la « Rolls de l'arbitrage » aux cas les plus problématiques.

Présenter les promoteurs de l'arbitrage dans les chambres régionales et dans les organisations internationales n'avait pas pour but de discréditer le discours qu'ils tiennent : en effet ces promoteurs nous ont paru sérieux et le coté marketing de leur discours est somme toute compréhensible.

Nous souhaitions seulement bien expliquer à l'usager quel type d'organisme ou d'acteurs de l'arbitrage il sera amené à rencontrer, pour lui permettre de prendre du recul par rapport à leur discours.

Ainsi à l'international, dans certains cas, l'entreprise pourra se passer de la CCI et de ses arbitres talentueux mais fort coûteux. En interne, l'entreprise ne devra pas hésiter, face au discours vendeur d'une chambre d'arbitrage régionale, à bien mesurer l'avantage de l'arbitrage face à un tribunal de commerce.

IV. Le contexte international

Après avoir présenté à la fois l'arbitrage dans sa diversité, nous nous se concentrons à présent sur l'arbitrage international : celui-ci nous paraît en effet promis à un bel avenir et notamment grâce au contexte juridique international qui confronte le besoin de sécurité juridique des entreprises à l'absence de système légal uniformisé.

IV.1 Contexte juridique international

NÉCESSAIRE DÉVELOPPEMENT DU COMMERCE INTERNATIONAL

Le développement du commerce international est sûrement un des faits les plus marquants de la seconde moitié du XXe siècle : à partir de 1950, les échanges mondiaux ont connu un taux de croissance double de celui du PIB mondial et ils représentent, en 1997, 15% du PIB mondial soit 6 600 milliards de dollars. Cette dynamique ne sera sûrement pas remise en cause dans le futur, sauf accident, car les tendances de fond qui la sous tendent semblent toujours se vérifier.

Tout d'abord, la première tendance repose sur le besoin des **États en voie de développement** de s'ouvrir aux échanges commerciaux. Ceci est rendu plus facile par la disparition ou l'assouplissement, dans beaucoup de pays, d'idéologies radicales qui divisaient le monde en zones hermétiques. Ainsi de nombreux pays, malgré leur passé ou leurs problèmes actuels, donnent priorité au développement économique et adaptent leur politique à cette nouvelle donne.

Dans l'actualité récente, les exemples à ce sujet sont nombreux : hier ce fut l'ouverture de l'Europe de l'est, de la Russie et l'Amérique du Sud, aujourd'hui la Chine frappe à la porte de l'OMC, l'Algérie appelle à la normalisation de ses rapports avec l'étranger (le président algérien Bouteflika a abordé durant sa visite à Paris la question des investissements étrangers dans son pays). Total est présent en Birmanie et en Iran, Cuba s'ouvre aux capitaux étrangers, notamment canadiens et français pour développer son industrie touristique et agroalimentaire. Donc un à un, les derniers bastions qui vivaient en retrait intègrent le système des échanges mondiaux, ce qui devrait encore soutenir le développement du commerce international dans un proche futur.

D'autre part, bon nombre **d'entreprises des pays développés**, petites ou grandes, sont obligées d'asseoir leur croissance sur l'exportation et les marchés étrangers. Elles cherchent à commercer avec un nombre toujours plus important de pays. L'actualité en donne des exemples frappants : ainsi les sanctions américaines contre des fromages et spiritueux français ont montré à quel point ce secteur était exposé à l'exportation et soulignent que les risques existent avec tous les partenaires commerciaux. Autre exemple : les crises asiatique et russe ont rappelé à quel point de nombreuses entreprises, bancaires et industrielles, s'étaient exposées à certains « risques-pays ». Mais on ne saurait les critiquer car souvent il ne s'agit pas d'une méconnaissance du risque. La priorité de ces entreprises est simplement la croissance

et elles ne peuvent plus se contenter de leurs marchés nationaux : Renault mise sur l'Amérique du Sud, LVMH sur l'Asie, Total sur l'Iran par exemple.

Le développement des échanges internationaux est donc une réalité aujourd'hui pour les entreprises. Elles sont obligées d'y participer malgré les risques inhérents au commerce international, notamment le risque juridique, qu'elles doivent apprendre à gérer au mieux.

INEXISTENCE D'UN DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL UNIFIÉ

Si certains États commencent à peine à s'ouvrir aux échanges internationaux, d'autres en ont fait la promotion active dès la fin de la seconde guerre mondiale . Ils ont vu dans le développement du commerce international un facteur de croissance mais aussi un facteur de paix.

En tant que promoteurs de ce développement, les États ont joué un rôle exemplaire et se sont organisés pour structurer leurs actions :

- en signant des conventions bilatérales ou multilatérales, par exemple les rounds du GATT (General Agreement on Tariffs and Trade). Ces conventions s'attaquent en général à un problème ciblé et peuvent être signées par un nombre réduit de pays, quitte après à voir d'autres pays rejoindre le noyau des premiers pays signataires. Un exemple de cette évolution est donné par l'accord du GATT, simple convention multilatérale qui avait pour objet de favoriser le commerce international, avec des sujets précis à chaque round et qui a donné naissance à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC),
- en créant des communautés régionales comme l'Union Européenne, le NAFTA (North Amercian Free Trade Agreement), l'ASEAN (Association of South East Asian Nations). Le but est ici de limiter la coopération à un nombre restreint de pays mais de pousser l'intégration ou l'uniformisation à un stade impossible à un niveau mondial,
- en utilisant des organisations mondiales comme l'ONU ou l'OMC comme forums de négociations.

Dans les objectifs de lutte contre les obstacles aux échanges, les États ont tenté :

1. de s'attaquer aux nombreuses **mesures protectionnistes existantes** (tarifs douaniers, mesures anti-dumping)
2. de sécuriser les échanges en créant un **environnement juridique favorable**. Ce besoin de sécurité juridique était et reste bien réel parce qu'il n'existe pas de droit mondial du commerce et que les sources de droit concernant le commerce international sont avant tout nationales, avec pour première conséquence les problèmes de conflit de loi, c'est à dire la détermination de la loi applicable au conflit. Ainsi il existe un droit français du commerce international qui n'est pas équivalent au droit allemand ou américain du commerce international.

Pour le volet juridique, les États ont entrepris principalement deux actions :

a) les conventions internationales : une action limitée

Le premier effort des États a été d'éviter certains problèmes juridiques particuliers en signant des conventions internationales, principalement pour prévenir l'apparition de conflits spécifiques (conventions fiscales), traiter un secteur particulier (brevets) ou définir des règles uniformes. Sur ce dernier point on peut citer l'une des plus importantes conventions, la convention de Vienne (1980) concernant « les ventes internationales d'objets mobiliers corporels » et qui règle par exemple des problèmes de transfert de propriété, de validité de contrat.

Ces conventions jouent en effet un rôle important et le négociateur doit impérativement connaître celles se rapportant à son domaine, même si on s'aperçoit parfois vite de leurs limites : par exemple, dans certains cas, l'autre partie du contrat n'est pas signataire de la convention, dans d'autres cas ces conventions peuvent laisser aux parties une liberté contraire au besoin de sécurité cherchée. Enfin, face à la multiplicité des problèmes que l'on peut rencontrer dans un contrat, ces conventions sont loin d'être suffisantes et même si elles encadrent généralement bien le règlement des litiges, le recours à une loi nationale s'avère souvent nécessaire. Ainsi les problèmes liés aux nationalisations des exploitations pétrolières en Libye ne pouvaient pas être traités intégralement par une convention et le recours ad hoc à d'autres sources de droit a été nécessaire.

b) Création d'un droit mondial unifié : un vœu pieux

Pour compléter ces conventions, les États ont voulu aller plus loin et créer un droit commercial mondial qui serait un étape supplémentaire vers plus d'uniformisation. La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (la CNUDCI), travaillant dans cette direction, a joué un rôle important dans de nombreuses conventions et en particulier dans l'élaboration de la convention de Vienne. Cependant la création de ce droit mondial relève encore du vœu pieux et la plupart du temps, un litige sera traité par un droit national et dans un tribunal national, si les parties n'ont rien prévu comme alternative.

INSÉCURITÉ JURIDIQUE ET FRAGMENTATION DU DROIT

Cet état de fait est inquiétant pour les entreprises car on peut constater que, même si la mondialisation a nivelé bien des domaines, les systèmes juridiques nationaux sont encore loin d'être uniformes et sont chargés de toute l'histoire et la culture du pays.

Donc en s'aventurant hors de leur droit et des leurs tribunaux nationaux, les entreprises seront sûrement dépaysées et déstabilisées : ainsi, dans les pays arabes, une entreprise française devra prendre en compte la Charia, la loi musulmane, qui est intégrée à des degrés différents dans les lois. Comme autre exemple, on peut citer la *common law* des pays anglo-saxons qui ne sera parfois pas moins dépaysante pour un juriste français.

C'est en fait en cas de litige que les entreprises prendront conscience de ces différences et des risques associés.

a) Situation dans les pays en voie de développement ou nouvellement industrialisés

Tout d'abord, il ne faut pas oublier que dans de nombreux pays, le droit et plus encore le droit commercial, et l'organisation judiciaire ont longtemps été laissés à un état de sous développement inquiétant. Dans de nombreux régimes communistes ou nationalistes du Tiers Monde, l'autarcie n'a pas favorisé le développement de pratiques commerciales internationales et donc le développement d'un droit adéquat. De plus, la faiblesse des revenus des fonctionnaires rendant la justice favorisait la corruption, et les liens flous entre l'État et les tribunaux rendaient l'issue de litiges très incertaine. Enfin l'histoire et la culture expliquent aussi l'état inquiétant des systèmes juridiques dans certains pays.

En Arabie Saoudite, par exemple, le développement de l'industrie pétrolière a rendu flagrante l'inexistence d'un système satisfaisant : l'État a alors choisi de faire appel à des juristes égyptiens et à s'inspirer aussi des pratiques juridiques américaines.

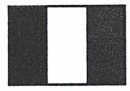
En Chine, même si l'ouverture économique force l'État à adapter son système juridique, la culture, notamment le confucianisme, expliquent une défiance naturelle des Chinois face aux règles juridiques occidentales, car la médiation et la honte sociale ont longtemps joué un rôle plus important que les tribunaux étatiques dans la prévention et la résolution des conflits.

b) Situation hors des pays en voie de développement

Il est intéressant de noter que de nombreux directeurs juridiques rencontrés et interrogés sur l'insécurité juridique à l'international donnent en exemple les systèmes juridiques de pays en voie de développement mais aussi des systèmes juridiques développés mais non moins dangereux pour une entreprise française.

Les directeurs juridiques citent souvent le système américain qu'ils craignent particulièrement. L'encadré ci dessous montre à quel point les traditions de pays développés comme **les États Unis** et la France peuvent être différents.

Opposition entre
civil law (*tradition juridique de l'Europe continentale*) et
common law (*tradition anglo-saxonne*)



Ces deux traditions juridiques sont très différentes et il ne sera pas étonnant qu'une entreprise habituée à l'une de ces traditions soit très méfiante vis-à-vis de l'autre. Pour l'illustrer, on peut prendre l'exemple d'une entreprise française et d'une entreprise américaine et des problèmes qu'aura chacune à accepter les procédures juridiques auxquelles est habitué son partenaire.

Les craintes de l'entreprise française vis à vis du système juridique américain :

- **Le procédé de *cross examination* :** il s'agit d'une procédure d'examen des témoins propres aux pays anglo-saxons et qui est contraire aux habitudes françaises. Lors d'un interrogatoire, l'avocat essaiera de déstabiliser le témoin, en lui posant non seulement des questions sur le fond de l'affaire mais aussi des questions sur son passé, et sur tout élément qui pourrait mettre en doute la crédibilité de son témoignage. Ce travail de sape est usant et déstabilisant pour un témoin habitué au système français, beaucoup moins agressif. Ceci est lié au fait qu'aux États-Unis, les procès se font avec jury populaire : on a tous en souvenir ces films où l'avocat rappelle par exemple certaines condamnations du témoin ou son passé douteux, obligeant le témoin à répondre de façon courte et arrêtant l'interrogatoire sans laisser au témoin la possibilité de se justifier.

- **Le procédé de *discovery* :** il permet aux parties d'un litige d'avoir accès à de nombreuses données concernant la partie adverse : en effet les parties doivent communiquer tous les documents ayant un lien avec le litige et ceci sans tenir compte du préjudice qu'elles peuvent subir en dévoilant des données confidentielles. On comprend la crainte de certaines entreprises face un tel procédé lors de litiges les opposant à leurs concurrents.

- **Les « *punitive damages* » ou dommages et intérêts exemplaires :** aux États-Unis, il peut être décidé lors d'un procès de fixer le montant des dommages et intérêts à des niveaux exorbitants dans le but de faire un exemple. On comprendra que cette pratique puisse paraître risquée pour une entreprise française qui ne peut pas se couvrir face à ce risque.

Les craintes de l'entreprise américaine vis à vis du système juridique français :

La procédure inquisitoriale : le tribunal en France participe plus activement qu'aux États-Unis à l'examen des témoins et les juges interrogent les témoins. Ceci n'est pas admissible pour des Américains qui pourraient s'offusquer face à un tribunal qui tenterait de réhabiliter par ses questions un témoin que l'avocat vient de discréditer lors d'une cross examination.

Intérêt de l'arbitrage face à ces différences : une procédure hybride

Une entreprise française contractant avec une entreprise américaine aura alors du mal à trouver un terrain d'entente en ce qui concerne un éventuel mode de règlement de litiges qui passerait par un tribunal américain ou français. C'est dans ce cadre que l'arbitrage pourra apporter une solution plus neutre où chacune des parties n'aura pas trop à souffrir des traditions juridiques de l'autre. En effet, la procédure d'arbitrage est soumise à des principes généraux comme le respect du contradictoire, aux règlements des chambres arbitrales s'il s'agit d'un arbitrage institutionnel, mais le plus souvent une grande liberté est laissée aux arbitres. Il est alors important de choisir les arbitres de manière à ce qu'ils définissent eux-mêmes une procédure hybride ne défavorisant pas l'une des parties.

DÉVELOPPEMENT DES PRATIQUES PRIVÉES ET DE L'ARBITRAGE

Les entreprises sont donc confrontées au besoin de commercer à l'international dans un environnement juridique pas toujours rassurant. Face à ce constat et à l'incapacité des États à trouver des solutions satisfaisantes, les entreprises se sont organisées et ont développé des **usages et des pratiques** qui sont autant de réponses pragmatiques à leurs problèmes quotidiens.

Elles se sont souvent appuyées sur des organisations professionnelles ou mieux encore sur des associations privées spécialisées dans le commerce international comme la Chambre de Commerce International : ceci a permis de structurer et de standardiser les usages. Deux exemples peuvent mettre en avant ce rôle :

- on peut citer le **FIDIC**[4], qui joue un grand rôle dans la structuration de la profession du BTP à l'échelle mondiale. Cette association propose notamment des contrats types qui sont très utilisés.
- **La CCI** a joué et joue encore un rôle phare dans le développement de ces pratiques. À son actif on peut noter le développement des INCOTERMS, qui précisent à travers le choix d'un des treize INCOTERMS existants les obligations du vendeur et de l'acheteur, ainsi que la promotion d'un standard de règlement de litiges adapté au commerce international : l'arbitrage qui permet en effet d'allier neutralité et garanties. Ainsi, alors que des organisations publiques ont tenté pendant un certains temps d'uniformiser le droit, de l'organiser par des conventions limitées, des associations privées ont proposé très tôt une solution satisfaisante pour les entreprises.

Ce succès de l'initiative privée est impressionnant notamment en ce qui concerne l'arbitrage. Les États et les organisations internationales ne s'y sont pas trompés et le cercle des promoteurs de l'arbitrage dépasse aujourd'hui la sphère privée et les chambres d'arbitrage.

Le commerce international est devenu une nécessité pour les entreprises comme pour les États. Si ceci semble évident aujourd'hui pour de plus en plus d'acteurs économiques, certains en ont pris conscience dès la fin de la seconde guerre mondiale et ont essayé d'accompagner le développement des échanges en améliorant la sécurité juridique internationale. Cependant, leur action a été limitée et les entreprises ont dû trouver des réponses ad hoc à leurs problèmes pratiques.

Dans le domaine des règlements de litiges, l'arbitrage est une de ces solutions et constitue une réussite incontestable. Il a été développé par des organisations privées, et se révèle capable de fournir un moyen relativement simple et efficace de régler des litiges entre acteurs économiques très différents.

[4] Voir page 12.

IV.2 Promotio n et développement de l'arbitrage au niveau mondial

L'arbitrage est donc une réponse intéressante au problème des règlements de litiges et devrait prendre de plus en plus d'importance, porté le développement du commerce international dans le futur, ainsi que par la fragmentation durable du droit commercial international. Mais un autre facteur devrait être favorable à son développement : un consensus toujours grandissant existe autour de ce mode de règlement de litiges. Ainsi des acteurs économiques internationaux très différents assurent chacun à leur manière la promotion de l'arbitrage.

RÔLE DES CHAMBRES INTERNATIONALES D'ARBITRAGE

Les chambres ou cours d'arbitrages jouent un rôle très actif dans le développement de l'arbitrage :

- En tant que promoteurs : les chambres arbitrales et plus particulièrement les plus connues organisent des séminaires, des conférences internationales qui visent à rendre l'arbitrage plus connu par un plus grand nombre.
- En tant qu'organisateurs : en effet, en proposant un règlement standard et une liste d'arbitres, les chambres ont permis de rendre l'arbitrage pour ceux qui redoutaient les procédés ad hoc. Ainsi elles ont rendu l'arbitrage opérationnel.

Cependant, toutes les chambres n'ont pas eu le même rôle. On compte aujourd'hui 3000 associations d'arbitrage à l'échelle mondiale, et il nous a semblé important de présenter parmi celles-ci les trois plus importantes, la Cour internationale d'Arbitrage de la CCI, la London Court of International Arbitration LCIA et l'American Arbitration Association AAA, ainsi que trois chambres plus régionales qui répondent à des besoins divers : une chambre chinoise (CIETAC), le centre régional du Caire, la Cour de la chambre de commerce de Stockholm.

Les principales chambres :

La Cour Internationale d'Arbitrage
de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)

http ://www.iccwbo.org/index_court.asp

La CCI, organisation internationale non gouvernementale, se définit comme « l'organisation mondiale des entreprises et comme l'unique porte parole représentatif du secteur privé à s'exprimer au nom de l'ensembles des acteurs économiques de toutes les régions du monde ».

Fondée en 1919 sur l'initiative des quelques patrons qui voulaient promouvoir le commerce comme source de paix et de prospérité, cette organisation trouve sa force dans le fait qu'elle fédère aujourd'hui des milliers de sociétés et d'associations membres dans plus de 130 pays. La CCI offre de nombreux services aux entreprises parmi lesquels l'arbitrage qui est un de ses produits phares, avec les clauses INCOTERMs et la désignation d'experts.

La **Cour Internationale d'Arbitrage** a été créée en 1923. Elle propose un règlement d'arbitrage et une liste d'arbitres, et encadre les arbitrages qui suivent ce règlement. Son secrétariat est basé à Paris mais la Cour bénéficie d'une implantation mondiale via les centres de la CCI représentant l'organisation dans de nombreux pays et qui peuvent aider le cas échéant à trouver un arbitre d'une nationalité donnée.

La Cour vient de franchir le cap de sa 10000ème affaire et a confirmé en 1998 son universalité : par exemple, les litiges en cours d'arbitrage en 1998 comptaient plus de 100 nationalités différentes. Sur ces litiges, plus de la moitié représentaient des litiges de plus d'un million de dollars et les demandes d'arbitrage provenant d'Asie, d'Europe Centrale et d'Amérique latine étaient en forte hausse.
Enfin, la Cour a renouvelé son règlement en 1998 pour rendre la procédure d'arbitrage plus attrayante en essayant de réduire les délais notamment.

La Cour d'Arbitrage de Londres ou LCIA (London court of international arbitration) :

http ://www.lcia-arbitration.com/

Cette cour arbitrale renommée est basée à Londres et est considérée comme la deuxième plus grande cour européenne après la Cour de la CCI.

Contrairement à la CCI, la LCIA n'a pris sa forme actuelle que récemment puisqu'elle a été profondément réformée en 1985 sous l'impulsion « d'internationalistes », des juristes qui ont voulu rendre l'arbitrage pratiqué par cette cour le plus international et donc le moins anglais possible pour accroître leur audience à l'international. La LCIA a alors pris la CCI en modèle et a entrepris une opération de refonte en attirant des arbitres renommés notamment de la CCI et en publiant une revue internationale (Arbitration international).

Une des forces et des faiblesses à la fois pour cette cour est de s'appuyer sur des experts et magistrats à la retraite, très compétents en droit commercial international mais fortement marqués par les pratiques anglaises.

Malgré la place de Londres dans le commerce international, l'Angleterre avait été un pays peu propice au développement de l'arbitrage international jusqu'à la nouvelle loi sur l'arbitrage (*Arbitration Act*) de 1979. En effet, les tribunaux étatiques et notamment la Commercial Court avait un droit de regard important sur les arbitrages ayant lieu en Angleterre jusqu'à cette date, du fait de procédures d'appel facilitées.

Enfin, aucune statistique n'a été trouvée concernant cette cour, mais Y. Dezalay cite des contacts qui jugent que le nombre de cas traités par an ne dépassent pas 30 à 40 et un autre contact qui évalue ce nombre à 60-80. En tout cas, ce chiffre est encore largement inférieur de celui de la CCI.

L'association américaine d'arbitrage : l'American Arbitration Association (AAA ou "triple A")

American Arbitration Association
Dispute Resolution Services Worldwide

Cette association américaine a été fondée en 1926 et son siège se trouve à New York. Mais, même si les dates de création sont proches, l'AAA n'a pas du tout le même profil que la Cour de la CCI.

Dans les années 1970, les États-Unis ont connu des litiges commerciaux internationaux importants, notamment dans le pétrole. Si les grands cabinets américains d'avocats ont joué un rôle important en déployant tout un arsenal juridique pour leurs clients, les arbitrages se sont souvent passés en Europe, à Paris ou Genève avec des arbitres européens, ceci pour des raisons évidentes de neutralité.

C'est donc la CCI qui a profité de ces grands arbitrages pour gagner du prestige et de l'expérience, et non l'AAA.

L'arbitrage international est donc longtemps resté aux États-Unis une affaire de spécialistes européens. Si l'AAA offrait effectivement l'arbitrage comme alternative aux tribunaux d'État, l'association traitait environ 60 000 litiges par an, plutôt internes et de petite taille, et faisait appel à des arbitres « amateurs » peu payés donc très différents des arbitres CCI. Il a fallu attendre les années 80 pour voir les Américains s'intéresser enfin à l'arbitrage international. En 1985, l'AAA a créé le World Arbitration Institute et, imitant la LCIA, a entrepris un travail de promotion de l'arbitrage international par des séminaires et par une revue.

Finalement, en 1995 l'AAA a noté une progression de 21% du nombre total de cas soumis dans l'année et atteignant le chiffre de 92 100 arbitrages. Mais ce chiffre recouvre 55 587 petits litiges d'assurance, 7 069 problèmes d'automobilistes non assurés, 14 623 litiges liés aux contrats de travail... **et 15232 litiges commerciaux et seulement 385 internationaux contre 343 en 1987 !**

Un arbitre américain notait que l'AAA est appelé à se classer parmi les grandes chambres sans pour cela rivaliser avec les chambres européennes. L'AAA a un nombre important de litiges, mais pas de grands litiges si ce n'est ceux où une partie américaine est assez forte pour imposer ses conditions. Des juristes d'entreprises rencontrés ont confirmé que les Américains sont peu internationaux dans leur approche et que les entreprises françaises ne choisissent l'AAA qu'avec des partenaires américains.

En conclusion, ces trois chambres ont joué un rôle important dans le développement de l'arbitrage, et en particulier la CCI qui a offert un modèle repris par la LCIA et l'AAA. Leur rôle est important pour imposer l'arbitrage international auprès de leurs clients, des juristes mais aussi auprès des administrations : ainsi aux États Unis, des juristes appuyés par la CCI ont fait un lobbying important dans les années 80 pour prouver que l'arbitrage international pouvait être géré par des arbitres de très haut niveau et donc que l'État ne devait pas avoir peur de perdre de ses prérogatives en le favorisant.

Les chambres régionales :

Comme l'a montré l'exemple du "triple A", la neutralité est un des enjeux essentiels pour le développement de l'arbitrage. Ceci explique la création de centres régionaux en marge des trois centres décrits précédemment. Ces centres sont en fait très nombreux et on ne s'attardera que sur trois d'entre eux choisis pour leur importance passée ou à venir.

Le Centre Régional du Caire pour l'Arbitrage Commercial International : The Cairo Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA)

http ://www.crcica.org.eg/crcica98.htm

Ce centre a été créé à la fin des années 70 sur proposition du comité consultatif afro-asiatique et avait traité 42 cas d'arbitrage depuis le début jusqu'en 1993.

Le développement de ce centre a reposé sur plusieurs critères :

- La place de l'Égypte : ce pays bénéficie de sa position pour les litiges Nord-Sud et les litiges avec les pays arabes. La forte présence de l'Égypte dans les organismes internationaux comme l'ONU ou la Banque Mondiale confirme d'ailleurs cette position centrale.
- Le rayonnement juridique de l'Égypte et du Caire : l'Égypte compte de brillants juristes souvent formés à l'étranger et notamment en France. L'Égypte a d'ailleurs eu une grande influence sur le monde arabe, le code civil égyptien ayant été repris en Irak, Jordanie, Libye, Syrie et Koweït. Les décisions des cours égyptiennes ont une résonance dans de nombreux pays.
- Les critiques face à un arbitrage euro-centrique : si de nombreux pays acceptent aujourd'hui l'arbitrage, certains remettent en cause le caractère trop européen des arbitrages CCI. Le centre d'arbitrage du Caire offre une alternative intéressante dans ce contexte.

La Chambre de Commerce de Stockholm

http ://www.chamber.se/arbitration/english/index.html

STOCKHOLMS HANDELSKAMMARES
SKILJEDOMSINSTITUT

Stockholm est souvent cité parmi les lieux d'arbitrage connus aux cotés de Paris et Genève. L'arbitrage international s'est développé de façon particulière en Suède grâce à un marché de niche très médiatisé : les litiges entre l'URSS et les États-Unis.

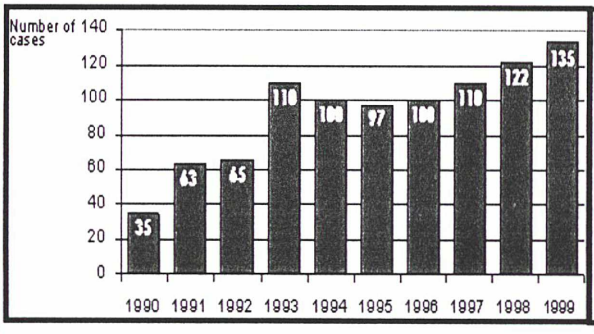
Plusieurs facteurs ont permis le développement du centre de Stockholm :

- La pratique de l'arbitrage interne : l'arbitrage est une vieille tradition en Suède.
- La neutralité de la Suède : comme durant la seconde guerre mondiale, la Suède est longtemps restée en dehors des grands blocs géopolitiques.
- L'existence de la Chambre de Commerce de Stockholm : fondée en 1917, cette chambre constituait une bonne base pour le développement de l'arbitrage international.

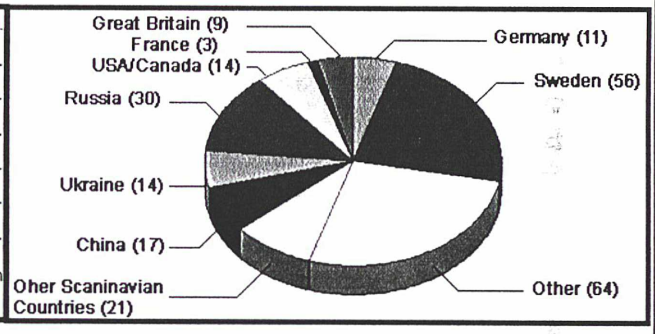
La neutralité associée à la position géographique de la Suède en ont fait un lieu de choix pour le règlement de litiges Est-Ouest d'autant plus que, durant les années 70, la Suède avaient interrompu ses relations diplomatiques formelles avec les États-Unis, ce qui était un gage de neutralité pour l'URSS.

L'idée de développer ce marché de l'arbitrage en Suède est venue des États-Unis et de l'URSS eux-mêmes, qui ont recommandé en 1976 une clause compromissoire type suivant le règlement de la Chambre de Commerce de Stockholm. À cette époque, l'URSS n'était pas éligible aux arbitrages CCI.
Il est difficile de savoir si cet accord a apporté beaucoup d'arbitrages, mais il a donné une grande renommée à la Chambre. Il semble de plus que la chute de l'URSS et l'ouverture de l'Europe de l'Est pourrait lui donner une nouvelle impulsion : le nombre de cas a fortement progressé depuis 1993. En 1994 et 1995, 60 nouveaux cas par an ont été comptabilisés. Cependant, la Chambre de Commerce n'a pas profité de cette montée en puissance pour abandonner sa politique de niche : résolument imprégnée des pratiques suédoises, elle refuse la dimension mondiale que peut avoir un organisme comme la CCI.

Nombre de cas traités par la Chambre de Commerce de Stockholm (cas en stock)



Bilan 1999 sur la nationalité des parties
(nombre de conflits par nationalité



La CIETAC : Chinese International Economic Trade and Arbitration Comission.

http ://www.moftec.gov.cn/moftec/official/html/laws_and_regulations/trade40.html

Cette cour chinoise d'arbitrage a été créée en 1956 et a changé de nom deux fois pour prendre le nom de CIETAC en 1988. Comme la CMAC, chambre maritime, elle dépend directement d'un organe étatique mais d'après nos contacts, elle a réussi à asseoir sa crédibilité grâce aux bonnes expériences d'entreprises ayant eu recours à un arbitrage CIETAC. Il est clair que le développement de cette cour est un atout de taille pour la Chine qui dispose d'une chambre de référence quand la partie chinoise est assez forte pour pouvoir l'imposer (ce qui est d'ailleurs fréquent).

Concernant le développement de la CIETAC, même si les statistiques sont à considérer avec précautions, la cour aurait connu une forte croissance, les nouveaux cas passant de 37 en 1985 à 513 en 1993. En conclusion grâce à son fort développement et sa reconnaissance à l'étranger, la CIETAC sera sûrement un vecteur important du développement de l'arbitrage en Chine.

En conclusion, alors que la CCI dominait la scène de l'arbitrage international dans les années 70, les cours arbitrales se sont depuis multipliées soit pour tenter d'imiter la CCI et viser le marché mondial de l'arbitrage soit pour répondre à un besoin plus local. En tous cas, ce développement et parfois la compétition entre les cours ne peuvent être que propices à l'arbitrage qui bénéficie d'une promotion active et ceci même dans des pays hier encore à la marge du commerce international. Organiser et promouvoir l'arbitrage, voilà la tâche essentielle de ces cours qu'il faut saluer.

RÔLE DES ORGANISMES INTERNATIONAUX

Comme nous l'avons vu précédemment, même si l'arbitrage est une justice privée, il a des interactions avec la sphère publique qui a un droit de regard lorsque les parties n'appliquent pas spontanément les sentences. Le soutien d'organismes publics internationaux et des pays a donc été essentiel à son développement.

L'arbitrage international a ainsi bénéficié du soutien de l'Organisation des Nations Unies (ONU) via la Commission de l'Organisation des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) ainsi que la Banque Mondiale.

Parmi les actions entreprises par ces organismes, quatre sont particulièrement importantes :

- **La convention de Washington de 1965 ou convention CIRDI** (Centre International pour le Règlement de Différends relatifs aux Investissements) : cette convention négociée sous l'égide de la Banque Mondiale a pour but de faciliter la résolution de litiges pouvant intervenir entre un État et les ressortissants d'un autre État lors d'investissements privés internationaux. Dans ce but, la convention a créé un centre, le CIRDI qui s'est mis en place dès 1966. Dans la pratique, une entreprise d'un pays signataire de la convention CIRDI, investissant dans un pays étranger signataire de la convention et contractant directement avec l'État, pourra faire référence au règlement CIRDI dans une clause d'arbitrage.

  Cette convention est donc d'une grande importance pour les investisseurs contractant directement avec un État étranger, ceci d'autant plus que de nombreux pays l'ont signé.

- **Le règlement d'arbitrage CNUDCI :** ce règlement, adopté en 1976, comble un vide puisqu'il offre un règlement de procédure qui n'est affilié à aucune chambre arbitrale et qui peut donc être utilisé dans les arbitrages ad hoc.

  En effet il ne faut pas sous estimer l'importance de l'arbitrage ad hoc car même si aucune statistique n'existe sur ce type d'arbitrage, il est clair que certaines parties refusent de passer par une chambre, soit pour des raisons financières soit à cause de l'échec de négociations quant aux choix de la cour. Dans ce cas, il est intéressant pour les parties de s'en remettre tout de même à un règlement standard qui pourra éviter les blocages.

- **La loi-type CNUDCI :** la CNUDCI a répondu ici à un autre besoin important. En effet, beaucoup de pays se sont aperçu que la promotion de l'arbitrage

international ne pouvait leur être que bénéfique. Ils ont donc dû mettre à niveau leur législation et adopter une attitude plus libérale vis à vis de l'arbitrage, notamment en ce qui concerne le droit de l'appel, de l'annulation et de l'exécution des sentences étrangères.

La CNUDCI offre dans ce domaine un modèle de loi, dit loi-type CNUDCI qui sert de standard et qui a inspiré beaucoup de réformes. Cette loi offre de plus un étalon qui permet de mesurer à quel point un pays adopte une attitude libérale vis à vis de l'arbitrage.

- **La Convention de New York de 1958 (Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères) :**
  Comme son nom l'indique, cette convention tend à améliorer l'application de sentences arbitrales étrangères. Elle est primordiale pour le développement de l'arbitrage car, une fois la sentence arbitrale rendue, la partie cherchant à faire appliquer la sentence devra demander l'exequatur dans le pays où se trouvent les actifs de l'autre partie à saisir.

  Par exemple, une entreprise française qui vient de gagner un arbitrage face à une partie yéménite, qui ne possède des actifs qu'au Yemen, n'aura pas d'autre choix que de demander l'exequatur de sa sentence à un tribunal yéménite. En ratifiant la convention, un pays s'engage à faire appliquer une sentence rendue dans un autre pays signataire sous des conditions définies dans la convention. Cette convention a été signée par plus de 120 pays et est sûrement un des atouts majeurs de l'arbitrage car il sera souvent plus facile de faire appliquer une sentence arbitrale qu'un jugement d'un tribunal étatique.

Attention : l'application des sentences étrangères est indépendante de la nationalité des parties. En effet, seul le lieu d'arbitrage compte. Par exemple, si deux parties de pays non-signataires de la convention, par exemple iranienne et brésilienne ont recours à un arbitrage CCI en France, pays signataire, et si la partie brésilienne, forte de la sentence, souhaite saisir des actifs de la société iranienne en Égypte, pays signataire, la convention s'applique.

Les organismes internationaux ont donc joué un grand rôle, en fait complémentaire à celui des cours et chambres arbitrales. Ils sont en effet intervenus sur des aspects importants de l'arbitrage mais hors du champ des organisations privées de l'arbitrage.

RÔLE DES PAYS

Beaucoup de pays ont compris l'intérêt de l'arbitrage et jouent un rôle important dans son développement. Pour certains comme les pays en voie de développement, il s'agit de montrer sa bonne volonté et son désir d'ouverture face à des investisseurs et partenaires commerciaux qu'ils veulent rassurer. Pour d'autres comme l'Angleterre, l'arbitrage international constitue un marché en soi et ils cherchent à devenir un acteur majeur dans ce domaine en étant considérés comme un lieu d'arbitrage de choix : avant la réforme de 1979, certains défenseurs d'une approche plus libérale vis à vis de l'arbitrage international en Angleterre avaient avancé que l'augmentation

des arbitrages organisés à Londres pourrait générer 500 millions de livres de revenus. Même si cette affirmation est vague, elle montre l'enjeu du développement de l'arbitrage.

Donc les pays ont des raisons différentes de vouloir promouvoir l'arbitrage mais les moyens tendent tous au même but : adopter une attitude libérale vis-à-vis de l'arbitrage international.

Les principaux moyens d'actions dont dispose un État sont les suivants :

a) Signature de la Convention de New York :

Ceci est essentiel pour un pays souhaitant montrer son intérêt pour l'arbitrage. Beaucoup ne s'y sont pas trompés car la convention compte plus de 120 signataires. La carte ci dessous montre qu'il reste quelques grands absents comme de nombreux pays africains et le Brésil. Cependant le nombre des signataires de cette convention ayant augmenté de façon continue, il est permis d'être optimiste quant à l'adhésion des retardataires.

Pays ayant ratifié la Convention de New-York
(en clair, à la date du 8 juin 2000)

b) Réforme de la loi sur l'arbitrage :

Les lois régissant l'arbitrage international à un niveau national sont en évolution rapide, marquée par de nombreuses réformes dans divers pays. En fait, elles se sont même accélérées depuis ces dernières années marquant une compétition accrue entre

les États pour rendre plus attractif les arbitrages internationaux se déroulant sur leur sol.

En Europe : c'est en Europe occidentale que le mouvement de réformes a été le plus précoce et le plus dense : France (1981), Grande Bretagne (1979), Belgique (1985), Allemagne (1986)... Toutes ces lois ont eu pour but de favoriser l'arbitrage international en limitant et en encadrant par exemple les recours possibles auprès de tribunaux étatiques. Ces réformes ont des implications directes et le fait que Genève et Paris se soient développés comme lieux d'arbitrage très appréciés n'est pas indifférent aux lois française et suisse.
En Europe de l'Est, les réformes juridiques sont importantes depuis la chute du mur car la régulation administrative n'a plus lieu d'être. C'est dans ce contexte que bon nombre de pays comme la Bulgarie, la République Tchèque, la Pologne et la Hongrie ont mis à niveau leur législation au cours des années 90 en s'inspirant de loi-type CNDUCI.

Hors d'Europe
L'effervescence législative autour de l'arbitrage international est impressionnante et il suffit d'ouvrir les revues d'arbitrage pour voir régulièrement un article sur la réforme de la loi d'arbitrage de tel ou tel pays.

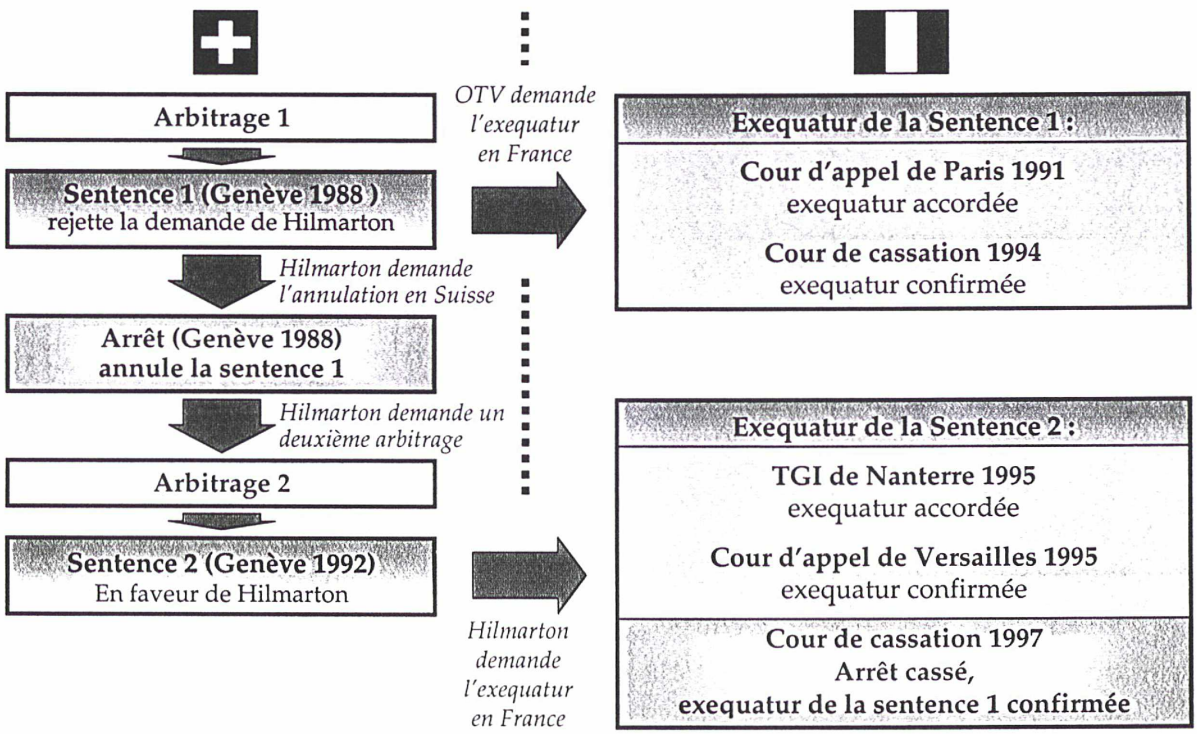
Zones géographiques	Remarques sur la modernisation des législations
Russie	1993 : adoption d'une loi proche de la loi CNUDCI.
États-Unis	Loi fédérale ancienne sur l'arbitrage mais qui n'a pas permis un développement important des arbitrages internationaux aux États-Unis Certains États prennent alors une approche plus libérale proche de la loi CNUDCI : Connecticut, Californie...
Canada	Longtemps à l'écart. A lancé en 1986 une réforme.
Amérique latine	Longtemps peu enthousiaste face à l'arbitrage, les pays entreprennent une modernisation législative en s'inspirant de la loi CNUDCI : Mexique, Colombie et Pérou dans les années 90.
Afrique	Situation contrastée mais aussi quelques exemples de modernisation récente : Togo (1990), Nigeria (1988)...
Proche Orient	Situation contrastée. Le Liban a réformé en 1983, l'Arabie Saoudite n'a opéré que des réformes timides alors que le Bahreïn a adopté une loi CNUDCI
Asie Pacifique	Certains pays sont à la pointe de l'arbitrage grâce à des législations favorables qui ont permis le développement de centres comme ceux de Singapour ou Hong Kong. La Thaïlande et la Chine se sont ouvertes à l'arbitrage dans les années 80.

Exequatur d'une sentence annulée : des lois nationales encore inégales

La jurisprudence concernant l'application des sentences étrangères annulées dans leur pays d'origine est encore incertaine. Un exemple très célèbre est l'affaire OTV-Hilmarton. OTV, société française est opposée à Hilmarton, société anglaise au sujet du paiement d'une prestation de conseil de Hilmarton. Un arbitrage se déroule en Suisse comme prévu dans le contrat et aboutit en 1988 à une première sentence arbitrale favorable à OTV. Mais tandis que Hilmarton demande et obtient l'annulation de la sentence devant les tribunaux suisses, OTV demande l'exequatur en France… et l'obtient également.

Les deux états ont jugé du respect de l'ordre public national ou international selon leurs propres critères et sont arrivés à des conclusions différentes. Or, la convention de New York prévoit que l'exécution d'une sentence peut être refusée si elle a été annulé dans son pays d'origine (Article V), mais aussi que la convention ne doit priver aucune partie intéressée des droits qu'elle aurait en l'absence de la convention (Article VII). Le droit français accordant l'exequatur de la sentence, la cour de cassation a jugé que l'article VII s'appliquait et a donc confirmé l'exequatur de la sentence.

Mais l'affaire ne s'arrête pas là : Hilmarton demande un deuxième arbitrage en Suisse, le premier ayant été annulé, et obtient cette fois une sentence en sa faveur. Il en demande alors l'exequatur en France… et l'obtient du tribunal de grande instance de Nanterre, jugement confirmé par arrêt de la cour d'appel de Versailles. Toutefois, la cour de cassation casse cet arrêt en invoquant l'autorité de la chose jugée.



La logique est donc rétablie en France, mais pas sur le plan international : en effet, alors que c'est la sentence 1 qui s'applique en France, c'est a priori la sentence 2 qui est valable dans le reste du monde. Autrement dit, OTV doit payer Hilmarton partout dans le monde sauf en France…

On peut noter que les États-Unis ont adopté une position similaire en accordant l'exequatur à une sentence annulée en Égypte dans l'affaire Chromalloy, et très récemment une position contradictoire en refusant l'exequatur à une sentence pour la seule raison qu'elle avait été annulée dans son pays d'origine (affaire Baker Marine).

c) Création de cours d'arbitrage régionales :

Lors de la description des cours régionales, a été expliqué le type de dynamique qui peut expliquer la création de telles chambres. En résumé, une cour arbitrale locale peut :

- attirer des arbitrages et donc des revenus
- permettre de répondre aux besoins des entreprises locales qui doutent de la neutralité des grands centres jugés soit trop européens soit trop occidentaux
- permettre à un État s'ouvrant à l'arbitrage de le faire progressivement et de contrôler encore des arbitrages qui auront lieu sur son sol ou qui seront organisés par une cour qu'il peut encore maîtriser.

Parmi les chambres régionales importantes, les organisations les plus souvent citées sont :

- Le centre international d'arbitrage de Hong Kong,
- Le centre international de Singapour,
- L'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm,
- Centre régional d'arbitrage commercial du Caire,
- La cour d'arbitrage chinoise, la CIETAC.

Pour illustrer le dynamisme de certains pays à promouvoir l'arbitrage, l'exemple chinois est sûrement révélateur et aussi prometteur pour l'arbitrage car ce pays qui représente un marché de plus d'un milliard de personnes semble parier sur ce mode de règlement de litiges.

Exemple : La Chine et l'arbitrage international

Depuis que la Chine a décidé de s'ouvrir aux échanges commerciaux en 1979, le nombre de contrats commerciaux a fortement augmenté et avec eux les litiges, ce qui a posé le problème du choix d'un mode de résolution de litiges efficace.

- **Point de vue chinois :** Concernant les modes de résolution de litiges, les Chinois ont traditionnellement préféré des solutions autres que le recours aux tribunaux étatiques. En effet les Chinois sont très sensibles à l'ordre social mais ont longtemps préféré les règles morales et le jugement de leurs pairs plutôt que le droit et le jugement de représentants de l'État : la peur de la honte sociale était suffisante pour garantir l'ordre social, les tribunaux étant réservés aux étrangers. Donc les Chinois ont traditionnellement eu recours à la médiation et dans ce contexte, l'arbitrage n'a rien d'inhabituel pour une entreprise chinoise qui ne sera généralement pas opposée à un tel règlement de litiges.

A l'opposé, même si les Chinois commencent à accepter les méthodes occidentales, ils ont longtemps considéré que la présence d'avocat et la rédaction de contrats volumineux et complexes, où tout était prévu, était une marque de méfiance, néfaste à une bonne entente commerciale.

- **Point de vue des cocontractants non chinois :** attirés par le marché chinois, les étrangers demandent un minimum de sécurité et ont du mal à accepter de ne pas avoir de garanties : ainsi ils refuseront soit la médiation seule qui est un processus amiable sans garantie, soit le recours à un tribunal chinois dont la neutralité n'apparaît pas évidente pour beaucoup d'entreprises étrangères. Donc l'arbitrage, alliant à la fois neutralité relative et garanties d'exécution, s'avère un bon compromis.

- **Promotion de l'arbitrage en Chine :** devant ce constat et devant la nécessité de rendre possible son ouverture commerciale à l'international, la Chine a décidé d'utiliser l'arbitrage : elle passait par la chambre de Stockholm et refusait la CCI au début, puis les entreprises chinoises ont eu recours aux chambres traditionnelles ; ainsi la CCI, la LCIA, la Chambre de Stockholm ou le centre de Hong Kong ont vu les arbitrages avec une partie chinoise se multiplier. Mais la Chine a modernisé ses structures concernant l'arbitrage ce qui devrait rendre l'arbitrage en Chine plus attractif :

1. La Chine a entrepris depuis 1985 un travail législatif visant à promouvoir l'arbitrage international.
2. La Chine a signé les grandes conventions : convention de New York en 1987 et CIRDI en 1993.
3. La Chine dispose de deux cours arbitrales qui ont un monopole de fait sur les cas d'arbitrage international se déroulant en Chine, la CIETAC[5], cour généraliste et la CMAC, cour maritime, toutes deux spécialisées dans les arbitrages internationaux.
4. La Chine a adopté en 1994 une nouvelle loi qui renforce l'ouverture à l'arbitrage international en lui consacrant des règles propres : par cette loi, la Chine a aussi affirmé clairement son soutien à ce mode de règlement de litiges. Ceci était important car même si les Chinois trouvaient l'arbitrage naturel, il y a eu longtemps une opposition des tribunaux au recours à l'arbitrage, ce qui contraignait les entreprises non chinoises à consacrer un quart du temps de négociation au mode de règlement de litiges, avec dans l'espoir d'obtenir un arbitrage à Stockholm.

Ainsi la Chine a utilisé tous les outils cités précédemment pour promouvoir l'arbitrage : nouvelle loi, modernisation des cours arbitrales, signature des conventions internationales, ce qui sera sûrement payant vu que l'arbitrage recueille le consensus à la fois des Chinois et de leurs partenaires étrangers.

CONCLUSION :

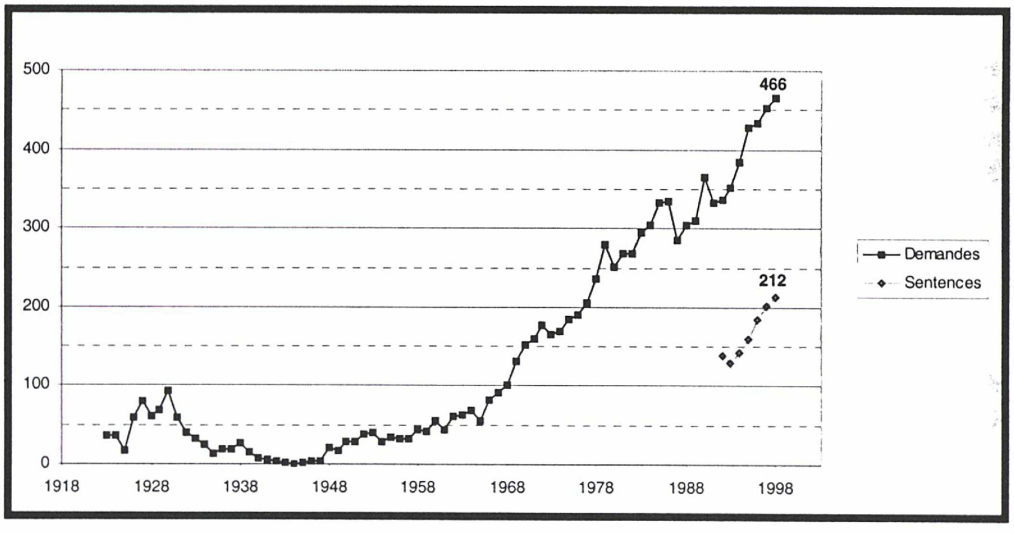
L'arbitrage répond au besoin de sécurité accrue des entreprises engagées dans le commerce international, qui dans bien des cas n'ont pas d'autre solution pour régler leurs litiges. C'est ce besoin qu'ont parfaitement compris les cours arbitrales, l'ONU et les États qui par leur activisme ont œuvré à rendre l'arbitrage possible dans de nombreux pays.

[5] Voir page 39.

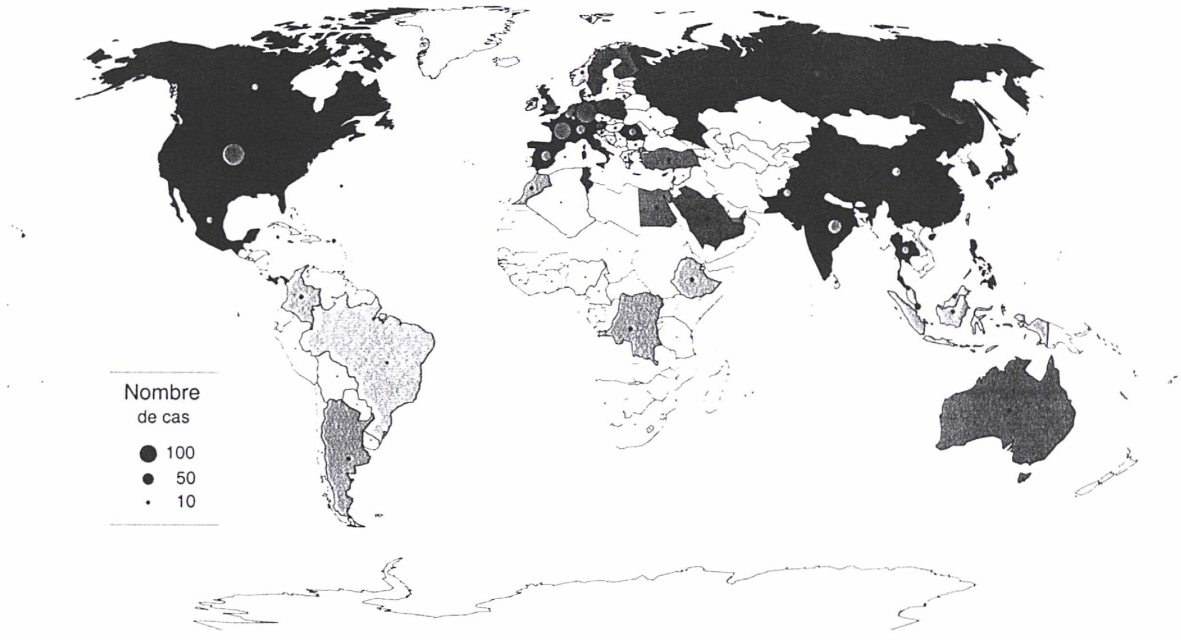
IV.3 Quelques données sur le développement de l'arbitrage international

- L'arbitrage international est un mode de règlement de litiges ancien (la Cour Internationale de la CCI a été fondée en 1923).
- L'arbitrage a connu un fort développement dans les années 70, surtout dans les secteurs du pétrole et du BTP, les entreprises étant exposées à des pays fortement instables (nationalisations dans le domaine du pétrole notamment).
- Devant ce développement, l'arbitrage international a intéressé de plus en plus d'institutions : les cours d'arbitrage se sont multipliées et les pays se sont mis à niveau, processus qui continue encore aujourd'hui.
- La CCI joue encore un rôle majeur même si des concurrents s'attaquent à son hégémonie. Ci dessous sont données certaines statistiques de cette cour.

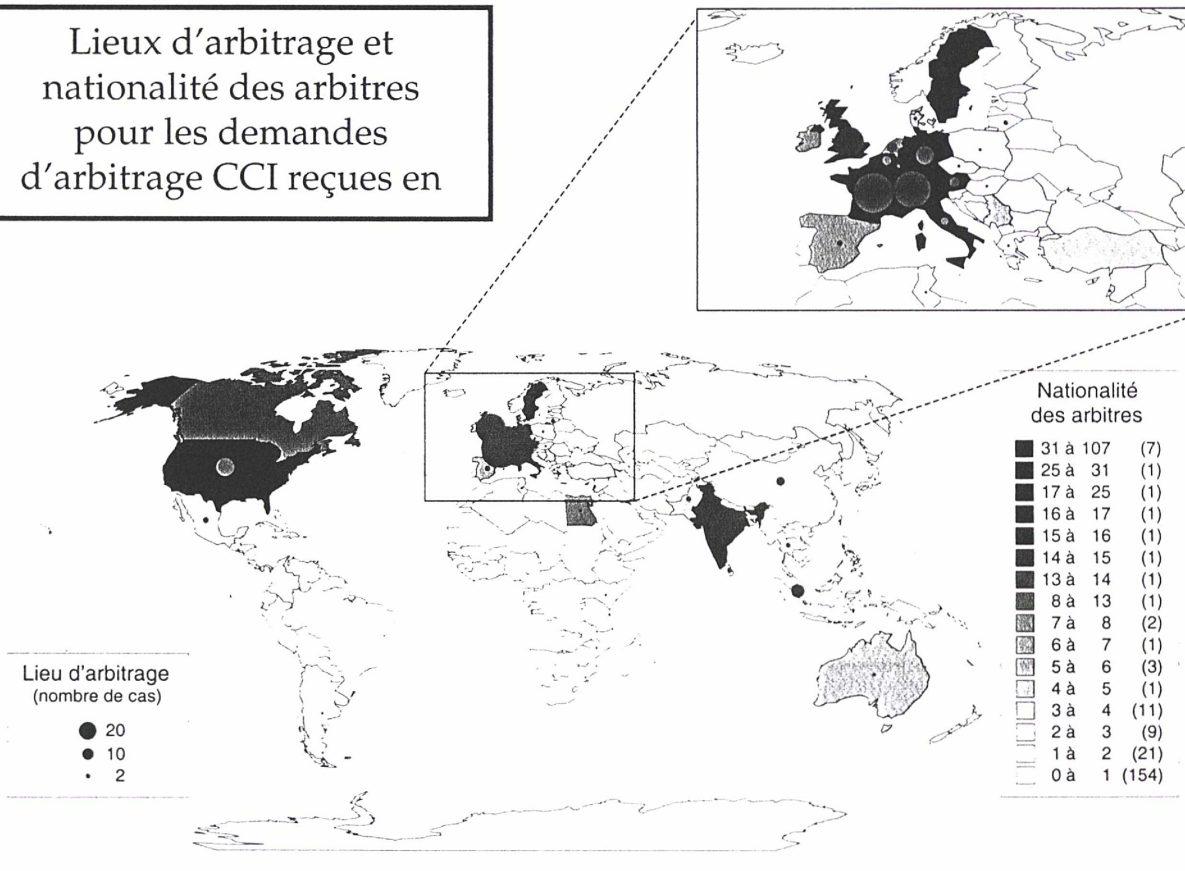
Evolution des demandes et des sentences CCI



Nationalité des parties dans les demandes d'arbitrage CCI reçues en



Lieux d'arbitrage et nationalité des arbitres pour les demandes d'arbitrage CCI reçues en



IV.4 L'arbitrage face aux autres solutions

LES ADR (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION) :

Il existe de nombreux modes de règlement de litiges alternatifs aux tribunaux étatiques. En effet, une grande liberté contractuelle est laissée aux parties qui ont intérêt à trouver la forme la plus adaptée à leur litige. Le tableau ci dessous donne les principaux ADR autre que l'arbitrage :

Conciliation	Règlement de litiges amiable dans lequel les parties font appel à un tiers qui a pour rôle de piloter la négociation entre les parties et de tenter leur rapprochement. Mais en cas d'échec, le conciliateur est démuni.
Médiation	Proche de la conciliation, la médiation est un mode de règlement de litiges dans lequel le tiers intervenant, le médiateur, fait des recommandations et émet un avis : il a donc un rôle plus actif que le conciliateur. Il s'agit d'un processus amiable car l'avis n'a aucune force exécutoire
Med-Arb	Combinaison de médiation et d'arbitrage, les parties choisissant l'arbitrage en cas d'échec de la médiation.
Mini-trial	Il s'agit d'un arbitrage simulé : les parties organisent un tribunal mais celui-ci émet simplement des recommandations et ne rend pas de sentence exécutoire.

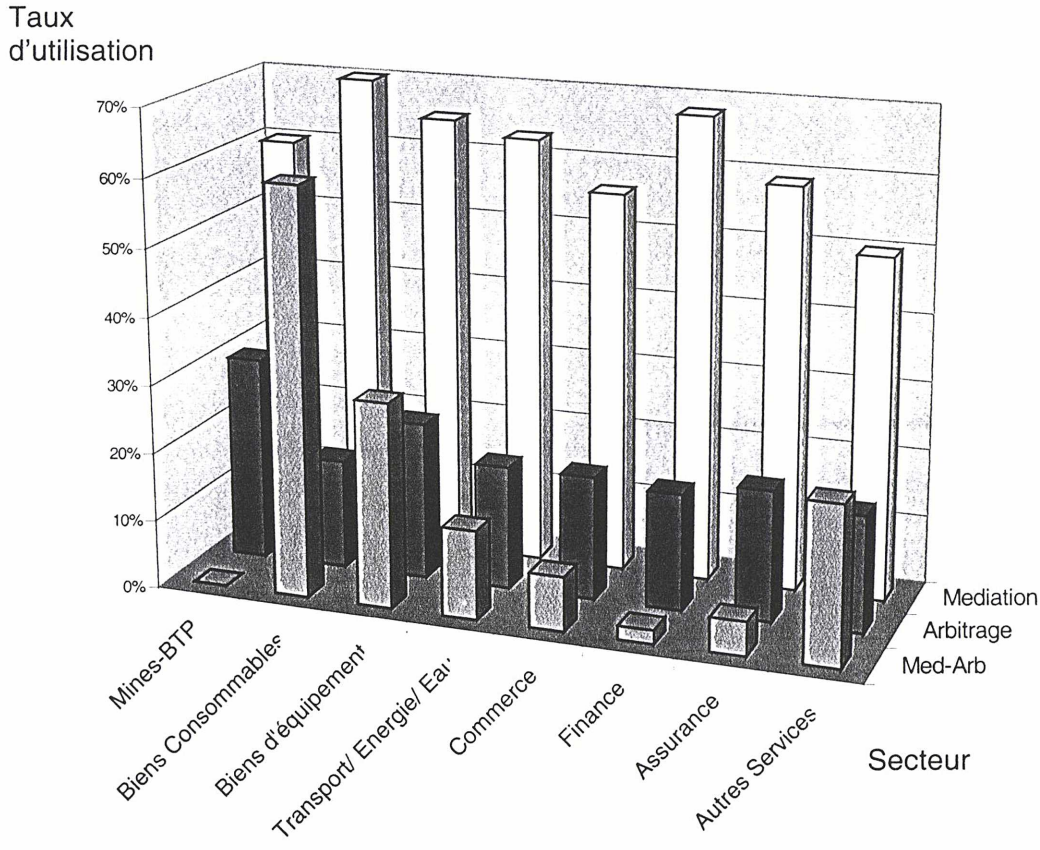
À cela s'ajoutent d'autres formes créées sur mesure par les parties. Par exemple, lors de la construction du tunnel sous la manche, le consortium chargé de la réalisation a mis en place une structure d'arbitrage permanente. Ceci a eu l'avantage de résoudre les litiges dès leur apparition et a constitué une réussite même si une structure aussi lourde n'est pas adaptée à tous les projets.

POURQUOI LES ADR SONT-ILS À LA MODE ?

Les ADR font l'objet d'une attention particulière aujourd'hui. Des chambres et cours arbitrales se sont dotées de règlement de conciliation et de médiation et organisent de nombreux séminaires à leur sujet. En fait les promoteurs de la médiation et de la conciliation s'appuient sur plusieurs éléments :

- Tout d'abord, ils ont constaté une certaine lassitude des entreprises face à l'arbitrage qui est victime d'une dérive vers des délais plus longs, des procédures plus compliquées et des coûts prohibitifs.
- L'expérience anglo-saxonne : aux États-Unis et en Angleterre, les ADR sont fortement développés.

Le sondage ci-dessous montre que les entreprises américaines utilisent fortement la médiation et la conciliation :



Source : Dispute Resolution Journal

Ce sondage portait sur quelques centaines d'entreprises américaines.

Dans la revue de l'arbitrage, Jean François Guillemin, directeur juridique du groupe Bouygues, notait en 1996 **[21]**

- l'importance des ADR en Grande Bretagne : « le Center for Dispute Resolution de Londres aurait traité en 5 ans plus de 800 dossiers représentant une valeur contentieuse totale de 15 milliards de francs »,
- l'intérêt de ces ADR autres que l'arbitrage : « les filiales des entreprises françaises implantées en Grande Bretagne ou aux États-Unis commençaient également à relater des expériences vécues et réussies »

Cependant il nous paraît difficile de prétendre que les ADR comme la médiation et la conciliation vont supplanter l'arbitrage à l'international.

Il est clair que leur usage peut se développer et les entreprises auraient tout à gagner à revenir à des procédés plus amiables. Cependant deux éléments ne semblent pas

pris en compte dans la promotion des ADR comme nouveau moyen de règlement de litiges :

- tout d'abord la médiation et la conciliation sont peut être déjà beaucoup utilisées et les entreprises les utilisent sans le savoir comme Monsieur Jourdain faisait de la prose.
- de plus à l'international où les relations commerciales sont rugueuses et concernent des montants élevés, il semble difficile d'utiliser exclusivement des procédés amiables car certaines garanties sont nécessaires, ce qui fait de l'arbitrage un ADR privilégié.

V. Guide pratique de l'arbitrage international

Nous avons donc vu qu'une entreprise commerçant à l'international s'expose à de très nombreux risques juridiques. Afin de réduire ces risques, elle devra donc utiliser au mieux la liberté contractuelle dont elle dispose.

Dans cette partie, nous proposons un guide de l'arbitrage international qui a pour objectif de sensibiliser le non-juristes aux enjeux de la résolution des litiges et de lui donner quelques clefs pour mieux comprendre les tenants et les aboutissants de la question qu'il se pose :

« Dois-je utiliser l'arbitrage ?[6] »

V.1 Il y a deux moments où l'on peut se poser cette question

La réponse ne sera toutefois pas aussi simple que la question. Il nous sera en effet indispensable de distinguer les deux moments où le négociateur peut être amené à se poser cette question :

- lors de la négociation du contrat,
- lorsque le litige apparaît.

Il nous paraît extrêmement important de souligner que c'est dès la négociation du contrat qu'il convient de se poser la question de la résolution des litiges qui pourrait être liés à celui-ci.

V.2 Lors de la négociation du contrat

Nous présentons dans cette partie les choix qui s'offrent à l'entreprise pour le mode de résolution de litiges lorsque qu'elle négocie un contrat international, puis nous expliquons pourquoi et comment choisir l'arbitrage en insérant une clause compromissoire.

Ceci est résumé sur le schéma page suivante.

[6] Ce guide n'a évidemment pas la prétention de répondre à toutes les questions relatives à l'arbitrage. Le recours au service juridique de l'entreprise ou à un conseil juridique externe est indispensable pour bien apprécier les enjeux et les risques relatifs à toute relation d'affaires.

À la négociation du contrat : la clause compromissoire

1. Les choix possibles lors de la négociation du contrat :

Arbitrage
Insertion d'une clause compromissoire

Tribunal
Insertion d'une clause attributive de compétence

2. Choisir l'arbitrage et insérer une clause compromissoire :

Les avantages :
Neutralité
Efficacité juridique (caractère exécutoire)
Confidentialité
Compétence technique et disponibilité des arbitres

Les inconvénients :
Coût

Les points à ne pas oublier :
Arbitrabilité du litige
Nature juridique de l'autre partie
Caractère multipartite du contrat
La volonté de l'autre partie : il faut négocier !

3. Les paramètres importants de l'arbitrage :

- **Loi applicable**
- **Lieu d'arbitrage**
- **Nombre d'arbitres**
- **Langue**
  - **Institutionnel**
    - Chambre d'arbitrage
  - **Ad hoc**
    - Règlement de procédure

4. Comment rédiger la clause compromissoire :

Il faut être :

Simple, clair et précis

LES CHOIX POSSIBLES

Comme nous l'avons vu, la liberté contractuelle des parties est très grande. Elles peuvent donc choisir parmi un grand nombre de mode de résolution de litiges.

Cependant, il nous semble qu'au moment de la négociation du contrat, il y a essentiellement un choix à faire lorsque l'on négocie le contrat : le choix entre l'**arbitrage**, en insérant une clause compromissoire, et les **tribunaux étatiques**. Dans ce deuxième cas, il est judicieux d'incorporer au contrat une clause attributive de compétence à un tribunal en particulier.

En effet, s'il est possible de choisir des modes de résolution de litiges plus recherchés, il est souvent plus efficace de se limiter à ce simple choix lors de la négociation du contrat. On peut citer pour illustrer ceci une de ces formes plus complexes qui se développe actuellement, le « méd-arb », qui combine médiation et arbitrage. Cela consiste à inclure dans le contrat une clause de médiation et une clause d'arbitrage, très schématiquement sous la forme suivante :

1. En cas de litige lié à ce contrat, les parties auront recours à la médiation.
2. En cas d'échec de la médiation, elles auront recours à l'arbitrage.

Mais ce choix risque en fait d'avoir pour seule conséquence de rallonger la procédure. En effet, si l'on fait ce choix et qu'à l'apparition du litige une des parties refuse de régler le litige à l'amiable, elle fera obstruction à la procédure de médiation ou refusera de se plier à l'avis du médiateur, qui n'est en rien obligatoire. On n'aura alors pas d'autre choix que de recourir à l'arbitrage, et la procédure de médiation n'aura été qu'une perte de temps. Si à l'inverse on choisit d'insérer seulement une clause compromissoire et qu'au moment du litige les deux parties souhaitent concilier, cela leur sera toujours possible.

Exemples de modes de résolution de litiges plus recherchés :

Pour la construction du tunnel sous la Manche, un comité permanent de pré-arbitrage qui devait se prononcer sur tous les litiges sous 90 jours avait été mis en place. Sa décision s'imposait aux parties si aucune d'entre elles ne faisait en quelque sorte « appel » de cette décision dans les 90 jours suivants en demandant la constitution d'un tribunal arbitral sous l'égide de la cour internationale de la CCI. Ce montage s'est avéré être une réussite parce qu'il s'agissait d'un projet gigantesque dans lequel les pressions pour que les litiges soient résolus très rapidement étaient très fortes.

À l'inverse, nous avons étudié une affaire où les parties, s'inspirant des clauses types FIDIC, courantes dans la construction, avaient choisi d'insérer une clause de conciliation assortie d'une clause d'arbitrage. Lorsqu'un litige est apparu, une des parties ne souhaitait plus avoir recours à la conciliation. Comme elle s'y était engagée contractuellement, elle y a été contrainte, mais elle a tout fait pour faire échouer la procédure, et finalement les deux parties ont dû recourir à l'arbitrage.
La clause de conciliation n'a fait dans ce cas que retarder la procédure d'environ 8 mois.

Quoi qu'il en soit, dans la grande majorité des cas, il est très important d'avoir choisi un mode de résolution de litiges définitif lors de la signature du contrat.

Si une entreprise se contente par exemple d'une clause de médiation dans un contrat international, elle prend le risque qu'à l'apparition du litige, l'autre partie fasse obstruction à la médiation, refuse de se soumettre à l'avis du médiateur et saisisse le tribunal de son choix, c'est-à-dire donc le tribunal qui lui sera le plus favorable.

POURQUOI CHOISIR L'ARBITRAGE ET LA CLAUSE COMPROMISSOIRE ?

Nous avons vu qu'il fallait choisir entre l'arbitrage et la justice étatique dès la négociation du contrat. Pour faire ce choix, il faut donc connaître les avantages et inconvénients de l'arbitrage comparativement à la justice étatique.

Les avantages de l'arbitrage sont les suivant :

a) La neutralité

Comme l'a souligné notre exemple introductif, il est souvent dommageable d'être opposé à une partie chinoise devant un tribunal chinois, qui sera pourtant le tribunal compétent pour un contrat réalisé en Chine.
Seules une clause compromissoire ou une clause attributive de compétence à un autre tribunal peuvent permettre de leur échapper s'il devient impossible de négocier avec la partie adverse.

Le besoin de neutralité est le plus souvent lié au caractère international du contrat, c'est-à-dire à son lieu d'exécution et à la nationalité de l'autre partie.

L'arbitrage, parce qu'il permet de choisir la loi applicable, le lieu où se déroule procédure et les arbitres, est une méthode de résolution de litiges qui peut être neutre vis-à-vis des parties. Ainsi, une clause compromissoire garantit à chacune des parties au contrat qu'en cas de coup dur, elle ne sera pas jugée par la juridiction dont relève l'autre partie, qui pourrait être plus favorable à cette dernière.

L'encadré suivant « Choisir un tribunal dans un état neutre » donne plus de détails sur la possibilité de choisir un tribunal neutre grâce à une clause attributive de compétence.

b) L'efficacité juridique

La neutralité n'est rien sans l'efficacité : quelle est l'utilité d'être jugé par un tribunal neutre s'il est impossible de faire appliquer une sentence qui serait favorable ?

La procédure d'*exequatur* confère à l'arbitrage international une efficacité juridique inégalée. En effet, la convention de New York, ou convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, datant de 1958, permet de faire appliquer une sentence arbitrale dans plus de 120 pays qui ont actuellement ratifié cette convention.

La nationalité de l'autre partie, ou plus exactement les pays où elle est présente et possède des actifs à saisir, est donc très importante sur le plan de l'efficacité juridique de l'arbitrage puisqu'elle va conditionner l'applicabilité d'une sentence : il sera très difficile de contraindre l'autre partie à respecter la sentence si son pays d'origine n'a pas signé la convention de New York, et si elle n'a pas d'intérêts dans des pays signataires.

Choisir un tribunal dans un état neutre

Une clause attributive de compétence permet a priori de choisir de recourir en cas de litige à un tribunal neutre, sans lien privilégié avec l'une des parties.

Il faut cependant savoir que le tribunal ainsi désigné peut refuser de trancher le litige s'il juge que les intérêts de son pays ne sont pas concernés.

Par ailleurs, si le tribunal accepte le juger l'affaire, il peut être très compliqué de faire appliquer le jugement. En effet, les accords internationaux pour la reconnaissance des jugements de tribunaux étrangers sont rares, et il sera donc difficile de contraindre une partie récalcitrante à exécuter la décision, d'autant plus que le tribunal aura justement été choisi dans un pays où les parties n'ont pas d'intérêts et donc pas d'actifs à saisir.

c) La confidentialité

La **confidentialité** est souvent recherchée par les entreprises, par exemple pour ne pas alerter des actionnaires, des fournisseurs ou des clients. Le recours aux tribunaux d'État est alors interdit, puisque les jugements sont toujours publics, et un mode privé de règlement de litiges s'impose.

Comme nous l'avons souligné en paragraphe III.1, cette confidentialité est perdue s'il est nécessaire de faire appel à une juridiction étatique au cours de la procédure, ou encore pour faire appliquer ou contester la sentence.

L'arbitrage est par exemple très utilisé pour des litiges relatifs à des cessions d'activités, la création de joint-ventures ou les accords de partenariat entre entreprises multinationales.

L'arbitrage a également été une solution pour des litiges relatifs à des intermédiaires employés par des entreprises pour obtenir des marchés, voire pour des affaires de corruption. La jurisprudence dans ce domaine tend cependant à montrer qu'il n'est plus possible de faire appliquer les sentences résultantes...

d) La compétence technique et la disponibilité des arbitres

L'**expertise technique** requise pour la compréhension du contrat, du litige et des responsabilités des deux parties est parfois très importante. Les magistrats des tribunaux d'État sont très compétents en matière juridique, mais le plus souvent, ils ne maîtrisent que la loi de leur pays, et ils sont rarement spécialisés dans un domaine précis.

Dans le cas d'un contrat international faisant intervenir une loi ou plusieurs lois étrangères, ou bien des notions techniques pointues, ils ne disposent pas toujours des

connaissances et du temps nécessaires pour comprendre toutes les subtilités du dossier. L'arbitrage permet au contraire de choisir un expert juridique de la loi applicable ou un expert technique en tant qu'arbitre. De plus, comme il sera payé par les parties pour résoudre ce cas, il y consacrera plus de temps pour étudier le dossier en profondeur.

Plus généralement, la **complexité** juridique, économique ou technique d'un contrat est un argument en faveur des moyens de règlement de litiges privés. A l'opposé, un cas simple sera traité plus efficacement par des tribunaux d'État. A titre d'exemple, le secteur bancaire a très peu recours à l'arbitrage car les litiges sont en général liés à des défauts de paiement qui doivent être résolus au plus vite par une sentence directement exécutoire.

Le principal inconvénient de l'arbitrage est :

e) Le coût

Nous l'avons vu, l'arbitrage international peut revenir très cher. Pour un contrat avec des enjeux financiers peu importants, dans un pays où l'on peut avoir une certaine confiance dans la justice, il sera donc préférable de s'en remettre aux tribunaux d'État. Il serait en effet absurde de régler un différend portant sur une centaine de milliers d'euros devant un tribunal arbitral à trois arbitres qui engendrera des coûts bien supérieurs à ceux d'un tribunal étatique, où les magistrats sont rémunérés par l'État.

Les points à ne pas oublier :

f) L'arbitrabilité du litige

Tous les sujets ne peuvent pas faire l'objet d'un recours à l'arbitrage pour des raisons d'ordre public, notion qui dépend des pays. Les domaines non arbitrables varient donc de même avec les pays dans lesquels doit se dérouler la procédure ou être exécutée la sentence. Il faut donc être vigilant sur ce point et avoir recours à un conseil juridique.

Suivant les pays, certains domaines peuvent être arbitrables sans pouvoir faire l'objet d'une clause compromissoire, ce qui signifie que l'on ne peut recourir à l'arbitrage que par compromis, lorsque le litige est connu.

> En France, les litiges touchant par exemple au droit pénal, au droit fiscal ou au droit de la concurrence ne sont pas arbitrables.
>
> De plus, la clause compromissoire est interdite par défaut dans tous les domaines où elle n'est explicitement autorisée par la loi. Elle est bien entendu autorisée en droit commercial.

g) La nature juridique de l'autre partie

La nature juridique de l'autre partie peut restreindre les possibilités offertes pour la résolution de litiges. En effet, dans de nombreux pays, l'État, ses administrations, et parfois les entreprises publiques ne peuvent pas avoir recours à l'arbitrage, ou bien ne peuvent pas utiliser de clause compromissoire, c'est-à-dire renoncer a priori, sans connaître le litige, à leur droit de recourir aux tribunaux d'État.

Immunité de juridiction et immunité d'exécution

Les états et leurs établissements publics disposent d'une immunité de juridiction, c'est-à-dire du droit de décider de la juridiction compétente pour les juger ou trancher un litige, et d'une immunité d'exécution, c'est-à-dire du droit de décider s'ils exécutent ou non les décisions de cette juridiction.

Dans de nombreux pays favorables à l'arbitrage, la jurisprudence veut qu'un État ou un établissement public qui utilise une clause compromissoire renonce de fait à son immunité de juridiction pour les litiges concernés. Cela peut même être le cas s'il s'avère que l'entité publique n'avait pas la capacité juridique de compromettre, c'est-à-dire de recourir à l'arbitrage : on considère qu'un État doit prendre et assumer ses responsabilités.
Cependant, recourir à l'arbitrage ne signifie pas pour un état renoncer à son immunité d'exécution : il ne sera donc pas forcé d'exécuter la sentence arbitrale.

h) Le caractère multipartite du contrat

Le **caractère multipartite** d'un contrat peut se révéler un piège pour l'arbitrage et le rendre inefficace. En effet, sa mise en œuvre suppose l'accord contractuel de toutes les parties impliquées, et il est donc inutile pour deux parties de recourir à l'arbitrage si le différend qui les oppose peut impliquer une tierce partie qui refuse l'arbitrage.

Dans le cas d'un contrat qui peut impliquer plus de deux parties, il faut donc soit renoncer à l'arbitrage soit imposer une clause compromissoire à toutes les parties.

Par exemple, dans le secteur de l'informatique, des tentatives de résolution par l'arbitrage de litiges entre une société de services et son client, chez qui elle devait mettre en place un progiciel, ont échoué parce que la responsabilité de l'éditeur de progiciel pouvait être mise en cause. Ce dernier avait bien sûr toutes les raisons de ne pas accepter de reconnaître le tribunal arbitral, qui n'était donc pas compétent.

i) La volonté de l'autre partie

L'insertion d'une clause compromissoire est bien entendu une question de **négociation** entre les deux parties, qui ont des intérêts différents.

L'expérience et l'historique de la partie adverse interviennent dans ses choix. Certaines entreprises refusent catégoriquement de recourir à l'arbitrage suite à une expérience négative dans ce domaine. D'autres au contraire sont très familières du contentieux et maîtrisent parfaitement les rouages de l'arbitrage, son milieu, sa procédure, ses forces et faiblesses, ce qui leur confèrera un avantage en cas de litige.

LES PARAMÈTRES DE L'ARBITRAGE

Nous avons donc vu qu'il était très souvent préférable de choisir l'arbitrage en utilisant une clause compromissoire. Cependant tous les problèmes ne sont pas encore résolus car l'arbitrage offre une grande liberté de choix aux parties, et il reste de nombreux paramètres à déterminer pour qu'un arbitrage se déroule dans de bonnes conditions en cas de litige.

Ce sont ces paramètres que nous détaillons dans ce paragraphe et nous verrons au paragraphe suivant comment rédiger la clause compromissoire.

a) Loi applicable :

Pour éviter toute ambiguïté quant à l'interprétation des droits et devoirs des parties, celles-ci doivent choisir la loi de fond qui s'applique au contrat et au litige. Ce choix a bien évidemment des conséquences très importantes sur l'application du contrat et le règlement de litiges.

Pour illustrer l'importance de ce choix, on peut citer la notion de déséquilibre économique qu'intègrent certaines lois, dont la loi française.
Comme l'illustrait notre deuxième exemple (paragraphe II.2), le prix établi dans un contrat régi par une telle loi est susceptible d'être révisé même en l'absence de clause de révision de prix, par exemple en cas d'une forte variation de taux de change. Ceci peut bien sûr avoir des conséquences financières très importantes pour les deux parties !

Le choix de la loi applicable

La liberté de choix est très grande lorsque le moyen de règlement de litiges choisi est privé. Dans le cas de l'arbitrage par exemple, les parties pourront choisir pour loi de fond un règlement international lié aux usages comme la lex mercatoria, la " loi des marchands ", ou encore choisir d'être jugées en équité et non en droit (arbitrage en amiable composition).
Le choix de la loi applicable est également important si les parties choisissent de faire appel à un tribunal étatique. Toutefois, en fonction des lois nationales ou de la jurisprudence, certains tribunaux n'offrent pas ou limitent cette possibilité. La loi applicable au contrat sera alors liée au choix du tribunal.

b) Lieu d'arbitrage :

Le lieu de l'arbitrage est beaucoup plus qu'un problème logistique : c'est un concept juridique très important. C'est en effet devant les tribunaux d'État du pays choisi comme lieu l'arbitrage, et a priori uniquement devant ceux-ci, que pourront être présentées les requêtes en appel ou en annulation ainsi que des requêtes liées à la procédure (par exemple pour contraindre une des parties à la respecter).

On notera toutefois que certains pays ont déclaré leurs tribunaux compétents pour des arbitrages où les intérêts de leurs entreprises sont en jeu, même si ceux-ci se déroulent dans un tout autre pays. On peut donc s'attendre à quelques surprises face à une partie dépendant d'une telle juridiction.

Quant aux différentes réunions nécessaires à la procédure arbitrale, elles ne se déroulent pas forcément au lieu d'arbitrage choisi : il s'agit donc bien d'une notion juridique, qu'il est indispensable de préciser dans la clause d'arbitrage, car dans le cas contraire, le tribunal arbitral devra rechercher l'intention des parties contractantes, ce qui augmente évidemment l'incertitude juridique.

c) Le nombre d'arbitres

On peut choisir dans la clause compromissoire le nombre d'arbitres qui trancheront le litige. Ce nombre doit en général être impair, c'est une obligation dans de nombreux pays de façon à garantir l'équilibre entre les deux parties et à éviter les indécisions. Le plus souvent, on a recours à un ou trois arbitres selon le montant et la complexité du litige : un tribunal à trois arbitres peut permettre de mieux résoudre un litige complexe, mais les frais d'arbitrage seront bien sûr plus élevés.

Le nombre d'arbitres peut également être choisi lorsque le litige est connu.

d) La langue de l'arbitrage

Cette notion peut sembler anodine, mais elle a son importance. Les concepts de droit sont souvent complexes et peuvent différer selon les pays. Ils peuvent donc être difficiles à appréhender dans la langue d'un pays dont on ne maîtrise pas la culture juridique.

e) Arbitrage institutionnel et arbitrage ad hoc, le choix de l'organisme d'arbitrage et du règlement de procédure :

Se référer à un organisme renommé et à son règlement d'arbitrage permet de limiter fortement l'incertitude juridique liée à l'arbitrage et de faciliter sa mise en œuvre en l'inscrivant dans un cadre prédéfini.

En effet, un arbitrage ad hoc peut poser plusieurs problèmes :

- La qualité des arbitres, leur neutralité, leur comportement, la durée de l'arbitrage et la validité de la sentence ne sont pas contrôlés.
- Les frais ne sont pas fixés par un barème.
- Le déroulement de la procédure doit être entièrement défini par les parties ou à défaut par le tribunal arbitral.

On notera cependant qu'il existe des règlements indépendants de toute chambre d'arbitrage, comme celui de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), destinés à faciliter les arbitrages ad hoc.

Les organismes d'arbitrage peuvent permettre de remédier à ces problèmes. Ils fournissent une liste d'arbitres, et leur règlement fixe en général la procédure, les délais – qui sont le plus souvent reconduits, mais sous le contrôle de l'organisme –, les frais et rémunérations des arbitres. Certains organismes comme la cour arbitrale de la Chambre de Commerce International (CCI) contrôlent de plus le bon déroulement de la procédure et la validité juridique de la sentence.

Le choix de l'organisme est primordial, car la qualité des services rendus est très inégale, et les frais et rémunérations des arbitres sont très variables. A titre

d'exemple, la cour arbitrale de la CCI, souvent présentée comme la " Rolls " des chambres d'arbitrage, est reconnue pour la grande qualité des sentences rendues mais elle est très onéreuse. A l'opposé, parmi les 3000 associations d'arbitrage recensées dans le monde, certaines n'apporteront que très peu de sécurité juridique.

L'usage d'EDF en ce domaine permet d'illustrer l'importance et la complexité du choix de ce paramètre **[22]**. En effet, EDF a pour habitude de choisir une institution d'arbitrage différente selon la nationalité de la partie adverse :

- Le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) pour un arbitrage avec un état,
- La cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm pour une partie russe ou chinoise,
- L'American Arbitration Association (AAA) pour un arbitrage avec une partie américaine,
- Le centre d'arbitrage du Caire face à une partie africaine,
- Celui de Kuala Lumpur face à une partie asiatique,
- La cour d'arbitrage de la CCI, ou un arbitrage ad hoc suivant le règlement de la CNUDCI, dans les autres cas.

LA RÉDACTION DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Une clause compromissoire doit de toute évidence être rédigée par des juristes. Il est donc indispensable de laisser cette responsabilité au service juridique de l'entreprise ou à défaut de faire appel à un conseil juridique.

On peut cependant garder à l'esprit que pour être efficace, une clause compromissoire doit être rédigée de façon **simple, claire** et **précise**.

L'expérience montre que la meilleure façon d'éviter un contentieux portant sur la clause elle-même n'est pas de chercher à prévoir tous les cas dans une clause très détaillée. Bien au contraire, une clause trop compliquée ouvre la porte à des recours portant sur des points de détail.

Comme nous venons de le voir, il y a par contre des paramètres qu'il ne faut pas omettre. Afin d'éviter des problèmes dus à une mauvaise rédaction de la clause compromissoire, il peut être utile de s'inspirer d'une « clause type » que proposent les institutions d'arbitrage ou des organismes internationaux.

La clause type d'arbitrage de la CCI est un bon exemple de clause compromissoire très sobre :

Clause type d'arbitrage de la CCI :

« Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la CCI par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement. ».

Il convient de préciser au moins :

« Le lieu de l'arbitrage sera ..... ».

On peut à l'inverse citer des exemples de clauses dites « pathologiques », c'est-à-dire de clauses problématiques[7] :

« À défaut de règlement amiable, tous les litiges éventuels seront réglés selon le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI de Zurich. »

La « CCI de Zurich » n'existant pas, la clause est dépourvue de sens. Il s'agit cependant d'une clause pathologique « curable », puisque la Cour d'arbitrage de la CCI a estimée qu'elle était bien compétente que l'arbitrage devait avoir son siège à Zurich.

Une clause trop précise peut également limiter sa portée. Prenons l'exemple d'une clause ainsi rédigée :

« Tous les différends qui pourraient surgir dans l'interprétation du présent contrat seront tranché définitivement selon les règles de conciliation et d'arbitrage de la CCI. »

Lorsqu'un litige survint suite à l'inexécution par l'une des parties de ses obligations, le tribunal arbitral s'estima compétent et rendit une sentence dont la partie condamnée demanda l'annulation. Cette annulation lui fut accordée par la Cour d'appel de Paris qui estima que les arbitres étaient sortis de leur champ de compétence, limité par la clause compromissoire à l'interprétation du contrat.

[7] Ces exemples sont tirés d'un article de Hugues Scalbert et Laurent Marville dans la revue de l'arbitrage **[23]**.

V.3 À l'apparition du litige

Les dispositions contractuelles vont évidemment être très importantes lorsque le litige apparaît. La clause compromissoire ou la clause attributive de compétence détermine la juridiction compétente pour trancher un litige.

Cependant, il n'est pas trop tard pour revenir sur ce choix, à condition bien sûr que les deux parties s'accordent sur un nouveau mode de résolution de litiges.

> *« Le meilleur mode de règlement des différends sera toujours la transaction. »*
>
> *J.F. Guillemin, directeur juridique du groupe Bouygues* **[21]**

Effectivement, maintenant que le litige et ses enjeux sont connus, il faut se demander si on n'a plus intérêt à négocier, ou à recourir à la médiation ou la conciliation, plutôt qu'à lancer une procédure contentieuse qui sera de toute façon longue et coûteuse.

Plusieurs éléments sont à prendre en considération avant de faire ce choix :

- Le montant du litige et la position juridique des parties permet d'évaluer l'espérance de gain ou de perte suite à une procédure contentieuse, qu'il faut comparer au résultat attendu d'une négociation en tenant bien sûr compte des frais relatifs aux différentes procédures.
- Le rapport de force économique entre les parties influe sur le résultat attendu d'une négociation ou d'une conciliation : une partie économiquement forte mais dont la position juridique est faible préfèrera la conciliation, la médiation ou un arbitrage en amiable composition à la justice étatique ou à un arbitrage en droit.
- Les relations économiques futures que l'entreprise souhaite avoir avec l'autre partie, ou une entreprise du même secteur ou de même nationalité, doivent également être prises en compte. Gagner un contentieux en humiliant l'autre partie et en exigeant le maximum de réparations n'est pas forcément la meilleure solution à long terme.
- Enfin, la fierté du chef de projet ou des dirigeants est un facteur non négligeable : transiger, c'est reconnaître sa faute, sa part de responsabilité, ou bien avoir recours à la conciliation, c'est déjà pardonner l'autre qui a trahi la confiance qu'on lui accordait. Dans de telles conditions, seule une sentence exécutoire pourra mettre fin au litige.

Lorsqu'il n'est plus possible de transiger, il peut être encore possible de changer le mode de recours contentieux. Par exemple, si les parties avaient choisi de ne pas insérer de clause compromissoire dans leur contrat, elles peuvent d'un commun accord recourir à l'arbitrage en signant un compromis. Le plus souvent, les parties font ce choix pour des raisons de confidentialité. En effet, en dehors de ce cas, les deux parties ont en général des intérêts contradictoires quant au mode de résolution lorsque le litige est connu.

V.4 En cours d'arbitrage

Il peut également être intéressant en cours d'arbitrage de signer une transaction avec l'autre partie, ce qui permet « d'arrêter les frais », au sens propre comme au sens figuré.

Après deux ans de procédure arbitrale, lorsque les tensions relatives au différend sont apaisées, les parties sont en général dans des dispositions plus favorables à la négociation. Il faut donc considérer la possibilité de transiger car cela peut s'avérer rentable pour les deux parties.

Les arbitres internationaux – qui préfèrent parfois ne pas avoir à se prononcer sur une affaire – et les avocats ont d'ailleurs tendance à pousser en ce sens, alors que ce n'est pas toujours à l'avantage des deux parties. Il faut donc rester vigilant et ne pas se décourager face à une procédure lourde et aux recours de l'autre partie lorsqu'on pense qu'on a les éléments pour gagner le litige.

Les pièges classiques de l'arbitrage

Il est important de connaître les pièges de l'arbitrage, que ce soit pour anticiper les attaques de l'autre partie et donc y parer plus efficacement, ou pour les mettre à profit pour obtenir gain de cause lors d'appels, de recours en annulation ou de demande d'exequatur.

- L'arbitre que mon entreprise a choisi peut être récusé

L'arbitrage veut que les arbitres, bien que choisi par les parties, soient le plus neutre possible. Si souvent les parties choisissent des arbitres dans lesquels elles ont confiance et qu'elles connaissent, il faut s'assurer que les liens avec cet arbitre ne sont pas attaquables.

Exemple : Dans une affaire de cessions de droit et d'actions, la société L'Oréal a été attaquée par l'autre partie qui a demandé la récusation de l'arbitre choisi par le groupe de cosmétique. En effet, cette partie avait découvert par hasard dans le « Who's who » que l'arbitre avait été le conseiller du directeur d'une filiale du groupe L'oreal.

- L'autre partie est un État ou un établissement public

La jurisprudence sur ce sujet est complexe : les États ont une grande liberté pour décider s'ils renoncent à leur immunité d'exécution. Ainsi le partenaire commercial d'un État ou un établissement public ne sera jamais totalement assuré que les décisions d'un tribunal arbitral seront appliquées, même si son partenaire joue sa crédibilité en faisant obstruction dans un arbitrage.

Exemple : affaire Gatoil (Panama) contre National Iran Oil Company ou NOIC (Iran)

Gatoil est un négociant international et NIOC un exportateur des produits pétroliers iraniens. Les deux avaient conclu des contrats de vente en 1980 et 1981 et c'est à la suite de la décision de NIOC de réduire les quantités livrées que Gatoil retient ses paiements et que NIOC demande un arbitrage. Après une sentence intermédiaire favorable à NIOC, Gatoil demande l'annulation avec entre autres arguments l'incapacité pour NIOC de compromettre en tant que société d'État iranienne. L'annulation sera accordée mais pas pour l'argument d'incapacité à compromettre qui est rejeté. En conclusion, il faut être attentif quand on décide de recourir à l'arbitrage avec une société d'État même si ici la nature de NIOC est utilisée par l'autre partie. De plus, si l'argument n'aboutit pas forcément comme ici, il permet de recourir en annulation et donc de gagner du temps.

- Les actifs de l'autre partie sont dans un pays non-signataire de la convention de New York

Lorsqu'elle est nécessaire, l'exequatur doit être demandée dans le pays où les actifs sont à saisir. Si le pays n'est pas signataire de la convention de New York, il faut faire attention : soit le pays a signé d'autres conventions, qu'il faut donc les connaître, soit il n'a pas signé de telles conventions et dans ce cas une sentence arbitrale ne pourra pas être appliquée de force.

Exemple de pays non-signataires : Brésil, Émirats Arabes Unis, Angola, Birmanie...

- L'autre partie demande une sentence intermédiaire

Pendant un arbitrage, les parties peuvent choisir de procéder par plusieurs missions et d'utiliser des sentences intermédiaires. Le problème de telles sentences est qu'elles peuvent faire l'objet d'appel, de recours en annulation et de demande d'exequatur, toutes ces procédures étatiques pouvant bloquer inutilement la poursuite de l'arbitrage.

Exemple : KFTCIC contre Icori (voir notre deuxième exemple, page 11)

- L'autre partie demande d'arbitrer en amiable composition

Il s'agit d'arbitrer en équité et non en droit. Ceci peut être un avantage de l'arbitrage, qui n'a pas alors à faire référence à un droit national : il y gagne alors en neutralité et en souplesse. Le risque est que l'autre partie soit en faute selon un droit national et qu'elle espère une sentence plus clémente en passant par un arbitrage en équité.

- L'autre partie demande une combinaison médiation-arbitrage

Ce choix peut partir d'une bonne intention mais la médiation qui sera soumise à des délais peut considérablement ralentir le règlement du litige quand dès le début les parties ne peuvent pas résoudre leur litige à l'amiable.

Conclusion

Comme nous l'avions annoncé, le but de ce guide est avant tout de sensibiliser le lecteur aux problématiques de la résolution des litiges. Nous espérons donc que cette introduction à l'arbitrage aura explicité et illustré les idées suivantes :

Tout d'abord, il est essentiel de ne pas négliger le choix d'un mode de règlement de litiges lors de la négociation de contrats commerciaux internationaux. En effet, la partie qui ne se sera pas penchée sur la question courra le risque de se voir assigner devant un tribunal qu'elle n'a pas choisi et de voir le litige soumis à un droit qui lui est étranger. Ceci n'est pas sans danger étant données la fragmentation du droit commercial international et l'absence de système juridique uniformisé. Les parties au contrat auront donc intérêt à négocier un mode de règlement de litiges acceptable pour les deux, d'autant plus que dans ce domaine une grande liberté leur est offerte.

Deuxièmement, si les parties décident de négocier un mode de règlement des litiges liés à leur contrat, elles s'apercevront qu'il existe de nombreuses alternatives aux tribunaux étatiques, regroupées sous le nom d'ADR. Parmi ces solutions, il nous est apparu que l'arbitrage constituait le mode de règlement de litiges le mieux approprié au commerce international : en effet, cette procédure privée est adaptée aux litiges importants et complexes, et elle offre plus de garanties que la médiation et la conciliation, et même souvent que les tribunaux étatiques. Ceci explique le fort développement de l'arbitrage ainsi que ses perspectives prometteuses pour le futur, car il devrait bénéficier du développement des échanges internationaux et de l'ouverture de nouveaux pays.

Cependant, l'arbitrage international, malgré ses qualités et son avenir prometteur, ne soulève plus l'enthousiasme de nombre de ses usagers qui avaient rêvé d'une procédure amiable rapide et qui aujourd'hui dénoncent une dérive vers une mode de règlement de litiges coûteux, long et procédurier. Ces critiques sont sans doute fondées, mais il s'agit plutôt selon nous d'une évolution naturelle que d'une dérive. En effet, l'arbitrage a été en quelque sorte victime de son succès : après avoir prouvé son efficacité et ses qualités, l'arbitrage s'est généralisé pour le traitement des litiges complexes et à fort enjeu, et dans ce contexte, il n'est pas étonnant que les parties utilisent toutes les armes juridiques et procédurières pour gagner le litige. L'arbitrage est donc souvent victime de la mauvaise foi des parties qui souhaitent essentiellement entraver la résolution du litige. Ceci ne remet toutefois pas en cause le fait que l'arbitrage reste la solution la mieux adaptée dans de nombreux cas.

Soulignons encore une fois pour terminer que l'arbitrage international est un domaine compliqué et que les parties auront à négocier et à définir de nombreux paramètres aux conséquences importantes pour l'issue du litige. Le non-juriste doit donc s'en remettre à sa direction juridique ou à des spécialistes du domaine, même si nous l'espérons, ce guide lui aura permis de cerner les points importants et les écueils à éviter.

Lexique

AAA (American Arbitration Association) *voir page 36*
Institution d'arbitrage américaine fondée en 1926. Elle fait partie des chambres d'arbitrage les plus réputées dans le domaine de l'arbitrage international, même si son rôle est moindre que celui de la CCI.

Ad hoc (arbitrage)
Arbitrage dans lequel les parties ne font pas appel à une institution d'arbitrage pour régler la procédure et en particulier la désignation des arbitres, contrairement à un arbitrage institutionnel. Ceci laisse une grande liberté aux parties en ce qui concerne la définition du règlement d'arbitrage. Les parties pourront soit négocier les règles de procédure sans aucune aide extérieure, soit s'inspirer du règlement CNUDCI, règlement standard indépendant de toute chambre d'arbitrage et fourni par la commission du même nom, dépendant des Nations Unies.

ADR (Alternative Dispute resolution) *voir page 49*
Ce terme englobe tous les modes de règlement de litiges alternatifs aux tribunaux étatiques. L'arbitrage est bien-sûr un des principaux ADR, même si aujourd'hui l'attention se porte sur de nouveaux ADR dont l'objectif est de proposer des modes de règlement de litiges plus amiables, comme la conciliation ou la médiation.

Amiable composition
En choisissant un arbitrage en amiable composition, les parties décident que le tribunal arbitral tranchera le litige *en équité* et non *en droit*, c'est-à-dire qu'il n'aura pas à fonder sa décision sur des règles de droit. Ceci constitue un avantage de l'arbitrage par rapport au recours à un tribunal étatique qui impose de trancher un litige suivant un droit national. Toutefois, le choix de l'amiable composition est délicat, et ses conséquences sont importantes. Il laisse par exemple plus de chance à une partie qui ne pourrait que perdre dans le cas d'une procédure faisant intervenir un droit national.

Annulation (recours)
Recours contre une sentence arbitrale auprès de la juridiction étatique du pays dans lequel a été rendue la sentence. Ce recours est toujours possible et les parties ne peuvent y renoncer. La juridiction étatique ne juge pas au cours de cette procédure le fond du litige mais le respect par les arbitres de règles de procédure et d'ordre public national ou international. Lorsqu'une sentence est annulée, le litige doit donner lieu à une nouvelle procédure.

Appel (recours)
Recours contre une sentence arbitrale qui donne lieu au ré-examen de l'ensemble du litige, en faits comme en droit. À la différence du recours en annulation, les parties peuvent renoncer contractuellement à leur droit d'appel, ce qui est souvent le cas

pour les arbitrages internationaux. Le règlement de la cour arbitrale de la CCI stipule par exemple que les parties renoncent à leur droit d'appel.
L'appel a normalement lieu devant la juridiction étatique du pays dans lequel la sentence arbitrale a été rendue.

Arbitrage *voir page 5*
Mode de règlement de litiges, dans lequel les parties nomment des arbitres, le plus souvent au nombre de un ou trois, pour constituer un tribunal privé, auquel est soumis le litige.

Barème CCI
A titre d'exemple, il est intéressant de donner les barèmes de la CCI (frais administratifs et honoraires d'un arbitre). Ces montants sont cumulatifs : pour calculer les frais liés à un litige d'un million de dollars, il convient d'ajouter les montants indiqués pour chaque tranche de $0 à $1000000. De plus, pour un arbitrage à trois arbitres, chaque arbitre perçoit les honoraires indiqués.

Frais administratifs :

Montant du litige (USD)	Frais administratifs
Jusqu'à 50 000	2 000 USD
De 50 001 à 100 000	3,00%
De 100 001 à 500 000	1,50%
De 500 001 à 1 000 000	1,00%
De 1 000 001 à 2 000 000	0,50%
De 2 000 001 à 5 000 000	0,20%
De 5 000 001 à 10 000 000	0,10%
De 10 000 001 à 80 000 000	0,05%
Supérieur à 80 000 001	65 500 USD

Honoraires d'un arbitre :

Montant du litige (USD)	Honoraires	
	Minimum	Maximum
Jusqu'à 50 000	2 000 USD	15,00%
De 50 001 à 100 000	1,50%	10,00%
De 100 001 à 500 000	0,80%	5,00%
De 500 001 à 1 000 000	0,50%	3,00%
De 1 000 001 à 2 000 000	0,30%	2,50%
De 2 000 001 à 5 000 000	0,20%	0,80%
De 5 000 001 à 10 000 000	0,10%	0,50%
De 10 000 001 à 50 000 000	0,05%	0,15%
De 50 000 001 à 100 000 000	0,02%	0,10%
Supérieur à 100 000 001	0,01%	0,05%

CCI (Chambre de Commerce International) *voir page 35*
Organisation internationale non gouvernementale auprès de laquelle siège la Cour Internationale d'Arbitrage. Cette organisation a pour but de promouvoir le commerce international et dans ce but offre de nombreux services aux entreprises parmi lesquels les clauses INCOTERMS, la désignation d'experts et l'assistance dans le domaine de l'arbitrage. En ce qui concerne la Cour Internationale d'Arbitrage, fondée en 1923 et dont le secrétariat siège à Paris, il s'agit certainement de l'institution d'arbitrage la plus réputée et la plus active dans le domaine de l'arbitrage international. Comme les autres cours et chambres arbitrales, elle ne tranche pas les différends mais assistent les parties en leur offrant contre rémunération un règlement d'arbitrage standard et une liste d'arbitres.

CIRDI (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements)
Centre créé en 1966 suite à la convention de Washington de 1965. Cette convention portait sur les contrats d'investissement conclus entre un État signataire et les ressortissants d'un autre État signataire et prévoyait une clause d'arbitrage type. Par exemple cette convention traitera un litige intervenant entre un État signataire et une entreprise française ayant investi dans cet État.

Clause compromissoire
Clause contractuelle par laquelle les parties d'un contrat s'engagent à soumettre tout litige intervenant dans le cadre du contrat à un arbitrage, et ceci de façon exclusive. Les parties peuvent utiliser cette clause pour définir les paramètres de l'arbitrage, afin d'éviter tous les blocages possibles après l'apparition du litige. Cette clause pourra être invoquée de façon unilatérale par une des parties.

CNUDCI (Commission de l'Organisation des Nations Unies pour le Droit Commercial International)
Cette commission a une influence double dans le domaine de l'arbitrage international. Tout d'abord elle a défini un règlement d'arbitrage standard dit règlement CNUDCI qui permet notamment aux parties d'un contrat refusant de passer par une institution d'arbitrage de disposer tout de même d'un règlement de procédure standard. D'autre part, la CNUDCI fournit une loi type d'arbitrage (dite loi CNUDCI) qui peut servir de modèle aux États souhaitant mettre à jour leur loi sur l'arbitrage. Cette loi, qui prévoit toutes les conditions d'appel, d'annulation et de demande d'exequatur, connaît un succès certain auprès des pays qui s'ouvrent au commerce international et à l'arbitrage.

Compromis
Alors que par une clause compromissoire, les parties acceptent de soumettre tout litige à l'arbitrage dès la signature du contrat, par un compromis, les parties décident d'avoir recours à l'arbitrage après l'apparition d'un litige.

Conciliation *voir page 49*
Mode de règlement de litiges faisant partie des ADR dans lequel les parties font appel à un tiers pour les aider à trouver une solution. Cependant le rôle de ce tiers, appelé conciliateur, est assez limité car il n'est là que pour faciliter le dialogue entre les parties ; son avis n'a aucun caractère obligatoire.

Convention de New York (14 juin 1958), ou convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.
Cette convention, signée aujourd'hui par plus de 120 pays, a pour objet, comme son nom l'indique, de faciliter la reconnaissance et l'exécution dans les pays signataires d'une sentence arbitrale rendue sur le territoire d'un autre pays signataire (la nationalité des parties n'intervient donc pas). Il s'agit d'une des principales forces de l'arbitrage dont les sentences sont souvent plus facilement exécutables que des jugements de tribunaux étatiques qui ne bénéficient pas d'une convention aussi puissante.

Exequatur
En cas de refus d'exécution d'une sentence arbitrale par une partie, l'autre partie peut faire appel à la force publique pour imposer l'exécution. Cette procédure passera par une demande dite d'exequatur auprès de la juridiction étatique prévue à cet effet dans le pays où les actifs sont à saisir. En France, il s'agit des tribunaux de grande instance.

Institutionnel (arbitrage)
Par opposition à l'arbitrage ad hoc, l'arbitrage institutionnel fait intervenir une institution d'arbitrage qui assiste contre rémunération les parties en leur offrant un règlement de procédure et une liste d'arbitres. Les institutions internationales les plus connues sont la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, la LCIA et l'AAA.

International (arbitrage)
Cette notion s'oppose à celle d'arbitrage interne. Dans de nombreux pays, les lois régissant l'arbitrage font une distinction entre ces deux types d'arbitrage, adoptant une position plus libérale par rapport à l'arbitrage international. Il est à noter que la limite entre les deux notions est variable, même si le plus souvent les critères d'internationalité portent sur la nationalité des parties ou le lieu d'exécution du contrat.

Interne (arbitrage) : voir International (arbitrage).

LCIA (London Court of International Arbitration) *voir page 36*
La Cour d'Arbitrage International de Londres, une des trois plus importantes institutions dans le domaine de l'arbitrage international. Les frais administratifs de cette chambre ne sont pas proportionnels au litige mais dépendent du temps passé par le secrétariat.

Lex mercatoria ou « loi des marchands »
Doctrine reposant sur des principes reconnus dans le commerce international, indépendamment de toute loi nationale. La lex mercatoria regroupe en fait tous les usages du commerce international et peut être invoquée comme règlement pour juger le fond d'un litige dans le cadre d'un arbitrage : il s'agit d'un avantage de l'arbitrage par rapport au recours aux tribunaux étatiques car il permet de s'affranchir de toute loi nationale pour mieux répondre aux besoins des acteurs du commerce international. Cependant il faut être conscient que la lex mercatoria est une doctrine non codifiée et au contenu relativement flou.

Médiation *voir page 49*
Mode de règlement de litiges amiable faisant partie des ADR. Comme la conciliation, la médiation fait intervenir un tiers pour aider les parties à régler un différend mais ce dernier, appelé médiateur, joue un rôle plus actif que le conciliateur, ne se contentant pas de rapprocher les partie mais faisant des propositions. Cependant en définitive comme dans le cas de la conciliation, l'avis du médiateur n'a aucun caractère exécutoire.

Ordre public
Règles de droit définies dans chaque pays et considérées comme si fondamentales qu'il est interdit d'y déroger : si ces règlent s'imposent à des litiges internes, on parle de droit public national, sinon pour les litiges internationaux, on parle de droit public international. C'est entres autres la conformité à ces règles qui sera examinée en cas de recours en appel ou en annulation ainsi que dans une demande d'exequatur.

Principe du contradictoire
Principe fondamental de procédure qui veut que toute pièce produite par une partie soit soumise à l'autre partie pour permettre la discussion et le débat.

Règlement d'arbitrage
Règles de procédure définies dans le contrat et auquel les parties feront référence en cas d'arbitrage : les parties définissent elles-mêmes le règlement dans un arbitrage ad hoc ou ont recours à un règlement standard fournie par une institution d'arbitrage dans un arbitrage institutionnel. Le règlement définit en général la méthode de désignation des arbitres, les pouvoirs du tribunal, le lieu d'arbitrage, la langue, la loi de fond, tous les délais de procédure et de manière générale tout le déroulement de la procédure arbitrale.

Recours contre une sentence arbitrale
Les parties ont à leur disposition l'appel et l'annulation. Elles peuvent renoncer à leur droit d'appel mais pas à leur droit de recours en annulation.

Sentence arbitrale
Sentence rendue par un tribunal arbitral tranchant de manière provisoire (sentence provisoire), partielle (sentence intermédiaire) ou définitive (sentence finale) le litige qui lui a été soumis. Cette sentence a un caractère exécutoire et peut faire l'objet d'un recours en annulation, en appel ou une demande d'exequatur.

Siège de l'arbitrage (ou lieu d'arbitrage)
Il s'agit avant tout d'une notion juridique car toute procédure d'appel ou d'annulation devra se faire dans le pays du siège de l'arbitrage. Le plus souvent il s'agit également du lieu où se tiennent les réunions mais rien n'interdit de se réunir dans un autre pays. Le choix du siège doit prendre en compte la loi sur l'arbitrage du pays, qui peut être plus ou moins libérale face aux procédures d'appel et d'annulation.

Tribunal arbitral
Tribunal privé formé par un nombre impair d'arbitres, le plus souvent un ou trois, désignés par les parties. Dans le cas d'une procédure à trois arbitres, les parties nomment chacune un arbitre, qui doit pouvoir justifier d'une neutralité suffisante vis à vis de la partie qui l'a désigné. Les deux arbitres nomment ensuite le troisième arbitre, qui sera le président du tribunal arbitral.

Bibliographie et références

[1] *Traité de l'arbitrage commercial international*, Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Litec, 1996.

[2] *L'Arbitrage*, Yves Guyon, Economica, 1995.

[3] *Le droit sans l'État*, Laurent Cohen-Tanudgi, Quadrige /PUF, 1992.

[4] *Dealing in Virtue*, Yves Dezalay et Bryant G. Garth, The University of Chicago Press, 1996.

[5] *Négocier et rédiger un contrat international*, Dominique Blanco, Dunod, 1996.

[6] *Guide pratique de l'exécution des contrats internationaux de construction*, Roger Philippe Budin, Stæmpfli-Litec-Bruylant, 1998.

[7] *Law and practice of international commercial arbitration*, Alan Redfern et Martin Hunter, SWEET & MAXWELL, 1991.

[8] *Droit des affaires internationales*, Stéphane Chatillon, Vuibert, 1999.

[9] *Droit international des affaires – Le contrat international*, Karim Medjad, Nathan Université – Coll. 128, 1998.

[10] *Business law in China*, édité par Daniel A. Laprès et Zhang Yuejiao, International Chamber of Commerce, 1997.

[11] *Droit Chinois des affaires*, Jingzhou Tao, Economica, 1999.

[12] *La mafia des tribunaux de commerce*, Antoine Gaudino, Albin Michel, 1998.

[13] *Marchands de droit*, Yves Dezalay, Fayard, 1992.

[14] *Le nouvel ordre numérique*, Laurent Cohen Tanugi, Editions Odile Jacob, 1999.

[15] *Cyberdroit*, Christiane Féral-Schuhl, Dalloz / Dunod, 1999.

[16] Note sur l'affaire Orri contre Elf-Lub, Daniel Cohen, Revue de l'arbitrage 1992.

[17] *Jurisprudence française*, Revue de l'arbitrage 1994 n°1

[18] *Les secrets dorés de l'arbitrage*, Eric Plouvier, Le Monde du mardi 16 juin 1992.

[19] *Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, L'expérience du « Cybertribunal »*, Eric A. Caprioli, Revue de l'arbitrage 1999 n°2.

[20] *Typologie des institutions d'arbitrage*, Philippe Fouchard, Revue de l'arbitrage 1990.

[21] *Les nouvelles attentes des entreprises en matière de règlement de conflits*, Jean-François Guillemin, Revue de l'arbitrage 1996 n°4.

[22] *Électricité de France et l'aménagement du règlement des différends internationaux*, Didier Lamèthe, Revue de l'arbitrage 1995 n°4.

[23] *Les clauses compromissoires pathologiques*, Hugues Scalbert et Laurent Marville, Revue de l'arbitrage 1988.

[24] *Thoughts on the future of ADR in Europe : a critical approch*, Matthieu de Boisseson, Arbitration International, vol. 15 n°4, LCIA.

[25] *Harmonizing cultural differences*, Julian D.M. Lew et Laurence Shore, Dispute resolution journal, August 1999.

Remerciements

Nous souhaitons remercier pour l'aide qu'elles nous ont apportée les personnes suivantes :

- M. Lévêque, professeur d'économie à l'école des Mines, notre pilote de mémoire
- M. Toporkoff, directeur juridique de Nestlé France
- M. Field, directeur juridique du groupe Saint-Gobain
- M. Boivin, juriste, Alcatel
- M. Delargy, juriste, Campenon Bernard
- Mme Pezard, directeur juridique de la Caisse des Dépôts et Consignations
- M. Irissou, directeur juridique de TotalFina Elf
- Mme Bonbayl, juriste, SAGEM
- M. Roulet, directeur juridique, droit des sociétés, France Telecom
- M. Forge, directeur juridique de Vicat
- Me Schwartz, cabinet Freshfields
- Me Duffour, cabinet Clifford Chance
- Me Flécheux, ancien bâtonnier, cabinet Lafarge-Flécheux
- Me Veret, cabinet Alain Bensoussan
- Me Langlois, cabinet Alain Bensoussan
- M. Braudo, magistrat honoraire
- M. Grigera Naon, secrétaire général de la Chambre de Commerce Internationale
- M. Dauxais, secrétaire général de la Cour Arbitrale de Paris
- Les membres de la commission des mémoires de l'École des Mines