

L'arbitre, l'avocat et le juge

Laurence KIFFER

Avocat au Barreau de Paris – Teynier, Pic & Associés

RESUME. — Renvoyer les litiges internationaux à l'arbitrage plutôt qu'au juge revient à choisir une justice privée créée pour répondre aux besoins du monde des affaires et au caractère international des différends. Une telle justice exige que le conseil, l'arbitre et le juge jouent chacun leur rôle spécifique. Pour l'arbitrage il faut également que le juge comme le conseil appliquent d'autres règles de procédure que devant le tribunal et que le juge tienne compte de l'environnement international et adapte les règles internes en conséquence. Néanmoins, le développement de l'arbitrage international reconnu comme la manière normale de régler des litiges internationaux a conduit à des pratiques discutables chez les parties, leur conseil, les arbitres et les juges. Le manque de flexibilité de la procédure arbitrale qui en découle explique peut-être l'intérêt croissant du monde des affaires pour la Résolution amiable des litiges.

Mots-clés : litige international, avocat, résolution amiable des litiges

Le volume dans lequel s'insère la présente contribution a mis en exergue qu'il était fait référence au vocable d'arbitre dans des domaines aussi divers qu'étrangers les uns aux autres. On en prendra pour exemple le rôle d'arbitre exercé par le Président de la République à la tête de l'État et celui joué sur les terrains de sport. Il apparaît donc essentiel de cerner, en premier lieu, les personnages qui feront l'objet de notre propos.

L'arbitre dont nous parlerons ici est « un juge privé désigné par ceux dont il doit trancher le litige »¹. Il est le tiers qui règle « le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui est confiée par celles-ci. »²

L'avocat est traditionnellement désigné comme auxiliaire de justice devant les tribunaux de l'État se rattachant au droit public. Il est appréhendé par nous sous l'angle du rôle de conseil qu'il joue dans un autre contexte procédural, celui d'une justice privée, la justice arbitrale. Il ne dispose plus alors du privilège de postulation, de représentation ou d'assistance dont il jouit devant la

1 Th. Clay, *L'Arbitre*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001.

2 Ch. Jarrosson, *La Notion d'arbitrage*. Préface de B. Oppetit. LGDJ (Bibliothèque de droit privé), t.198, 1987.

justice publique puisque devant l'arbitre, nul besoin d'être l'auxiliaire de cette dernière. Ainsi avant la réforme de 1991 ayant conduit à la fusion des professions de conseil juridique et d'avocat, le conseil juridique à l'instar de l'avocat, pouvait plaider devant l'arbitre. Il en est de même, aujourd'hui, des avocats étrangers aux barreaux du pays du siège de l'arbitre. L'avocat dont il s'agira ici guide son client dans la liberté dont il dispose de soumettre ses litiges à la justice publique ou à une justice privée. Une fois ce choix opéré, il l'assiste dans la mise en œuvre de la procédure arbitrale et le déroulement de l'instance arbitrale mais aussi dans le cadre du contentieux pré ou post-arbitral.

Quant au juge, il s'entend du juge public, par distinction avec le juge privé, intégré dans un appareil d'État au nom duquel il dit le droit et tranche les litiges. Pris dans son sens technique, le juge est un magistrat auquel l'État a conféré le pouvoir de prendre des décisions qui peuvent être exécutées avec le concours de la force publique.

L'arbitre, l'avocat et le juge ainsi définis seront évoqués dans le cadre de leurs relations en matière de résolution des litiges du commerce international.

Au lendemain de la Première Guerre mondiale, l'accent a été mis sur le développement des échanges internationaux en tant que facteur de paix. La Société des Nations (SDN) puis l'Organisation des Nations Unies (ONU) et aujourd'hui l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) s'inscrivent dans cette philosophie.

Ce développement du commerce international s'est accompagné du développement de l'arbitrage international comme mode de résolution des litiges internationaux. En assurant une résolution efficace et reconnue de ces litiges, l'arbitrage a participé au développement du commerce international. Cette justice adaptée aux besoins du commerce international s'est imposée comme le mode normal de règlement des litiges du commerce international. Il est même devenu, comme l'indiquait le Professeur Oppetit « un rouage de la société marchande »³.

Ainsi, la création en 1923 de la Chambre de Commerce Internationale (ICC), organisation mondiale représentative d'entreprises de tous secteurs d'activités de tous pays a conduit dès 1927 à la création, en son sein d'une cour d'arbitrage.

Des conventions internationales ont renforcé l'efficacité de l'arbitrage international. Il s'agit du Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et de la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales, puis de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur l'exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères. La faveur pour le recours à l'arbitrage en tant que mode de résolution des litiges internationaux s'est transcrite également dans les législations nationales notamment sous l'impulsion de la loi-type sur l'arbitrage commercial international

3 « Fort prisé tant des gouvernants que des cercles économiques, très bien en cours dans le milieu judiciaire, l'arbitrage est devenu un rouage clé des institutions de la société marchande », B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 10.

adoptée en 1985 par la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI) que les États peuvent intégrer dans leur législation ou dont ils peuvent s'inspirer.

L'arbitrage s'est imposé comme le mode normal de résolution des litiges du commerce international pour les avantages qu'il offre à des parties en litige de nationalité voire de culture juridique différentes. Le recours à l'arbitrage écarte le principe du recours aux juridictions de l'État de l'une des parties et assure donc à ces dernières un forum neutre. Il permet aux parties de choisir les arbitres qui trancheront leurs litiges dans le cadre d'une procédure en principe confidentielle.

Ainsi l'arbitrage est-il un remède efficace aux inconvénients liés aux conflits de juridiction⁴ et, par conséquent :

- à l'incertitude sur la détermination du juge compétent ;
- à l'obligation faite à l'une des parties de plaider à l'étranger ;
- aux dangers d'un *forum shopping* qui profite au demandeur ;
- et, surtout, aux difficultés inhérentes à l'exécution de tout règlement étranger.

Pour la résolution des litiges internationaux, l'arbitrage, plus adapté aux besoins du commerce international, n'est pas en concurrence avec la justice publique. Au contraire, dans les législations nationales favorables à l'arbitrage et notamment dans le droit français de l'arbitrage, la justice publique apporte son concours à la justice arbitrale lui conférant ainsi un rôle de juge d'appui. L'efficacité de l'arbitrage résulte du respect et du soutien de la justice publique.

Le respect du choix des parties de voir les litiges de leurs contrats internationaux tranchés par la voie de l'arbitrage aura une incidence sur le rôle joué respectivement par l'arbitre, l'avocat et le juge au niveau procédural mais aussi sur les règles applicables à la procédure arbitrale. Ce respect de la volonté des parties n'a-t-il pas néanmoins un effet pernicieux qui remettrait en cause, aujourd'hui, la raison même de l'arbitrage international ?

I. — LE RESPECT, AU NIVEAU PROCEDURAL, DU CHOIX DE L'ARBITRAGE PAR LES PARTIES

Une fois que les parties ont fait le choix de soumettre le litige à l'arbitrage, ce n'est qu'au stade de la mise en œuvre de la clause d'arbitrage ou du compromis que la question de ce choix se posera.

L'avocat jouera un rôle moteur dans la mise en œuvre de la procédure de règlement des litiges. Saisi par son client du litige, l'existence d'une clause d'arbitrage devrait le conduire à constituer en premier lieu le tribunal arbitral,

⁴ In « Préférez l'arbitrage », L.B. Buchman et E. Loquin, *Gaz. Pal.*, 14 au 16 sept. 2008, doct, p. 9.

celui-ci étant, à la différence du juge public, nouveau pour chaque cause. Toutefois, il n'en va pas toujours ainsi.

Il se peut qu'une partie, cherchant à échapper à la compétence arbitrale, saisisse, malgré la clause d'arbitrage, le juge public ou encore que la clause mal rédigée ne permette pas la constitution du tribunal arbitral et que l'avocat doive alors se tourner vers le juge public pour solliciter son concours.

Toutefois, le juge, en présence d'une clause d'arbitrage, agirait au mépris de la volonté des parties s'il retenait sa compétence et se substituait à l'arbitre. Ainsi, le principe de compétence-compétence a-t-il pour effet de conférer à l'arbitre le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence. Deux effets sont reconnus, en droit français, à ce principe : un effet positif prévu par l'article 1466 du Code de procédure civile (CPC) selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence et un effet négatif prévu par l'article 1458 du CPC selon lequel le juge public, par respect de la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage, doit se dessaisir du litige à moins que la clause ne soit manifestement nulle ou inapplicable, critère prétorien ajouté au critère légal de la nullité. La clause manifestement nulle ou inapplicable remettrait en effet en cause la volonté des parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage. Dès lors, le juge public pourrait connaître du litige.

Le juge renonce ainsi à un contrôle *a priori* de la compétence arbitrale mais il ne l'abandonne pas pour autant puisqu'il sera le juge du contrôle de la sentence arbitrale, notamment sous l'angle de la compétence arbitrale.

L'article 1444 du CPC permet au juge de connaître des difficultés de constitution du tribunal arbitral. Il ne se substitue pas davantage à ce dernier mais permet au contraire sa constitution sans laquelle la procédure d'arbitrage ne pourra être mise en œuvre. En désignant le ou les arbitres, il viendra donc au soutien de la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage. Cependant, à l'instar de ce que lui prescrit l'article 1458, le juge ne prêtera pas son concours à la constitution du tribunal arbitral si la volonté des parties pour ce mode de règlement des litiges fait défaut lorsque la clause est manifestement nulle.

Le respect de la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage a même conduit la Cour de cassation à étendre sa compétence en matière d'assistance à la constitution du tribunal arbitral dans l'hypothèse d'un déni de justice⁵ :

« L'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du Président du Tribunal de grande instance de Paris,

⁵ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} fév. 2005, *État d'Israël c/ Société National Iranian Oil Company (NIOC)*, *Rev. arb.*, 2005, p. 693, note Muir Watt ; S. Lazareff, « Le droit à l'arbitre », Bloc note, *Les Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal.*, juil. 2006, p. 11.

dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution du tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France. Dès lors que la partie demanderesse est dans l'impossibilité de saisir les tribunaux d'autres pays pour nommer un arbitre à la place de l'autre partie qui s'y refuse, que cette impossibilité étant générale et durable, et enfin, que le lien avec la France, même s'il est ténu, comme résultant du choix par les parties du président de la CCI de Paris pour une désignation éventuelle du troisième arbitre, est le seul dont la demanderesse peut se prévaloir pour assurer la réalisation de leur commune volonté de recourir à l'arbitrage, une cour d'appel en a exactement déduit que cet état de fait constituait, pour la société demanderesse, un déni de justice justifiant la compétence internationale du juge français. »

Le droit à l'arbitre est ainsi consacré à l'instar du droit fondamental d'accès au juge issu de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

S'agissant de mesures provisoires ou conservatoires que les parties voudraient obtenir dans une procédure d'arbitrage, la question se pose aussi de savoir si l'avocat doit formuler sa demande au juge qui dispose de l'imperium, ou à l'arbitre⁶. Encore une fois, c'est le respect du choix de l'arbitrage par les parties qui guide la réponse à cette question. Le juge pourra prononcer ce type de mesures pour autant que cela n'affecte pas le pouvoir de l'arbitre de les prendre ou de statuer sur le fond. Ainsi, le juge aura toute latitude pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué. Il n'aura qu'un pouvoir subsidiaire après la constitution du tribunal arbitral, en particulier lorsque le règlement d'arbitrage applicable laisse aux parties la possibilité de recourir au juge ou à l'arbitre.

Ainsi, selon l'article 23 du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale relatif aux mesures conservatoires et provisoires :

« 1. À moins qu'il n'en ait été convenu autrement par les parties, le tribunal arbitral peut, dès remise du dossier, à la demande de l'une d'elles, ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il considère appropriée. Il peut la subordonner à la constitution de garanties adéquates par le requérant. Les mesures envisagées dans le présent article sont prises sous forme d'ordonnance motivée ou, si nécessaire, sous forme d'une sentence, si le tribunal arbitral l'estime adéquat.

2. Les parties peuvent, avant la remise du dossier au tribunal arbitral et dans des circonstances appropriées après, demander à toute autorité judiciaire des mesures provisoires ou conservatoires. La saisine d'une autorité judiciaire pour obtenir de telles mesures ou pour faire exécuter

⁶ Pierre Mayer, « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires », *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 437 ; Charles Jarrosson, « Réflexions sur l'imperium », *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 245.

des mesures semblables prises par un tribunal arbitral ne contrevient pas à la convention d'arbitrage, ne constitue pas une renonciation à celle-ci, et ne préjudicie pas à la compétence du tribunal arbitral à ce titre. Pareille demande, ainsi que toutes mesures prises par l'autorité judiciaire, devront être portées sans délai à la connaissance du Secrétariat. Ce dernier en informera le tribunal arbitral. »

Dans tous les cas de figure, on s'assurera aussi que le type de mesure demandée au juge public ne porte pas atteinte au choix des parties de voir leur litige tranché par la voie de l'arbitrage. Ainsi, le juge français ne peut allouer de provision dans le cadre d'une demande de référé provision, mesure conservatoire spécifique au droit français, visant à allouer, à titre provisoire et sur le fondement de l'apparence, une provision sur le montant de la demande. En effet, l'allocation d'une telle provision est considérée comme un empiètement du juge public sur la compétence de l'arbitre dès lors qu'elle reconnaît implicitement, même si c'est à titre provisoire, le bien fondé de la demande.

Le respect, par le juge public, du pouvoir de statuer dont dispose l'arbitre, s'exerce aussi lors du contrôle *a posteriori* de la sentence au stade de son exécution. En effet, comment concevoir un respect de la volonté des parties de soumettre leur litige au juge arbitral si la décision de ce dernier n'est pas respectée par le juge public auquel l'avocat devra s'adresser pour obtenir l'exequatur de la sentence arbitrale aux fins de son intégration dans l'ordre juridique interne du pays dans lequel sera recherchée l'exécution ?

Les cas d'ouverture du recours au juge public pour le contrôle de la sentence arbitrale sont en principe limités et s'apparentent, dans les législations favorables à l'arbitrage, aux cas d'ouverture prévus par l'article V de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. En France, ces cas d'ouverture sont prévus par l'article 1502 du CPC. Ils visent à s'assurer :

- du respect de la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage lorsque l'article 1502-1 du CPC prévoit un contrôle de l'existence d'une convention d'arbitrage valable ;
- de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre lorsque l'article 1502-2 du CPC prévoit un contrôle de la régularité de la composition du tribunal ou de la désignation de l'arbitre unique ;
- du respect par les arbitres des contours du litige que les parties leur ont soumis lorsque l'article 1502-3 du CPC prévoit un contrôle de l'exercice de sa mission par le tribunal arbitral ;
- de la protection des droits de la défense lorsque l'article 1502-4 du CPC prévoit un contrôle du caractère contradictoire de la procédure ;
- de l'absence de violation par la sentence de l'ordre public du pays d'accueil lorsque l'article 1502-5 du CPC prévoit un contrôle de ce que la reconnaissance ou l'exécution ne sont pas contraires à l'ordre public international français.

Ainsi, le contrôle de la sentence arbitrale, par le juge public, ne porte-t-il jamais sur le fond de la décision, les parties ayant confié à l'arbitre le pouvoir de dire le droit (la *jurisdictio*). Au contraire, même dans le cadre de son contrôle d'une contrariété éventuelle de la sentence à l'ordre public qui pourrait conduire à un ré-examen de la décision, la Cour d'appel de Paris a rappelé que le contrôle opéré sur la sentence n'était qu'un contrôle extrinsèque⁷ :

« S'il est exact qu'au titre de l'article 1502 NCPC la cour d'appel exerce son pouvoir de contrôle sur les griefs énumérés par cet article en recherchant en droit et en fait, et sans aucune limitation, tous les éléments concernant l'existence des cas d'ouverture, s'agissant de la violation de l'ordre public international, la cour, qui n'est pas juge du procès, mais de la sentence, n'exerce cette fois sur celle-ci qu'un contrôle extrinsèque puisque seule, sa reconnaissance ou son exécution est examinée au regard de la compatibilité avec l'ordre public international au moment de sa présentation au juge.

En l'absence de toute démonstration par l'appelante d'une violation flagrante effective et concrète de l'ordre public international, il n'existe aucune raison de tenir pour insignifiant ce qui a été jugé par le tribunal arbitral aux termes d'une instruction, et y substituer la propre appréciation de la cour. ».

On notera encore que le nombre d'annulation de sentences arbitrales par le juge français est très faible et que ce dernier s'efforce même de décourager les procédures de recours contre les sentences arbitrales en pratiquant une politique de condamnation de la partie déboutée au paiement, au titre de l'article 700 CPC, de sommes dissuasives, excédant désormais fréquemment 50 000 €. De telles condamnations pour la prise en charge des frais de défense de la partie adverse se rencontrent rarement dans d'autres types de procédure.

Pour les parties, faire le choix de soumettre leur litige à l'arbitrage, c'est aussi choisir des règles spécifiques à l'arbitrage international.

II. — LE RESPECT DU CHOIX DE L'ARBITRAGE PAR LES PARTIES PAR L'APPLICATION DE REGLES SPECIFIQUES A L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Le rôle de l'avocat dans une procédure d'arbitrage ne doit pas être une transposition du rôle qu'il exerce devant les juridictions nationales. M^c Lazareff⁸ s'interroge comme suit sur les suggestions qui pourraient être faites aux avocats agissant comme conseil dans des procédures d'arbitrage :

⁷ Paris, 23 mars 2006, *Société SNF SAS v. Société Cytec Industries BV*, *Rev. arb.*, 2007, p. 100, n. Bollée.

⁸ « Le conseil et l'arbitre », Bloc note, *Les Cahiers de l'arbitrage*, *Gaz. Pal.*, juil. 2002, p. 6.

« Tout d'abord, s'assurer qu'ils peuvent travailler, c'est-à-dire lire, écrire, s'exprimer dans la langue de l'arbitrage ou dans celle dans laquelle des documents ont été rédigés (correspondance en particulier) ou des témoins entendus ou dont le droit est applicable. Travailler dans une langue, c'est non seulement connaître les mots, mais assimiler le droit et les faits exprimés. Car le droit est une des composantes majeures dont la langue est le produit.

Le conseil doit, idéalement, s'adapter à la psychologie de l'arbitre dont la culture d'origine, qu'il s'agisse de sa nationalité, de sa formation, du droit qu'il pratique, du type de procédure qui lui est familière jouera un rôle essentiel dans la conduite de la procédure, jusques et y compris, la sentence. Il lui faut comprendre à l'avance ce que sera la réaction de l'arbitre à des demandes de communication de pièces, d'audition de témoins, de désignation d'expert, de longueur de mémoires et des plaidoiries (les arbres ou la forêt).

La difficulté augmente face à un tribunal arbitral pluriculturel, le conseil ne peut alors que chercher les poids respectifs de chacun des arbitres au sein de la formation. Il doit en outre être très attentif à ne pas gêner l'arbitre qu'il a désigné, à ne pas l'isoler. En pratique, la plus grande attention doit être accordée au président. ».

La portée de ces propos ne se comprend qu'au regard des spécificités de la procédure d'arbitrage international.

À la différence du juge qui est tenu par les règles de procédure du for, l'article 1460 du CPC précise que « les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage ».

Aux termes de l'article 1494 du CPC :

« La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle détermine.

Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage. ».

En pratique, les parties prévoient rarement ces règles de procédure dans la clause d'arbitrage mais cette dernière se réfère plus souvent à un règlement d'arbitrage auquel les parties souhaitent soumettre leur procédure, qu'il s'agisse du règlement d'une institution d'arbitrage dans le cas d'un arbitrage dit institutionnel ou du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations

Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI) souvent déclaré applicable aux arbitrages *ad hoc*.

Si ces règlements contiennent des dispositions sur certains aspects de la procédure comme l'audition de témoins ou d'expert ils donnent à l'arbitre, sous le contrôle des parties, une grande liberté pour l'organisation de la procédure. Ainsi selon l'article 15 du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale :

« La procédure devant le tribunal arbitral est régie par le présent règlement et, dans le silence de ce dernier par les règles que les parties, ou à défaut le tribunal arbitral, déterminent, en se référant ou non à une loi nationale de procédure applicable à l'arbitrage.

Dans tous les cas, le tribunal arbitral conduit la procédure de manière équitable et impartiale et veille à ce que chaque partie ait eu la possibilité d'être suffisamment entendue. »

La rencontre de cultures juridiques souvent distinctes (celle des arbitres, des parties, voire même de leur avocat) a conduit à l'élaboration de règles propres à l'arbitrage international comme le souligne le Professeur Gaillard⁹.

La spécificité de ces règles réside dans ce qu'elles combinent des emprunts faits aux procédures suivies devant les juridictions étatiques des États de tradition civiliste et des États de *common law*. Ainsi si la procédure civiliste des pays de droit romano-germanique privilégie la procédure écrite et la procédure de *common law* des pays anglo-saxons attache plus d'importance à la procédure orale (plaidoirie et audience de témoignage), la procédure d'arbitrage international prévoit en principe une première phase écrite comprenant la preuve documentaire qui correspond à la procédure écrite de la tradition civiliste mais cette première phase écrite pourra être complétée par une audience d'audition de témoins et/ou d'experts qui seront entendus avant une audience finale de plaidoirie, ces différentes audiences et surtout l'administration de la preuve testimoniale ou expertale s'apparentant davantage à la procédure de *common law*.

Cette organisation a conduit à l'élaboration de règles spécifiques à l'administration de la preuve dans l'arbitrage international¹⁰, lesquelles combinent aussi les traditions juridiques civiliste et de *common law*.

S'agissant de la preuve documentaire, il est devenu usuel que l'avocat présente à l'arbitre, même s'il est de tradition civiliste, une demande visant à ordonner à la partie qui les détient la production de documents pertinents pour la solution du litige, selon une procédure qui n'est plus la *discovery* américaine mais qui, souvent, n'est pas pratiquée devant les juridictions du lieu

9 « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage », *Les livres de poche de l'Académie de droit international de la Haye*, p. 150 n° 99.

10 Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2004, p. 781.

de l'arbitrage même si les textes le permettent souvent, comme en France les articles 132 à 142 du CPC.

S'agissant de la preuve testimoniale, le témoin n'est plus la personne neutre extérieure aux parties dont le juge examine la déclaration écrite dans le cadre de la procédure judiciaire des pays de droit civil. Le témoin dans une procédure d'arbitrage international est présenté par une partie qui soumet avec ses écritures une déclaration écrite sur la base de laquelle il sera interrogé par l'avocat de la partie adverse et par le tribunal. Ainsi, la vérité ne vient plus de la neutralité du témoin comme dans la procédure accusatoire mais ressort du contre-interrogatoire (*cross examination*) auquel procède l'avocat de la partie adverse conformément à la procédure accusatoire des pays de *common law*.

Il en va de même des experts qui ne sont pas des experts neutres nommés par le tribunal mais des experts présentés par les parties et interrogés selon la même procédure que les témoins.

Ces pratiques ont été codifiées notamment par l'International Bar Association qui a adopté le 1^{er} juin 1999 des « Rules of the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration ». Ce *corpus* de règles constitue désormais, en matière d'administration de la preuve, une référence dont s'inspirent les arbitres, dans la détermination des règles de procédure, comme les institutions d'arbitrage, dans leurs règlements.

L'avocat aussi doit s'adapter à la spécificité des règles de procédure applicables devant l'arbitre international. Outre le fait qu'il doit se former à ce type de procédure si différente de celle des juridictions judiciaires de son pays, il devra aussi s'assurer que ces règles déontologiques ne sont pas malmenées par la pratique arbitrale. Ainsi, les praticiens de l'arbitrage, membres du Barreau de Paris, ont-ils pris la précaution de saisir le conseil de l'Ordre aux fins de faire confirmer que de l'interrogation des témoins et notamment de la préparation de ceux-ci selon la pratique décrite ci-dessus ne portait pas atteinte à leurs règles déontologiques.

Au cours de sa séance du 26 février 2008¹¹, le Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris a adopté, à l'unanimité, la résolution suivante :

« Dans le cadre des procédures arbitrales internationales, situées en France ou à l'étranger, il entre dans la mission de l'avocat de mesurer la pertinence et le sérieux des témoignages produits au soutien des prétentions de son client, en s'adaptant aux règles de procédure applicables.

Dans cet esprit, la préparation du témoin par l'avocat avant son audition ne porte pas atteinte aux principes essentiels de la profession d'avocat et s'inscrit dans une pratique communément admise où l'avocat doit pouvoir exercer pleinement son rôle de défenseur. ».

L'administration de la preuve devant l'arbitre a d'autant plus d'importance que l'avocat doit rapporter à ce dernier la preuve du fait et du droit. En effet,

11 *Le Bulletin du Barreau de Paris*, n°9, 4 mars 2008, p. 45.

selon la règle *jura novit curia* (la cour connaît le droit), le juge ayant l'obligation de connaître la loi, les parties sont dispensées d'avoir à en prouver l'existence et le contenu. Il faut toutefois nuancer le propos s'agissant du droit étranger. En effet, la recherche et le contenu du droit étranger font partie de l'office du juge français, sauf à laisser aux parties, ayant la libre disposition de leurs droits, l'obligation de démontrer la spécificité, par rapport au droit français, de la loi étrangère revendiquée¹².

Il n'en est pas de même en matière d'arbitrage international où l'adage *jura novit curia* n'a pas sa place comme le rappelait M^c Derains¹³ :

« Plus que le respect du droit d'être entendu et l'obligation de communication, c'est le contrôle du droit à un débat contradictoire qui crée les plus grandes difficultés dans la pratique, notamment lorsqu'il ne s'agit pas des faits de la cause mais des règles de droit que l'arbitre applique au litige. En effet, contrairement à ce que laissent entendre certaines décisions, le fait que les parties aient choisi le droit applicable au contrat et qu'il en soit fait rappel dans l'acte de mission des arbitres, ne suffit pas à ce qu'il fasse "nécessairement partie du débat". Le caractère critiquable de cette formule a d'ailleurs été souligné (cf. S. Guinchard, « L'arbitrage et le principe de la contradiction », *Rev. arb.*, 1997, p. 185). Elle n'est pas reprise par la Cour de cassation (ainsi, Cass. civ. 1^{re}, 28 février 1995, p. 597, note Bureau ; Paris 28 mai 1993, précité) qui se contente d'indiquer qu'une partie "ne saurait se plaindre qu'il a été fait application au litige du droit déterminé par les parties même si par la suite elle s'est abstenue de présenter des observations sur ce point". L'adage *jura novit curia* n'a pas sa place en matière d'arbitrage, et surtout pas en matière d'arbitrage international. Pour qu'un véritable débat contradictoire s'instaure, il est donc indispensable que l'arbitre invite les parties à s'exprimer sur les conséquences des règles de droit qu'il entend appliquer dans toutes les hypothèses où elles ne l'ont pas fait spontanément. ».

Les développements qui précèdent mettent en évidence que s'est développée une pratique arbitrale *sui generis* très spécifique adaptée au règlement des litiges du commerce international.

Le juge français s'est aussi adapté aux spécificités de la résolution de ce type de litiges. Ainsi à n'en pas douter, comme le souligne M^c Mourre¹⁴, le droit français de l'arbitrage est parmi « les plus favorables à ce mode de résolution des litiges internationaux, les plus respectueux de la volonté des parties de se

12 Com., 16 nov. 1993, *Amerford*, Bull. N°405, *Rev. crit. DIP* 94, p. 332, n. Lagarde.

13 CA. Paris, 13 nov. 1997, *Lemeur c/ Sarl Les cités interdites*, *Rev. arb.*, 1998 p.709, n. Derains ; M. Kurkela « *Jura novit curia* and the Burden of Educational in International Arbitration, a Nordic Perspective », *ASA Bulletin*, Vol 21 n°3, 2003 p. 346.

14 « L'apport de la jurisprudence française au droit international de l'arbitrage », Éditorial, *Les Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal.*, juil. 2006, p. 1.

soustraire à la compétence des juridictions nationales, et les plus soucieux, aussi, de tenir compte de la spécificité du commerce international ».

Le juge français a écarté l'application de dispositions dont il jugeait qu'elles n'avaient pas leur place dans un contexte international et a abandonné une approche conflictualiste¹⁵ au profit de l'élaboration de règles matérielles tendant à résoudre le problème posé sans passer par le canal de la désignation d'une loi applicable. Le Professeur Gaillard¹⁶ précise à cet égard que « la mise en œuvre de la philosophie de faveur à l'arbitrage qui inspire toute la jurisprudence de la Cour de cassation passe par l'application systématique de la méthode des règles matérielles du commerce international. ».

Dès 1993, dans son arrêt *Dalico*¹⁷ la Cour de cassation consacré le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage dans les termes suivants :

« En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique. ».

Elle a repris cette motivation plus récemment dans un arrêt *Uni-Kod*¹⁸. Dans la décision *Nemesis* de 2005¹⁹, elle a approuvé une Cour d'appel d'avoir justifié sa décision « au regard de la règle matérielle du droit de l'arbitrage selon laquelle il appartient à l'arbitre de se prononcer, par priorité, sous le contrôle éventuel de du juge de l'annulation, sur sa compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste ». Enfin, dans la décision *Jules Verne*²⁰ de 2006, la Cour de cassation a rappelé que le principe de validité de la convention d'arbitrage et celui de la compétence-compétence étaient des règles matérielles du droit français de l'arbitrage international.

15 S. Bollée, *Les Méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004.

16 « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2007, p. 697.

17 Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 1993, *Municipalité de Khoms el Mergeb c/ société Dalico*, *Rev. arb.*, 1994, p. 116, n. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1994. 432, n. Gaillard ; *RCDIP*, 1994. 663, n. Mayer.

18 Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Sté Uni-Kod c/ Sté Ouralkali*, *Bull. civ.*, I, n° 95 ; *Rev. arb.*, 2005, p. 959, obs. Seraglini ; *JCP* 2004 II 10132, n. G. Chabot ; *RTD com.*, 2004. 443, obs. E. Loquin ; *Adde*, S. Bollée « Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence *Dalico* et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève », *JDI*, 2006. 127.

19 Cass. civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, *Cie d'ass. AXA Corporate Solutions et a. c/ Nemesis Shipping*, *Bull. civ.*, I, n° 420 ; *JDI*, 2004. 1187, note Sana Chaillé de Néré ; *JCP E*, 2006. 1156, obs. Béguin.

20 Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c/ Sté American Bureau of shipping et autres*, *Bull. civ.*, I, n° 287 ; *Rev. arb.*, 2006, p. 945, n. Gaillard ; *JDI*, 2006. 1384, obs. Mourre ; *JCP*, 2006, I, 187, p. 2100 obs. Séràglini.

Pourtant, l'arbitrage qui est peut-être avant tout un espace de liberté²¹ : liberté de choisir ses juges, liberté d'organiser la procédure de façon souple et confidentielle, liberté de régler ses différends indépendamment des systèmes de conflits de lois nationaux et selon des usages internationaux, n'est-il pas victime de son succès ?

III. — LE RESPECT DE LA VOLONTE DES PARTIES N'EST-IL PAS PREJUDICIABLE A L'ARBITRAGE ?

En 1998, le Professeur Oppetit²² dénonçait déjà :

« Dans un climat délétère [...] les procédures arbitrales subissent un alourdissement et un renchérissement très sensibles : les manœuvres déloyales se développent et la bureaucratisation des grandes institutions d'arbitrage s'accroît [...] ».

En 2004, M^c Mourre s'interrogeait encore sur la direction prise par l'arbitrage²³. En 2005, le Professeur Lalive titrait²⁴ sur les dérives arbitrales et M^c Lazareff parlait enfin de « l'arbitre singe »²⁵.

Il doit être précisé que ces articles n'ont guère d'autre objectif que de provoquer des prises de conscience mais ne remettent aucunement en cause l'arbitrage comme mode normal de règlement des litiges du commerce international.

On reproche essentiellement la « judiciarisation » de l'arbitrage. Initialement procédure efficace, adaptée aux besoins des opérateurs du commerce international, la procédure arbitrale s'apparente de plus en plus aux procédures judiciaires nationales. Plusieurs facteurs contribuent à ce phénomène.

En premier lieu, la confidentialité, atout majeur de la procédure arbitrale, visant à sauvegarder les intérêts des parties et l'efficacité des relations d'affaires est désormais malmenée par les réglementations économiques²⁶. Si la Cour d'appel de Paris avait affirmé en 1986 un principe de confidentialité de

21 Alexis Mourre, « Où va l'arbitrage », Éditorial, *Les Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal.*, juil. 2004, p. 1.

22 *La Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 10-11.

23 *Op. cit.* note 21.

24 « Dérives arbitrales (I) », *Bull. ASA*, vol. 23, N° 4, 2005, p. 587 et « Dérives arbitrales (II) », *Bull. ASA*, vol. 24, N° 1, 2006, p. 2.

25 « L'arbitre singe ou comment assassiner l'arbitrage », *Global reflexions on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum, Robert Briner*, ICC Publication No.693, 2005.

26 Fabrice Fages, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *Rev. arb.*, 2004, p. 647.

l'arbitrage commercial international²⁷, un arrêt du 22 janvier 2004²⁸ laisse penser qu'il appartient aux parties d'établir l'existence et les raisons d'un principe de confidentialité.

Un autre facteur à cette « judiciarisation » réside dans l'attitude des conseils dans la procédure d'arbitrage. En effet, la procédure arbitrale combinant les différentes cultures juridiques a dérivé vers une procédure juxtaposant les différentes cultures juridiques. Me Lazareff²⁹ regrette ainsi que les conseils transposent le plus souvent à l'arbitrage les attitudes « adversariales » qui sont les leurs dans les procédures nationales. Or selon lui, rien n'entrave plus la mission de l'arbitre international que l'agressivité du conseil, sa méconnaissance du climat normalement policé de l'arbitrage, la recherche d'incidents, les dossiers non rigoureusement préparés, les polémiques à l'audience. Me Lazareff souligne encore l'importance de l'exactitude aux audiences, du respect scrupuleux des ordonnances de procédure, et d'une adaptation au caractère normalement serein d'une procédure arbitrale.

Le respect de la volonté des parties qui a contribué à l'élaboration du droit de l'arbitrage devient ainsi un obstacle à l'efficacité de la procédure si la partie choisit un conseil ou un arbitre qui n'est pas rompu à la technique de l'arbitrage. Que dire encore de l'arbitre qui se verrait interdire de s'opposer au comportement procédurier excessif d'une partie ?

Au-delà des incidents multiples créés par les conseils en cours de procédure arbitrale, on assiste aussi à la multiplication de procédures parallèles. En effet, les parties ne s'en tiennent plus seulement au contentieux périphérique à l'arbitrage comme le sont classiquement le contentieux de l'existence ou de la validité de la clause d'arbitrage, la contestation du nombre ou de la désignation des arbitres et l'introduction de procédures judiciaires conservatoires parallèlement à l'arbitrage. Ce contentieux nouveau peut avoir pour cible l'arbitre qui fera l'objet, selon les cas, d'une demande de récusation ou de révocation, d'une contestation d'honoraires³⁰, ou d'une action en responsabilité.

Les actions en responsabilité intentées à l'encontre des arbitres et des institutions d'arbitrage ont même conduit ces dernières à prévoir dans leur règlement des clauses générales d'exclusion de responsabilité. Ainsi l'article 34 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale précise que :

« Ni les arbitres, ni la Cour ou ses membres, ni la Chambre de commerce internationale ou son personnel, ni les comités nationaux de la

²⁷ Paris, 18 fév.1986, Dalloz 1987, p. 339.

²⁸ Paris, 22 janv.2004, *Sté National Company For Fishing and Marketing « NAFIMCO » c/ Sté Foster Wheeler trading Company AG*, *Rev.arb.*, 2004, p. 647, n. Loquin.

²⁹ *Op. cit.* note 8.

³⁰ civ. 2^e, 10.10.1990, *Société Bureau Qualitas et autres c/ J. Viet et autre* et Paris, 23.09.1994, *Société Hôtelière de Montagne c/ Epoux d'Amade et autres*, *Rev. arb.*, 1996, p. 393, n. Fouchard.

Chambre de commerce internationale ne sont responsables envers quiconque de tout fait, acte ou omission en relation avec un arbitrage. »

Même si, comme le soulignent les commentateurs de ce règlement³¹, cette disposition ne fait pas échec à toute action, elle a certainement un effet dissuasif.

L'avocat, simple porte-parole de son client dont il épouse la cause pour en assurer la défense n'est pas resté non plus à l'abri du déchaînement des parties en litiges et s'est vu poursuivre en diffamation³².

En ce qui concerne les États, l'efficacité de l'arbitrage avec les États s'est vue renforcée par l'adoption d'un principe général de droit selon lequel un État ou une entité dépendant de lui ne peut se prévaloir de son propre droit pour échapper à une convention d'arbitrage à laquelle il a volontairement souscrit. Cependant les États ou les entreprises d'État ont maintenant recours à d'autres moyens pour faire échec à l'application d'une convention d'arbitrage librement acceptée. Ils demandent à leurs juridictions de prononcer des « *anti suit injunctions* »³³, visant à faire interdire à leur cocontractant étranger d'introduire une procédure arbitrale à leur encontre ou si celle-ci a été formée, ou à lui ordonner de s'en désister.

Certains ont aussi dénoncé la « commercialisation » de l'arbitrage qui se manifeste notamment dans les processus de désignation d'arbitres qui s'opère en mettant en concurrence plusieurs arbitres dans le cadre de procédures de type anglo-saxon de « *beauty contest* » ou de procédures d'appel d'offres lancées par les États. Ces excès ont suscité une réflexion sur des codes de déontologie ou d'éthique. Ce contexte a également donné lieu à un contrôle accru de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre.

L'ensemble des phénomènes décrits ci-dessus a contribué à l'allongement des coûts et des délais des procédures d'arbitrage dont se sont émus les acteurs de l'arbitrage international.

Ainsi, la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce International a constitué un groupe de réflexion amené à faire des propositions sur les techniques pouvant être utilisées pour organiser les procédures d'arbitrage et maîtriser leur durée et leur coût.³⁴

La « judiciarisation » de l'arbitrage a aussi contribué à un recours plus important aux modes amiables de règlement des litiges. Les clauses de règlement des litiges superposent de plus en plus souvent différentes techniques

31 Yves Derains et Éric Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, p. 351 et s.

32 P. Pic, « La liberté de parole de l'avocat dans la procédure arbitrale (à propos de deux jugements des 15 janvier et 9 mai 2001) », *Gaz. Pal., Cah. Dr. arb.*, 2002/1, p. 42.

33 E. Gaillard, *op.cit.* note 9 p. 106.

34 « Techniques pour maîtriser le temps et les coûts de l'arbitrage », *Bull. CCI*, Vol. 18 No 1-2007, p. 23.

comme l'arbitrage et la médiation³⁵. Ce type de clause pose le problème du recours à l'une des techniques indépendamment de l'autre.

Le juge français a eu à connaître du point de savoir si dans une clause combinant la médiation et l'arbitrage, il était possible de mettre en œuvre l'arbitrage sans avoir mis en œuvre la procédure de médiation préalable. Après quelques hésitations, la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 février 2003, a déclaré une partie irrecevable en ses demandes faute d'avoir mis en œuvre la procédure de conciliation préalable³⁶.

À cette jurisprudence s'ajoutent deux textes de nature à favoriser le développement de la médiation. D'une part, la Directive européenne sur la médiation, en discussion depuis 2004, a finalement été adoptée le 23 avril 2008. D'autre part la réforme du 17 juin 2008 sur la prescription en matière civile modifie l'article 2238 du Code civil comme suit :

« La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation.

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. ».

De nombreuses institutions d'arbitrage, comme la Chambre de commerce internationale, ont maintenant aussi édicté des règlements ADR. Le recours à ces modes amiables de règlement des litiges reste encore marginal s'agissant de litiges du commerce international et ne remet pas en cause la place de l'arbitrage dans la résolution de ces litiges. Le développement des ADR dépendra du choix des parties à insérer dans leurs contrats internationaux des clauses ADR ou juxtaposant plusieurs techniques de résolution des litiges.

laurence.kiffer@teynier.com

35 D. Jimenez Figueres, « Le règlement amiable comme préalable à l'arbitrage dans les clauses d'arbitrage CCI » *Bull. CCI*, Vol. 14 N° 1 – 2003, p. 77.

36 Th. Montéran, « Le respect des clauses contractuelles de médiation », *Les Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal.*, juil. 2004, p. 206 ; « L'irrecevabilité est-elle la sanction appropriée de la violation d'une clause de conciliation obligatoire ? Entretien avec Éric Teynier et Alexis Mourre », *Les Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal.*, juil. 2004, p. 197.