

AJSP

Association des élèves et diplômés juristes



SciencesPo.

LA REVUE DES JURISTES

DE SCIENCES PO

REVUE DE L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS JURISTES • TRIMESTRIEL • N°2 • AVRIL 2010



EDITORIAL

CHERS AMIS,

Evoquer l'évolution de l'arbitrage est, nous en sommes conscient, devenu un lieu commun. Laissé, dans les limites posées par le juge étatique, à la libre imagination des parties, ce mode de règlement des différends connaît, pour ainsi dire intrinsèquement, une constante évolution. Véritable caméléon, l'arbitrage apparaît d'autant plus prisé que la justice étatique, plutôt à l'instar d'un escargot, semble au contraire devenir de plus en plus lente et rigide.

Tout compte fait, c'est parce que l'arbitrage est en perpétuelle évolution qu'il suscite l'intérêt de plus en plus d'étudiants et que nous avons malgré tout eu envie de traiter ce sujet. Touchant à des pans de plus en plus large du monde des affaires et immergeant de plus en plus de cultures juridiques, ce sujet se prêtait parfaitement à un dossier thématique.

Et c'est un réel plaisir pour nous que d'avoir pu réunir, autour de ce dossier thématique, les contributions d'avocats spécialisés dans divers disciplines et de juristes issus de différents univers juridiques, aux côtés des premières ré-

flexions d'étudiants déjà passionnés par le sujet.

Ce numéro vous propose par ailleurs des articles sur le programme original de recherche en droit qui a vu le jour cette année à Sciences Po et sur la profession de juristes d'entreprise, horizon trop souvent méconnu par les étudiants. Enfin, des professeurs permanents de l'Ecole de droit de Sciences Po nous apporteront désormais chaque trimestre leur éclairage sur des questions prégnantes de l'actualité juridique.

L'enthousiasme des professeurs permanents à contribuer à ce projet ainsi que la confiance de plus en plus de juristes qui nous font parvenir leurs contributions nous honorent et nous obligent.

Espérons que ce numéro sera à la hauteur des exigences de ceux qui ont cru en la Revue et que les différents projets de l'association (conférences, petits déjeuners) présentés à la fin de ce numéro, susciteront également votre intérêt ;

BONNE LECTURE,



Clément Birnbaum



Romain Dethomas



Alexandre Koenig

Responsables de la Revue des Juristes de
SciencesPo

SOMMAIRE

AVRIL 2010

N° 2

EDITORIAL.....	1
ECOLE DE DROIT	
<i>La question prioritaire de constitutionnalité</i> , par Olivier Duhamel.....	6
<i>Les priorités de la Commission Barroso II</i> , par Renaud Dehousse.....	7
<i>Le programme doctoral de droit à SciencesPo</i> , par Clément Birnbaum.....	8
ENQUÊTE : LES JURISTES D'ENTREPRISES (Réalisée par Alexandre Koenig)	
<i>L'entreprise, « paradis des juristes » ? Rencontre avec trois directeurs juridiques.....</i>	12
<i>L'avenir du juriste d'affaires en France : vers la création d'un statut d'avocat en entreprise ?.....</i>	20
<i>Conclusion à destination des étudiants indécis : avocature ou entreprise ?.....</i>	24
DOSSIER THÉMATIQUE : L'ARBITRAGE ET SES EVOLUTIONS	
Présentation par Mathias Audit, Professeur à l'Université de Paris X, Chargé d'enseignement à Sciences Po.....	27
<i>L'arbitrage en matière administrative : histoire, hasard, préjugés, raison ?</i> , par Dominique Foussard (Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation).....	29
<i>Quelques remarques sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales CIRDI*</i> , par Ana Atallah (Reed Smth LLP).....	40
<i>Evolution de l'arbitrage et droit communautaire</i> , par Benoit Marpeau (Cotty Vivant Marchisio & Lauzeral).....	46

<i>Les clauses compromissoires dans les connaissements : évolutions et perspectives,</i> par Charles de Corbière (Villeneuve, Rohart, Simon & Associés).....	51
<i>Time for a change ? Revision of the ICC Rules of Arbitration,</i> par Simon Greenberg et Francesca Mazza (ICC International Court of Arbitration).....	57
<i>The globalization of international commercial arbitration,</i> par Maxi Scherer (Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP).....	64
<i>Modernité et spécificité de l'arbitrage OHADA,</i> par Olivier Cuperlier (Arbitre agréé par le CMAP).....	70
<i>Arbitrage et médiation : « La Thébaïde ou les frères ennemis » ?,</i> par Antoine Adeline (Hammonds Hausmann).....	77
<i>Arbitral tribunal is competent despite the lack of ratification of the treaty containing the arbitration clause,</i> par Benjamin Guelfi	85
<i>L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit français,</i> par Arnaud Constans.....	90
Compte-rendu de l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard : « <i>Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international</i> », par Hadrien Bourrellis, Romain Dethomas et Benjamin Guelfi.....	98
COMPTE RENDU DES CONFÉRENCES DE L'AJSP	
<i>Vers une révolution judiciaire : faut-il supprimer le juge d'instruction?,</i> par Arthur Millerand & Valentine Bleicher.....	101

OLIVIER DUHAMEL

La question prioritaire de consitutionnalité



Olivier Duhamel
Professeur des Universités à Sciences Po,
Responsable du cours d'Institutions Politiques.
Auteur de *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil, 2009

Ce 1er mars 2010 commence une nouvelle phase de l'histoire du Conseil constitutionnel. A l'origine, le Conseil a été conçu pour protéger le pouvoir gouvernemental, surveiller et contenir le Parlement. Ce dernier jugeait ses élections, le Conseil s'en chargera. Il ne doit désormais voter les lois que dans le domaine assigné par la constitution de 1958, le Conseil y veillera. Il ne peut contrôler le gouvernement que selon certaines procédures encadrées, le Conseil le surveillera.

Il en alla ainsi une dizaine d'années durant. Puis le Conseil s'émancipa, en osant faire entrer la Déclaration des droits de l'homme dans notre constitution (1971). Puis la saisine fut élargie, accordée à 60 députés ou 60 sénateurs (1974). Enfin ce droit vient d'être reconnu aux justiciables (2008, mise en œuvre 2010). Il fallut vingt ans pour inscrire cette dernière réforme dans notre constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question (...) ».

Concrètement, à l'occasion d'un procès, une partie peut invoquer que la loi qui lui est op-

posée ne respecte pas un droit ou un liberté ayant valeur constitutionnelle. La question est prioritaire en ceci qu'elle doit être examinée avant tout autre, avant, par exemple, celle de la conventionnalité, du respect des traités, de la Convention européenne des droits de l'homme.

La disposition législative contestée doit être sérieuse, concerner le litige et ne pas avoir été déjà tranchée. Le vérifient le juge devant lequel elle est soulevée, puis, s'il est administratif, le Conseil d'Etat, s'il est judiciaire, la Cour de cassation. Une fois ces filtres franchis, le Conseil constitutionnel se prononce dans les trois mois. Dans ce délai, un échange contradictoire a lieu par voie électronique, puis une audience publique durant laquelle les avocats peuvent s'exprimer par oral. Si le Conseil déclare la disposition contraire à la constitution, elle est annulée – ce que l'on appelle l'effet erga omnes.

Au plan des principes, il s'agit d'une révolution dans notre vieux pays légicentriste. La loi perd sa perfection. Même promulguée, elle peut désormais être contestée. Et l'être par un justiciable ordinaire. De ce point de vue, nous devenons une démocratie constitutionnelle ordinaire.

RENAUD DEHOUSSE

Les priorités de la Commission Barroso II



Renaud Dehousse
Professeur des universités en droit public
Directeur du Centre d'Etudes
Européennes de Sciences Po

La Commission Barroso II est entrée en fonction le 10 février dernier. Quelles vont être les priorités de cette nouvelle Commission européenne ?

Renaud Dehousse : Elles sont affichées clairement par le collège. D'une part, poursuivre dans le travail de refonte des politiques qui a été lancé pour faire face au défi du changement climatique, défi pour lequel l'Europe aime à penser qu'elle a un leadership. Et d'autre part, la refonte des politiques économiques et de réforme structurelle qui s'incarnait autrefois dans la Stratégie de Lisbonne (« la méthode ouverte de coordination » qui n'a pas donné les résultats escomptés), pour laquelle la Commission a lancé un débat sur l'Europe de 2020 -débat tiré vers le haut par les déboires de la Grèce, qui ont mis à nu des lacunes béantes en matière de coordination des politiques économiques européennes.

On connaît mal les nouveaux commissaires. Voyez-vous des individualités se détacher ?

R.D : C'est toujours difficile à dire au début du mandat. Le processus de sélection n'est pas très visible et dès lors on n'a pas beaucoup l'occasion d'entendre les impétrants pour se faire une idée de ce qu'ils veulent et de ce qu'il

valent. De plus, la fonction de commissaire constitue pour ceux qui y sont appelés un rôle nouveau, souvent très différent de ce qu'ils ont pu connaître au niveau national. C'est pourquoi il y a souvent une phase d'accoutumance. Ceci dit, on voit a priori moins de personnalités fortes dans cette nouvelle commission que dans les précédentes. S'il est clair qu'on trouve dans la Commission des personnes qui ont eu des responsabilités éminentes dans leurs pays respectifs, il est difficile de trouver par exemple de véritables leaders politiques (le cas de Michel Barnier est à cet égard exemplaire).

Enfin, M. Barroso s'est construit une garde rapprochée de commissaires sortants, jouant ainsi la carte de l'expérience, et dispose grâce au Traité de Lisbonne d'une autorité sur la Commission sans précédent. Il peut ainsi révoquer un commissaire ou encore lui enlever son portefeuille. Son style est beaucoup plus présidentiel que collégial : il gère les dossiers avec le commissaire responsable plutôt qu'avec l'ensemble du collège. On peut penser que ce style va continuer à marquer la nouvelle Commission.

CLÉMENT BIRNBAUM

Le programme doctoral de droit à Sciences Po

Le programme doctoral de droit à Sciences Po

Depuis plus d'un an, l'Ecole doctorale de Sciences Po accueille un ambitieux programme de recherche en droit. Ce dernier est né, comme l'Ecole de droit (voir notre dernier numéro), des réflexions de la Commission Darrois. A l'heure de construire la meilleure école professionnelle possible, il est vite apparu indispensable de doter celle-ci d'un centre de recherche. Comme le souligne le Professeur Mikhail Xifaras, directeur du programme doctoral, « *les meilleures law schools sont celles qui ont une activité de recherche intense, activité qui est toujours corrélée avec l'existence d'un bon programme doctoral. Pour jouer dans la cour des grands, comme c'est notre ambition, nous devons absolument nous doter d'un tel programme* ».

Un plus grand encadrement de l'étudiant

A l'image du projet pédagogique de l'Ecole de droit, le programme doctoral innove. « *En allant piocher des idées dans les meilleures institutions internationales, nous avons créé quelque chose de très original* » nous explique M. Xifaras. Pour mieux comprendre ces innovations, il est utile de comprendre comment se déroule habituellement un doctorat en France. Dans les facultés de droit, l'élève va voir le professeur avec qui il a eu le plus d'affinités pendant son master et lui demande de faire une thèse sous sa direction. Si ce dernier accepte,

l'étudiant travaillera trois années durant sous sa seule direction. Ce schéma, s'il peut donner lieu à une grande expérience intellectuelle – un tête à tête avec un grand esprit – peut aussi tourner à la catastrophe si l'étudiant est laissé à lui-même. Il arrive ainsi que bon nombre d'étudiants ne finissent jamais leur doctorat.

Une des principales innovations du programme doctoral est de permettre un plus grand encadrement de l'étudiant. Tout d'abord parce qu'en plus de son directeur de thèse, le doctorat est suivi par deux superviseurs mineurs, à savoir des professeurs spécialisés dans un domaine distinct mais lié au sujet de la thèse (l'économie internationale sur une thèse de droit international par exemple) qui rencontrent l'étudiant et le guident dans ses lectures. Ces rencontres, obligatoires dès la première année de doctorat, permettent tout simplement - en plus d'enrichir les angles de recherches du doctorant - un suivi plus régulier du doctorant.

Horatia Muir-Watt, professeur permanent de l'Ecole de droit, se félicite du meilleur prise en charge de ses doctorants : « *J'ai pu voir cet encadrement à l'œuvre à Columbia University (où elle a enseigné NDLR) où le travail du doctorant est constamment évalué par plusieurs professeurs en plus du directeur de thèse. Ce dialogue est absolument essentiel. Les travaux des doctorants doivent être exposés à plusieurs regards, alors qu'à la faculté c'est la même personne qui vous suit pendant cinq ans.* ».

Offrir trois superviseurs au lieu d'un seul favorise également une conception plus collective de la recherche en créant une véritable communauté scientifique autour du doctorant. Mieux encadrer les étudiants, c'est aussi les suivre plus tôt dans leur scolarité. Alors que le doctorat commence nécessairement après le master dans les facultés de droit, il est possible d'intégrer le programme doctoral de Sciences Po dès le Master 1. Ce système a un double avantage. D'une part orienter les étudiants désireux de faire un doctorat dès le master. D'autre part, d'être présent sur le marché international suffisamment tôt pour attirer les meilleurs étudiants.

Les élèves ayant intégré le programme doctoral en M1 ou en M2 suivent leur master comme les autres étudiants de Droit Economique ou de CJJ. A deux détails près : ils suivent les cours de pré requis doctoraux, à l'orientation plus théorique et fondamentale, et sont déjà encadrés par leurs superviseurs qui les aident à mûrir leur projet de doctorat. Après le M2, la première année de doctorat proprement dite se passe en France et se conclue par un oral. Durant cette première année le doctorant finalise le plan de sa thèse. Lors de la deuxième année, et c'est l'autre innovation majeure de ce programme, l'étudiant est envoyé à l'étranger.

Une grande ouverture internationale

« Une des analyses que nous faisons de la re-

cherche en France dans le domaine du droit est qu'elle demeure parfois trop souvent hexagonale » nous confie M. Xifaras. « Il n'est plus possible d'ignorer que la globalisation produit des effets sur la pensée juridique elle-même et a de véritables conséquences épistémologiques. Il nous paraît donc tout à fait important de former nos étudiants à d'autres sources que la seule pensée juridique française. Le meilleur moyen d'y parvenir est de les envoyer de par le monde les découvrir ».

Rencontre avec Ivana Isailovic, élève du programme doctoral.

« Je suis diplômée d'un Master 1 en droit international de l'Université Paris 1 et du Master 2 « *Global Business Law and Governance* » en partenariat avec Columbia, où j'ai eu la chance de suivre les cours de Mme Muir-Watt, sous la direction de laquelle je prépare aujourd'hui ma thèse. Si j'ai postulé au programme doctoral de Sciences Po c'est surtout en raison de la très grande nouveauté de ce dernier : je bénéficie ici d'un encadrement qu'il m'aurait été impossible de trouver à l'université. Mais le programme doctoral me laisse aussi le temps pour enseigner : j'étais l'année dernière teaching assistant dans le cours de Mme Muir-Watt et je donne cette année mon propre cours au Collège Universitaire. En un mot j'ai le meilleur des deux mondes : la liberté de la faculté et les avantages de Sciences Po.»

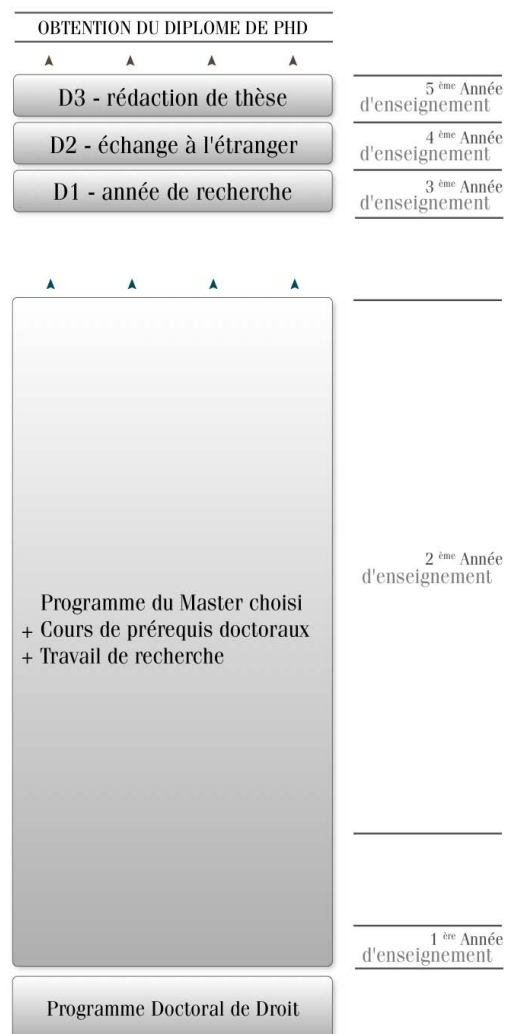
L'Ecole doctorale a pour se faire tissé des liens avec un important réseau d'universités partenaires : Cornell, Mc Gill, Francfort, Turin, Kyoto et bientôt Keio à Tokyo. Les étudiants y sont encadrés par un superviseur local et ont pour seule contrainte d'avoir à rédiger un chapitre de leur thèse.

Mais si les étudiants de Sciences Po partent pour l'étranger, l'échange se fait aussi dans l'autre sens. L'Ecole doctorale reçoit ainsi chaque année des doctorants des universités partenaires qui viennent passer un an à Paris pour poursuivre la rédaction de leurs thèses. Mme Muir-Watt se réjouit d'avoir ainsi à encadrer des étudiants étrangers venus poursuivre leur doctorat à Paris. Cette forte internationalisation du programme est aussi renforcée par la possibilité pour les doctorants de rédiger indifféremment leur thèse de droit en anglais ou en français, une première dans l'hexagone.

Tous ces avantages...ont un prix

Fort encadrement, année à l'étranger, programme en cinq ans... Tous ces avantages ont un seul inconvénient : ils demandent du temps et de l'argent. Pour les étudiants d'abord : ils sont, sauf exception, financés par des bourses qui rendent possibles ces excellentes conditions matérielles. Le programme doctoral est donc directement tributaire du nombre de financements dont bénéficient ses étudiants ; bourses dont on sait à quel point elles sont difficiles à obtenir. A cet impératif de financement s'ajoute

l'exonération des frais de scolarité en master : on comprend aisément qu'elle ne puisse pas être généralisée à un grand nombre d'étudiants.



Plus encore que la contrainte financière, « avoir un tel encadrement demande beaucoup de temps et nous ne sommes pas très nombreux : nous ne souhaitons pas nous trouver dans un ratio supérieur à deux doctorants pour un professeur » ajoute M. Xifaras. C'est pour ces différentes raisons que le programme doctoral ne compte recruter que cinq à sept doctorants chaque année et garder ainsi sa petite taille. « *Small is beautiful* » rappelle M. Xifaras, même s'il reconnaît que « *devant le nombre croissant de candidatures excellentes, nous prenons le risque d'éprouver des frustrations* ».

Quels débouchés ?

Si tous ces avantages ont un prix, ils ont aussi comme conséquence de redéfinir les débouchés possibles pour des doctorants soutenant leur thèse en France. Pour ceux qui rédigent leurs thèses en anglais et aspirent à des carrières internationales, le programme offre des opportunités jusqu'alors inconnues aux étudiants français : année de prospection à l'étranger, partenariats, etc. Mais une thèse en anglais ferme pour l'instant les portes du Conseil National des Universités (l'instance nationale compétente à l'égard du recrutement des enseignants-chercheurs) et exclu une carrière de chercheur dans l'hexagone. Pour les doctorants qui choisiront de rédiger leur thèse en français en revanche, M. Xifaras est confiant : « *le Conseil National des Universités recherche des thèses académiques de théoriciens, une exigence que nous parviendront à satisfaire*

même si notre programme doctoral est différent de ce qui se fait aujourd'hui en France ».

Enfin, si le programme doctoral n'envisage pas encore de former de futurs praticiens, il n'entend pas moins la forte demande des professionnels du droit pour des doctorants aguerris. La petite taille du programme, si elle est l'une de ses plus grandes forces, le contraint pour l'instant à concentrer son attention sur la formation de théoriciens, sa véritable raison d'être. Après tout c'est peut-être ça, la rançon du succès : ne pas pouvoir contenter tout le monde.

Postuler au programme doctoral

Les admissions au programme doctoral ont lieu deux fois par an : le jury se réunit en février et en juin. Tous les candidats, qu'ils souhaitent entrer en M1, M2 ou D1, sont examinés par le même jury et doivent rédiger une lettre de motivation et un projet de recherche. Bien évidemment, le jury a des exigences différentes selon que l'élève postule en M1 ou D1. Pour les jeunes candidats, c'est la lettre de motivation, l'intelligence du projet et enfin le potentiel d'appétence spéculative qui sont privilégiés. Pour les entrées en D1, le projet joue un rôle beaucoup plus important.

Le jury attend qu'il soit original, cohérent et qu'il ait un véritable intérêt théorique. Attention donc, le programme doctoral souhaite que les thèses sous sa direction soient des contributions théoriques significatives dans un domaine de la recherche.

ALEXANDRE KOENIG

L'entreprise : « paradis des juristes » ?

Rencontre avec trois directeurs juridiques

Pour beaucoup d'étudiants et de professionnels, il est tentant de croire que les cabinets d'avocats gravitent au centre de l'univers juridique. La grande majorité des juristes n'exerce-t-elle pas dans des cabinets ? Les grands noms de la profession n'appartiennent-ils pas au monde des avocats ? En outre, n'est-ce pas précisément ces derniers qui captent l'attention médiatique, ou vers lesquels on se tourne spontanément en cas de besoin d'une consultation juridique ? Pourtant, il existe toute une frange de la profession pour qui le travail des cabinets n'apparaît que secondaire, et se situe à la périphérie de leur activité : les juristes d'entreprise. La Revue a donc décidé de changer de perspective et de donner la parole, dans ce dossier, à celles et à ceux qui pratiquent le droit dans l'entreprise. Rencontre au cœur des directions juridiques d'IBM, de Pfizer et de Nestlé.

Trois personnalités, un métier

Au cours du mois de mars, la Revue s'est entretenue successivement avec MM. Savouré, Garnier et Frick, trois directeurs juridiques influents qui ont accepté de partager leurs réflexions sur les grands enjeux de la profession, les spécificités de la pratique du droit en entreprise, ainsi que leur vision quant à l'avenir du métier de juriste dans un monde globalisé.



Après avoir obtenu un DEA de droit des affaires et un diplôme de l'Institut de Droit des Affaires de l'Université de Paris II, **Jean-Charles Savouré** est entré en 1980 chez IBM France, en qualité de juriste. A la suite de plusieurs détachements puis

d'une nomination à la direction juridique d'IBM France, il est désormais Directeur Juridique, Corporate et Concurrence au sein d'IBM Europe.

Il anime et coordonne les équipes juridiques européennes dans les domaines du droit de la concurrence, du droit des sociétés, du droit social, de la protection des données, des achats et de l'environnement. Depuis le 4 décembre 2009, Jean-Charles Savouré est Président de l'Association Française des Juristes d'Entreprise (AFJE). A ce titre, il est l'un des acteurs majeurs du débat sur le rapprochement des professions du droit et a notamment été très actif sur le sujet de la confidentialité juridique.



Ancien étudiant à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris et diplômé de l'Université de Paris-II, **François Garnier** a débuté sa carrière en tant que juriste international au sein des Laboratoires Servier avant de travailler pour Rhône-Poulenc,

où il a occupé plusieurs postes et été détaché pendant deux années et demi aux Etats-Unis.

Après une expérience chez Pharmacia en tant que General Counsel Europe puis avoir été nommé Vice-directeur juridique chez Pfizer, François Garnier est depuis 2009 Directeur Juridique Europe du groupe Pfizer. En outre, François Garnier assume pour un troisième mandat la Présidence du Cercle Montesquieu, association française de directeurs juridiques très impliquée auprès des pouvoirs publics dans les discussions relatives à la création d'une grande profession du droit, notamment par le rapprochement des avocats et des juristes d'entreprise.

Malgré les différences liées à leurs parcours personnels ainsi qu'à la structure ou au secteur de leurs entreprises respectives, Hans-Peter Frick, François Garnier et Jean-Charles Savouré exercent le même métier, celui qui consiste notamment à animer et coordonner des équipes de juristes au sein d'une entreprise. Nous croisons ici leurs points de vue sur différents thèmes, allant de la formation des juristes à l'évolution de la profession, en passant par l'analyse des rapports entre avocats et juristes d'entreprise et de l'avenir des deux métiers. Morceaux choisis...



Après un LLM à l'Université d'Edmonton au Canada et des études de droit anglais à Londres, **Hans-Peter Frick** a obtenu un doctorat en droit de l'Université de Zurich, en Suisse, pays dont il est natif. Il a débuté sa carrière aux greffes du Tribunal de

district puis dans un cabinet d'avocats international à Zurich, avant d'intégrer le service juridique de Hewlett-Packard Europe en 1976.

Il a rejoint Nestlé en 1990, après trois ans passés à la tête de l'International Securities Market Association (ISMA). Il est désormais Directeur de Nestlé S.A., société holding du Groupe Nestlé, Chef du Département juridique du Groupe Nestlé et Directeur général de Nestec S.A., société de gestion et management du groupe Nestlé.

En sa qualité de Chef du département juridique au niveau du Groupe, il supervise les affaires juridiques liées aux sociétés du groupe et leurs filiales dans le monde entier.

La pluridisciplinarité doit être au cœur de la formation des juristes d'entreprise

Jean-Charles Savouré : « Des qualités de communication et de leadership »

J.-C.S. : « La formation dispensée à l'Université est de qualité mais elle reste encore éloignée à la fois des réalités de l'entreprise et des exigences propres au métier de juriste d'entreprise, lequel requiert aujourd'hui des compétences en matière de finances, de gestion, de comptabilité, ainsi que des qualités « transversales » de communication et de leadership - savoir expliquer et convaincre - sans parler de la maîtrise de l'anglais qui est aujourd'hui une nécessité absolue.

Ceci dit, il ne faut pas généraliser, car on voit aujourd'hui se développer nombre de formations résolument tournées vers l'entreprise.

C'est le cas des DJCE ou de certains Master 2 qui proposent des formations combinées de droit et de management. Quant à la double formation, il est certain qu'elle ouvre plus grand les portes. Les formations de type IEP ou écoles de commerce sont à l'évidence des cursus recherchés, en particulier par les directions juridiques des grandes entreprises.

Elles constituent des atouts forts au moment du recrutement et, de ce point de vue, ne peuvent qu'être conseillées à ceux qu'intéresse la pratique à haut niveau du droit en entreprise.

Un passage par une université étrangère, en particulier aux Etats-Unis, est également une très bonne option compte tenu de l'ouverture qu'elle permet sur des systèmes et cultures juridiques différents ».



François Garnier : « Sciences Po a la capacité d'éviter aux étudiants de faire la fac de droit d'un côté et une école de commerce de l'autre »

F.G. « Aujourd'hui Sciences Po a beaucoup changé. Est-ce qu'aujourd'hui le monde du droit a besoin de voir des écoles comme Sciences Po se renforcer dans son cursus universitaire afin d'arriver à un niveau d'excellence utilisant ses compétences, ses réseaux, etc. ? Oui c'est une bonne chose. Le monde de l'entreprise aussi a besoin de cela. Sciences Po, en mélangeant à la fois sa formation générale de très haut niveau avec un enseignement juridique plus spécifique, offre à mon avis une très bonne alternative. Cela ne peut faire que du bien au monde du droit et au monde de l'entreprise, qui pourra accéder à des jeunes diplômés qui ont une capacité à aller au-delà de la simple question juridique. En outre, l'avantage de Sciences Po, est sa capacité, à lui tout seul, d'éviter aux étudiants de faire la fac de droit d'un côté et une école de commerce de l'autre, en réunissant les deux aspects dans un même cursus ».

Hans Peter-Frick : « Une croisée des chemins très importante »

H.P.-F.: « Après l'examen du barreau, je voulais avoir une expérience plus approfondie de l'industrie pour retourner après dans un cabinet d'avocat en ayant une expérience plus importante pour bien comprendre l'industrie. C'est ainsi que j'ai trouvé un poste chez HP à Genève au siège européen en 1976. Mais, les deux ans que j'ai voulu passer là-bas sont finalement devenus... 13 ans ! Tout d'abord parce que le travail y était fort

intéressant, mais aussi car j'y ai rencontré une personne très importante dans ma vie, qui n'avait aucune envie de retourner à Zurich. Au-delà de ces circonstances particulières, c'est il me semble une croisée des chemins très importante pour le juriste ou l'avocat, une étape essentielle avant qu'il ne décide s'il veut s'orienter vers un cabinet ou aller dans l'entreprise. Une fois que vous êtes installés dans l'un ou l'autre, s'est beaucoup plus difficile d'être mobile, notamment pour le juriste d'entreprise qui souhaite intégrer un cabinet après plusieurs années en entreprise ».

L'importance de l'industrie dans laquelle le juriste d'entreprise évolue

François Garnier : « Au paradis des juristes »

F.G. : « Je suis dans le paradis des juristes! Je suis dans une industrie qui est, traditionnellement, extrêmement sensible à la chose juridique. Le médicament évolue à la fois dans un environnement réglementaire extrêmement complexe (fabrication, vente, etc.), qui en outre est très sensible aux problématiques de responsabilité du fait des produits. Le juridique est ainsi perçu à l'égal des autres départements et, à ce titre, il participe activement à la stratégie de l'entreprise dans toutes les directions de toutes les filiales. Et je suis encore plus au paradis des juristes, parce que le CEO et chairman de Pfizer monde, n°1 du médicament, est l'ancien directeur juridique du groupe. Cela donne donc un certain poids au juridique lorsque le PDG a eu un tel parcours. Au-delà de cet élément, dans l'ensemble, l'industrie de la haute technologie et l'industrie pharmaceutique donnent une place très importante au juridique ».

Jean-Charles Savouré : « Bien comprendre ce que l'entreprise attend de lui est déterminant pour la carrière d'un juriste »

J.-C.S. : « Comme beaucoup de sociétés de culture américaine, IBM a très tôt positionné ses juristes de façon à les intégrer dans les processus de décision. Lors de mon entrée à IBM, en 1980, le directeur juridique était déjà membre du comité exécutif. Avec les organisations matricielles et globales, les choses sont devenues plus complexes mais l'approche est restée la même. Chaque entité interne est dotée d'un responsable juridique, qui participe aux réunions de direction et contribue au développement de son organisation. [...]

Je dirais que ce qui détermine la carrière d'un juriste d'entreprise, c'est sa capacité à bien comprendre ce que l'entreprise attend de lui dans le présent, combinée à une aptitude à s'adapter aux changements que requiert son développement. Pour ce qui me concerne, j'ai la chance de travailler pour une entreprise présente à l'échelon mondial et opérant sur un secteur en permanente évolution, avec tout ce que cela implique en termes de changements et d'opportunités nouvelles. Savoir saisir ces opportunités lorsqu'elles se présentent, accepter et savoir gérer les risques qui leur sont associés, tels sont selon moi les principaux ingrédients d'une carrière de juriste, que cette carrière s'effectue au sein d'un groupe ou de plusieurs entreprises distinctes. »

Juriste d'entreprise et avocat d'affaires : deux métiers différents ?

Hans Peter-Frick : « Un homme d'affaires avec une éducation de droit »

H.-P. F. : « En Suisse dès le début le juriste d'entreprise était beaucoup plus opérationnel. La fonction de secrétariat général n'était pas occupée par le directeur juridique. C'était une fonction complètement à part. Le juriste d'entreprise est complètement intégré dans les opérations. Par exemple, au sein du groupe Nestlé, je vois finalement très peu mes directeurs juridiques qui sont toujours au cœur des opérations et voyagent énormément pour être très près des différents marchés. [...] En principe on n'est pas juriste-avocat à l'intérieur de l'entreprise. On est davantage un homme d'affaires avec une éducation de droit. Un juriste d'entreprise a pour mission de donner les solutions plutôt que de montrer les problèmes.

Le client ne veut pas être éduqué sur le problème de droit, il veut avoir une solution, savoir comment il faut faire. C'est là que le juriste peut ajouter de la valeur à l'entreprise. Chez Nestlé, nous avons par exemple changé le cap de l'entreprise : d'une société agroalimentaire, nous sommes devenu une société orientée vers la santé, le bien-être et la nutrition. Cette transformation de l'activité de l'entreprise s'est faite par des acquisitions de sociétés, et c'est dans la conduite de ces opérations, dans la négociation de ces contrats de M&A que les juristes ont apporté leur valeur ajoutée.»

François Garnier : « Être capable de s'exposer sur des sujets non techniques »

F. G. : « Aujourd'hui, on ne demande plus au juriste un simple apport technique, on ne lui demande plus d'être simplement le sachant, c'est-à-dire celui qui va amener une compétence technique sur un sujet. On va désormais lui demander d'utiliser ce qu'il a acquis



dans ses études juridiques –un raisonnement qui est beaucoup lié à la logique, qui permet de pouvoir aboutir à une analyse et une solution précises– et d’appliquer ce raisonnement juridique à des problématiques non-juridiques. On valorise, au sein de l’entreprise, l’avis du juriste sur des sujets autres que juridiques. On est dans ce que les américains appellent la fonction de General Counsel. Le juriste d’entreprise a aujourd’hui un rôle actif en tant que membre du comité de direction, il doit avoir la capacité de s’exposer sur des sujets non techniques et, de ce fait, d’être au niveau du rôle qu’il a dans l’entreprise »

Jean-Charles Savouré : « On touche ici à la question de la différenciation et de la fongibilité des métiers du droit »

J.-C.S. : « Si j’ai pu hésiter au cours de mes études entre divers métiers du droit, la magistrature par exemple, je ne crois pas avoir été tenté par la carrière d’avocat. La raison en est qu’à l’époque, le métier d’avocat se définissait essentiellement par référence à l’activité de plaidoirie. Or celle-ci ne m’attirait pas, à la différence de l’activité de conseil. Par ailleurs, comme je vous le disais, j’ai assez tôt été intéressé par des disciplines, telles le droit de la concurrence ou le droit des sociétés, et l’intérieur de l’entreprise me paraissait être le lieu privilégié pour approfondir ces matières et les pratiquer.

Les choses, aujourd’hui, en iraient différemment vu l’essor des cabinets d’affaires et les compétences qu’ils ont développées dans ces domaines. On touche ici à la question de la différenciation et de la fongibilité des métiers du droit : maintenant que les mêmes disci-

plines sont pratiquées à la fois par les juristes internes et les avocats d’affaires, y a-t-il lieu de continuer à distinguer les deux métiers ? C’est toute la problématique du rapprochement des professions, tel que préconisé par le rapport Darrois. Mais, tant que ce rapprochement n’est pas fait, que dire des mérites respectifs de l’une et de l’autre profession et comment les différencier dans l’esprit des étudiants ? C’est aujourd’hui l’un des objectifs de l’AFJE de contribuer à ce que, en écho à la profession d’avocat déjà largement connue, celle de Juriste d’entreprise améliore son positionnement auprès des étudiants ».

L’internalisation croissante du juridique dans l’entreprise : un défi pour les avocats ?

Hans-Peter Frick : « L’avocat est une prolongation de notre activité interne »

H.-P.F. : « Dans le recrutement de nos juristes, nous cherchons un niveau de qualité qui est équivalent à celui de tout avocat. Nous faisons beaucoup plus de choses en interne qu’avant. Avant on allait souvent consulter un avocat. Aujourd’hui, l’avocat externe, pour nous, c’est une prolongation de notre activité interne. On consulte essentiellement les avocats pour des problèmes qui sont très spécifiques parce qu’il y a un certain savoir faire dans un certain domaine, comme le droit d’information des produits alimentaires. Mais on internalise de plus en plus d’activités qu’on externalisait autrefois auprès des avocats. On les consulte toujours pour trois raisons : d’abord pour résoudre des relations très spécifiques ; ensuite lorsqu’on doit s’appuyer sur leurs réseaux, en particulier dans les M&A à Paris par exemple, où les avocats sont très bien introduits auprès

des banquiers, des politiques, des autorités ; enfin, lors de travaux volumineux que nous ne pouvons pas prendre en charge, comme par exemple tout ce qui touche à la rédaction et à la négociation de gros contrats, par nature très complexes. Effectivement, je dirais toutefois qu'il y a une petite concurrence avec les cabinets externes, notamment lorsqu'ils se permettent de charger des coûts très importants ».

Jean-Charles Savouré : « Il y a complémentarité et non concurrence ».

J.-C.S. : « Si pourvue et compétente qu'elle soit, une direction juridique d'entreprise ne peut prétendre tout traiter en interne. L'extrême spécificité ou technicité de certaines questions juridiques rendront toujours nécessaire le recours à des compétences extérieures. Par ailleurs, l'entreprise est constamment confrontée à des problèmes de disponibilité de ressources. Ces deux problématiques sont de nature à pérenniser, quoi qu'il arrive, la collaboration entre juristes d'entreprise et avocats. Il y a complémentarité, et non concurrence. »

François Garnier : « La présence d'un juriste interne déclenche un recours plus fréquent à l'avocat ».

F.G. : « Il y a un équilibre à faire entre le coût de l'achat de prestations de services juridiques à l'extérieur ou en interne. Il est évident qu'à partir d'un certain coût annuel de frais d'avocats, on se pose la question de savoir s'il n'est pas moins cher d'embaucher un juriste en interne. Chez Pfizer, aux Etats-Unis, lorsqu'on avait une filiale qui arrivait à environ 120 millions de dollars de chiffre d'affaires, on commençait à étudier la

possibilité d'embaucher un juriste en interne. Il existe un paradoxe toutefois : certes on diminue un peu les coûts, mais un juriste interne déclenche souvent un recours bien plus fréquent aux avocats, car il identifie mieux les problèmes juridiques qu'un directeur marketing par exemple. Il va permettre à l'entreprise d'avoir une meilleure appréciation du droit, une meilleure connaissance de ses risques et une meilleure gestion de ses risques. Il est évident qu'en Europe, les budgets c'est souvent 2/3 en interne et 1/3 en externe. C'est souvent un ratio qui est privilégié. »

« Je cherche à développer en interne des compétences clés, des axes prioritaires »

F.G. : « Ceci dit, je cherche à développer en interne des compétences clés, des axes prioritaires. Je suis dans la pharmacie, je développe des médicaments : avoir un spécialiste de droit immobilier ou de droit informatique ne m'intéresse pas. Je veux des gens qui connaissent le médicament, la réglementation, la responsabilité, le droit des brevets, le droit de la concurrence. Je me spécialise en interne dans des compétences clés. Et en général, au bout d'un certain temps, ces compétences sont meilleures en interne qu'en externe.

Il y a très peu de gens sur la place de Paris qui ont la capacité d'avoir ces compétences techniques, parce que les avocats n'ont pas la capacité de passer autant de temps sur des problématiques qui nous sont quotidiennes. Mais il arrive parfois que l'on recrute des gens chez eux qui disposent d'une compétence particulière pour les avoir chez nous, car cela nous revient moins cher en interne ».



Globalisation et délocalisation des services juridiques

Hans-Peter Frick : « Notre business est devenu beaucoup plus international »

H.-P.F. : « D'abord, la communauté européenne est devenue beaucoup plus présente pour tous les juristes. Un autre élément important est la façon marquante dont les Etats-Unis ont vu leur droit s'appliquer de façon de plus en plus extraterritoriale. Un dernier élément majeur est que l'activité de la société Nestlé a changé : beaucoup plus de produits sont vendus dans plusieurs pays. Avant, dans notre métier nous faisons du chocolat pour la Suisse et puis du café pour la France par exemple. Mais, maintenant notre business est devenu beaucoup plus international. C'est un enjeu pour les juristes car il faut satisfaire des questions de droit impliquant les lois de tous les pays pour un seul produit. L'impact sur les claims, les bénéfices qu'on veut mettre en avant pour un certain produit, a également été important: vous pouvez faire cela dans un pays et pas forcément dans un autre, et tout cela a changé du fait de la globalisation du commerce ».

« Dans une entreprise comme la notre, dans notre domaine de R&D on fait environ 1800 contrats par année avec des Universités étrangères. Dans un contexte global, la question de savoir s'il faut délocaliser ou non dépend essentiellement de l'activité concernée. Dans mon service de marque, on a une activité de renouvellement et de dépôt de marques, qui ne doit pas se faire forcément en Suisse. Elle pourrait se faire en Inde. Par contre, un grand contrat qui doit être négocié en face à face entre avocats parisiens ne pourra pas

être informatisé ou externalisé dans un autre pays. Mais dans les procédures les plus répétitives il y a sans doute une marche à faire ».

Jean-Charles Savouré: « La connotation nationale des systèmes juridiques reste forte »

J.-C.S. : « Le coût de la prestation juridique est évidemment une question essentielle pour les entreprises, a fortiori en temps de crise. La délocalisation des services juridiques connaît déjà un début de réalité. Je vois à cela deux raisons : d'une part la globalisation des échanges combinée à l'harmonisation progressive des réglementations, d'autre part l'existence de tâches juridiques à faible valeur ajoutée ne nécessitant pas le recours à des compétences locales spécifiques et donc susceptibles d'être externalisées à faible coût. Mais je ne pense pas qu'il y ait lieu de s'inquiéter de ce phénomène. La connotation nationale des systèmes juridiques reste forte et continuera d'exiger le recours à des compétences locales. »

La spécificité du métier de juriste d'entreprise en Europe

Hans-Peter Frick : « Un désavantage majeur par rapport aux Anglo-Saxons »

H.-P.F. : « La majorité des juristes d'entreprise européens sont handicapés par le fait qu'ils n'ont pas ce que les anglo-saxons appellent le « *legal privilege* » : toute communication que le juriste fait à sa hiérarchie n'est pas protégée. C'est un problème énorme parce qu'on ne peut pas s'exprimer comme on veut, et c'est un problème de coût parce que si jamais on veut dire quelque chose d'important,

il faut passer par l'intervention d'un avocat externe pour protéger cette information.

C'est un désavantage majeur par rapport aux juristes anglo-saxons. Une réforme est en discussion en Suisse mais n'est pas la priorité à l'ordre du jour de l'agenda législatif ».

Jean-Charles Savouré: « L'idée de la spécificité du juriste français relève de l'image d'Epinal »

J.-C.S. : « Quand, chez IBM, je me compare à mes collègues des autres filiales européennes, je constate que nous avons des compétences, des valeurs et des modes opératoires communs. Dans ce contexte particulier d'entreprise, je n'identifie donc pas de réelle spécificité du juriste français, par rapport à ses collègues anglais, espagnols, allemands, néerlandais ou autres. Sans doute la culture de l'entreprise y est-elle pour beaucoup dans cette communauté d'esprit et

de comportement. Mais je me demande si l'idée de la spécificité du juriste d'entreprise français ne relève pas de l'image d'Epinal.

Ce qui, en réalité, le distingue de ses homologues, c'est sa quasi absence de statut réglementaire. Dans les pays que je viens de citer, les juristes d'entreprise sont tous, en pratique, membres d'un barreau, à ce titre soumis à une déontologie et à un statut spécifique. Ceci, vous le savez, est impossible en France. La perception d'un déséquilibre entre les juristes d'entreprise français et leurs homologues européens trouve sa cause dans cette question de réglementation, dont la manifestation concrète la plus évidente est la non reconnaissance du « *legal privilege* ». Le projet actuel de rapprochement des professions devrait, s'il voit le jour, permettre de résoudre cette difficulté. ■

L'avenir du juriste d'affaires en France

VERS LA CRÉATION D'UN STATUT D'AVOCAT EN ENTREPRISE ?

La création d'un statut d'avocat en entreprise est une question importante que chacun de nos interlocuteurs a eu l'occasion d'aborder dans le cadre de ses diverses responsabilités. Ainsi, en tant que membre de la Commission Darrois qui s'est exprimée clairement en faveur de la création d'un tel statut, Hans-Peter Frick a apporté sa pierre à l'édifice. Le Président de l'AFJE Jean-Charles Savouré a lui essentiellement traité la question sous l'angle de la confidentialité juridique. Enfin, François Garnier a lui été entendu par différentes commissions pour exprimer la position du Cercle Montesquieu sur la perspective d'un rapprochement entre avocats et juristes.

Après le tollé suscité par le projet de statut élaboré au milieu des années 1990 par un groupe de travail composé d'avocats et de juristes d'entreprise sous l'impulsion du Bâtonnier de Paris, la question demeure délicate. S'il ne s'agit plus de soumettre les juristes d'entreprise aux règles déontologiques et professionnelles des avocats tout en leur refusant la capacité de plaider, les modalités du rapprochement restent à discuter et font toujours débat. Nous confrontons ici les visions du Président de l'AFJE et du Président du Cercle Montesquieu.

Entretien avec Jean-Charles Savouré, Président de l'AFJE

« *Le rapprochement des professions d'avocat et de juriste d'entreprise est une bonne chose* »

J.-C.S. : « Le rapprochement des professions d'avocat et de juriste d'entreprise préconisé par le rapport Darrois est une bonne chose. En particulier, il permettrait aux juristes internes, devenus avocats en entreprise, de voir leurs avis couverts par le secret professionnel. Ceci dit, les conditions d'un tel rapprochement doivent être analysées de près pour s'assurer que les entreprises y trouvent leur compte et, en particulier, que les juristes actuellement en place, qui ont été recrutés et promus par les entreprises à raison de leurs compétences,

aient accès au nouveau statut. Vous évoquez la question des passerelles. Les passerelles sont par principe de bonnes choses car elles permettent de prendre en compte l'expérience acquise sur le terrain ou sous d'autres horizons. En diversifiant les sources de recrutement, elles évitent aux professions de se rigidifier. Comme vous le savez, il existe une passerelle pour le passage de juriste d'entreprise à avocat, qui exige une ancienneté de huit années au sein d'un service juridique d'entreprise. Nous pensons à l'AFJE que le principe d'une telle passerelle doit être maintenu mais que la durée de huit ans doit être réduite, pour tenir compte de la réalité des compétences des juristes d'entreprise d'aujourd'hui. »

« *Secret professionnel et legal privilege sont deux techniques distinctes mais acceptables* »

« S'il est un domaine dans lequel les juristes d'entreprise français souffrent d'un déséquilibre par rapport à nombre de leurs homologues étrangers, c'est bien celui de la confidentialité de leurs avis. Résumons brièvement les choses: lorsqu'un dirigeant d'entreprise fait appel à son juriste, c'est pour obtenir un avis intègre, éclairé et complet. Or la possibilité pour le juriste ainsi sollicité de s'exprimer librement, et donc d'encourager son entreprise à se conformer à la règle de droit, implique que son avis, une fois rendu, soit protégé par

une totale confidentialité et ne se retrouve pas ensuite dans les mains d'une autorité ou d'un tiers qui pourrait l'utiliser comme élément à charge contre l'entreprise, pour démontrer par exemple que celle-ci a agi en sachant qu'elle violait la loi.

Or le droit français ne reconnaît pas la confidentialité des avis des juristes internes. Il y a là un écueil majeur pour les entreprises françaises, qui se voient ainsi découragées de solliciter des avis écrits de leurs juristes.

Une autre dimension du problème se trouve dans les contentieux internationaux soumis à la procédure de « discovery », par laquelle chacune des parties est requise de produire sa documentation interne. Du fait de l'absence de protection des avis juridiques émis par les juristes internes français, ces avis peuvent être produits – avec toutes les conséquences dommageables qu'on peut imaginer – alors que ceux de la partie adverse resteront confidentiels en vertu de la règle locale inverse. Là sont les enjeux, qui peuvent être considérables et qui expliquent l'engagement de l'AFJE dans ce combat.

Vous évoquez le « *legal privilege* » et le secret professionnel. Ce sont deux techniques distinctes mais les deux sont acceptables. Le secret professionnel a pour lui d'être connu de notre droit, alors que le « *legal privilege* » est un concept de common law. Reste évidemment à bien comprendre comment le secret professionnel pourrait s'appliquer au sein d'une entreprise, qui est une communauté d'hommes, à l'intérieur de laquelle l'information doit pouvoir circuler librement. »

Entretien avec François Garnier, Président du Cercle Montesquieu

Sur la nécessité du rapprochement entre juristes et avocats

F.G. : « En France aujourd'hui, la profession juridique est un petit peu anachronique. De plus en plus de pays ont réorganisé leur profession juridique. A ma connaissance, je travaille depuis des années avec des américains, le lawyer américain ne se pose pas vraiment la question de savoir s'il y a une différence entre être lawyer chez Baker & McKenzie ou lawyer chez Pfizer à New York. Il n'y a pas de différence, ils sont tous lawyers.

Il y a une analogie que j'utilise souvent, qui est le cas des médecins, une profession ordinaire comme les avocats. Le médecin qui est chef de produit viagra chez Pfizer et qui fait des visites médicales sur viagra est sans doute différent du médecin de Médecins Sans Frontières qui part à Haïti pour soigner les gens. Mais ils sont tous les deux médecins, tous les deux dans le même ordre, et ils font un travail certes différent, mais dans une conception de la profession et un statut qui est le même.

A la limite, il y a autant de différence entre l'avocat qui fait du judiciaire à Béthune que avec le Partner en tax de Clifford Chance qui va émerger à 1 million d'euros par an. La diversité au sein d'un même statut n'est pas une raison pour dire qu'il ne s'agit pas de la même chose. C'est pour ainsi dire prendre par le petit bout de la lorgnette la problématique. »



Sur les modalités du rapprochement entre juristes et avocats

F.G. : « Il y a deux façons de prendre l'objectif d'un rapprochement. Il y a d'abord ce que l'AFJE fait beaucoup, qui est de dire, nous on souhaite le statut car il nous permet d'acquérir des atouts dans la gestion du risque juridique, notamment sur le plan de la confidentialité. C'est une façon pragmatique, pas très ambitieuse, mais réelle qui est de dire qu'un statut unique crée un avantage.

Mon ambition est différente. La place du droit dans l'entreprise aujourd'hui est à un niveau inégalé, depuis toujours. A ce titre, il me semble fondamental que l'entreprise française ait à disposition en son sein et de manière globale, un homme qui représente ce droit et la capacité à le gérer avec un statut qui le met au même niveau que ses concurrents à l'international. Et, tant pour la profession que pour la gestion du droit dans l'entreprise, en matière de compétitivité, il est important que la fonction du droit soit harmonisée et concurrentielle avec celle de l'entreprise étrangère concurrente.

Après il y a des choses peut-être plus terre à terre mais qui sont aussi à prendre en considération. Permettre aux juristes d'avoir un statut est en soit très important. Souvent, lorsqu'on est entre juristes, avoir un statut ou pas n'est pas une question importante. Mais si votre fils qui a 6 ans est à l'école et qu'on lui demande ce que fait son papa, personne ne sait de quoi il parle s'il dit que son père est directeur juridique. En revanche, s'il dit qu'il est avocat, tout de suite cela fait une différence. Ce qui montre que sociale-

ment, il y a une reconnaissance de l'avocat, liée à son statut, qui n'est pas négligeable. Et qui donc, de ce fait, permet de pouvoir confirmer en plus le rôle de droit dans l'entreprise.

Parallèlement les avocats aujourd'hui ont un réel problème d'évolution de leur profession. Ils passent leur temps à avoir des débats sur la prospective du métier d'avocat, les jeunes ne veulent plus « travailler à la mine », les femmes qui souhaitent avoir des enfants quittent les cabinets pour l'entreprise, les experts-comptables sont plus compétitifs sur les marchés en province, la fac forme trop les jeunes au judiciaire et pas assez au droit des affaires, etc.

En outre, les avocats français se sont fait capter le marché parisien par les anglo-saxons il y a maintenant une vingtaine d'années et voient bien qu'ils ont un besoin de pouvoir fournir à leurs jeunes générations, tout en restant dans le même statut, une carrière qui permet de passer du cabinet à l'entreprise. Cela donne une possibilité d'évoluer, tout en restant avocat, dans l'entreprise et qui donne une vraie capacité de proposer aux jeunes générations des perspectives de carrières beaucoup plus intéressantes et beaucoup plus flexibles ».

Sur l'influence anglo-saxonne et la mobilité transversale des juristes

« L'influence anglo-saxonne va peut-être s'arrêter un jour, mais pour l'instant, je ne connais que ça. Si on prend un peu de recul, on voit l'intérêt que cela comporte : et pour les jeunes générations et pour celles qui viennent de formation binaire, une perspective d'évolution de carrière à l'américaine est très

séduisante. Dans le système américain, il y a beaucoup d'avocats américains qui passent dans le business au sein de leur entreprise. Cela se fera d'autant plus facilement en France que le statut permettra des allers et retour ».

Si les perspectives mises en avant par nos interlocuteurs sont optimistes et pleines d'espoir pour tous les jeunes juristes, le chemin qui reste à parcourir est encore long. Entre ceux qui arguent que bon nombre d'avocats quittent déjà la profession pour exercer en entreprise et qu'il n'y a donc pas besoin d'un texte pour cela, ou ceux qui pointent le fait qu'il n'y aura pas plus de travail pour une profession unifiée que la somme de celui effectué par les deux anciennes professions unifiées, les critiques fusent.

En outre, d'autres considérations, d'ordre plus technique, risquent de rendre la tâche plus difficile encore : comment admettre par exemple que l'avocat en entreprise puisse avoir des missions d'aide juridictionnelle et de

commission d'office ? Cela serait-il pris en compte sur son temps syndical, ou sur ses RTT ? Les employeurs devront-ils payer également les diverses cotisations propres aux avocats ? Les licenciements pour fautes seront-ils toujours admissible compte tenu du fait que les fautes des avocats sont assurées ? N'y aurait-il pas des interférences de conventions collectives entre la convention des avocats salariés et celle de l'entreprise dans laquelle l'avocat exercera ?

Ces questions, soulevées par Jean-Michel Hocquard en début d'année (Gazette du Palais, 09 février 2010, n°40, p.12), montrent à la fois l'ampleur de la réforme à entreprendre et le combat que ses défenseurs devront mener.

Les passerelles espérées par les jeunes juristes espérant naviguer d'une profession à l'autre avec souplesse et flexibilité sont sans doute encore loin d'être jetées. Même si les avancées sont réelles, le choix d'une profession ou l'autre reste encore déterminant dans la carrière d'un juriste français. ■

Conclusion à destination des étudiants indécis : AVOCATURE OU ENTREPRISE ?

A titre de conclusion, la Revue recense ici quelques conseils que Jean-Charles Savouré, François Garnier et Hans-Peter Frick ont bien voulu nous donner à destination des étudiants hésitant encore entre une carrière d'avocat ou une carrière de juriste d'entreprise.

La valeur ajoutée du métier de juriste d'entreprise par rapport à celui d'avocat

J.C.-S : « Le juriste d'entreprise est au cœur de l'entreprise qui l'emploie. Bien qu'intellectuellement indépendant, car ainsi le veut la matière juridique, il fait corps avec son entreprise. Il la voit et la suit de l'intérieur. Nul n'est mieux placé que lui pour la conseiller et la guider dans son développement quotidien. »

F.G : « Un des grands avantages dans l'entreprise, c'est que vous passez votre temps à voir des gens qui ne sont pas des avocats. Donc, évidemment, ils passent leur temps à venir vous voir, vous demander un conseil, une aide, et il y a un réel intérêt à être le seul sachant. C'est souvent beaucoup plus valorisant. Et puis on a ce que n'ont pas les avocats : la possibilité de suivre les projets du début jusqu'à la fin, on connaît l'entreprise de A à Z, on connaît bien les opérationnels, on est « les mains dans le cambouis ». On peut également influencer beaucoup plus facilement les décisions : parfois même, on se rend compte que c'est nous qui prenons les décisions, y compris les décisions de business ».

Comment se déterminer ?

Enfin, tous trois insistent sur la nécessité de tester les deux métiers avant de se déterminer. Nous laisserons le mot de la fin à François Garnier, selon qui le métier de juriste de l'entreprise est plus demandé que jamais.

« L'appétence au droit de l'entreprise est réelle »

F. G. : « Ce dont je suis persuadé, c'est que le métier de juriste de l'entreprise, que ce soit à l'extérieur ou dedans, est un métier qui est porteur. On assiste à des phénomènes de régulations qui deviennent de plus en plus étendues, les entreprises sont dans des démarches éthiques et vertueuses de plus en plus importantes parce que le risque à la fois médiatique et financier de la non-conformité devient de plus en plus grave. L'appétence au droit de l'entreprise est réelle, le risque juridique est de plus en plus grand, l'environnement est de plus en plus complexe est réglementé... La demande pour des juristes qui puissent y répondre est de toute façon en croissance ».

« Choisissez ce que vous ne voulez pas faire ! »

« Dans tous les cas, choisissez ce que vous ne voulez pas faire ! Cela est plus facile. On peut toujours dire que l'on ne veut pas se retrouver dans un bureau à rédiger des mémoires ou des conclusions écrites toute la journée. Est-ce que l'on veut voyager ? Est-ce que l'on veut voir des gens ? Il est plus facile d'exclure que de choisir. En fonction de cela, c'est peut être une bonne piste. Enfin, il faut essayer de choisir principalement des gens avec qui l'on s'entend, ça c'est important ».

DOSSIER THÉMATIQUE :

L'ARBITRAGE ET SES ÉVOLUTIONS

Présentation et supervision par Mathias Audit,
chargé d'enseignement à SciencesPo.

*L'arbitrage en matière administrative :
histoire, hasard, préjugés, raison ?*

par Dominique Foussard (Avocat au Conseil
d'Etat et à la Cour de Cassation)

*Quelques remarques sur la reconnaissance et
l'exécution des sentences arbitrales CIRDI*,*
par Ana Atallah (Reed Smith)

Evolution de l'arbitrage et droit communautaire,
par Benoit Marpeau (Cotty Vivant
Marchisio & Lauzeral)

*Les clauses compromissoires dans les
connaissements : évolutions et perspectives,*
par Charles de Corbière (Villeneuve, Rohart
Simon & Associés)

*Time for a change ? Revision of the
ICC Rules of Arbitration,*
par Simon Greenberg et Francesca Mazza
(ICC International Court of Arbitration)

*The globalization of international
commercial arbitration,*

par Maxi Scherer (Wilmer Cutler Pickering
Hale and Dorr LLP London)

Modernité et spécificité de l'arbitrage OHADA,
par Olivier Cuperlier (Arbitre agréé
par le CMAP)

*Arbitrage et médiation :
« La Thébaïde ou les frères ennemis » ?*
par Antoine Adeline (Hammonds Hausmann)

*Arbitral tribunal is competent despite the lack of
ratification of the treaty containing the
arbitration clause,* par Benjamin Guelfi

*L'indépendance et l'impartialité
de l'arbitre en droit français,*
par Arnaud Constans (Elève en M2
de Droit Economique)

*Compte-rendu de l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard
« Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage in-
ternational », par Hadrien Bourrellis, Romain
Dethomas et Benjamin Guelfi*

MATHIAS AUDIT

Présentation du dossier thématique



Professeur à l'Université de ParisX
Chargé d'enseignement à Sciences Po

Depuis quelques années des liens resserrés se sont tissés entre l'arbitrage et Sciences Po. Au delà même du fait que la matière, en elle-même, fait l'objet de nombreux enseignements dans les différents cursus de l'Ecole de droit, on rappellera la création d'une spécialité Contentieux économique et arbitrage sous la direction du Professeur Cohen dans le cadre de la seconde année du Master de droit économique. Mais outre ce volet académique, la présence de l'arbitrage à Sciences Po est également renforcée par le succès que connaît le Concours d'arbitrage de Paris depuis son lancement en 2005 par la Chaire Régulation.

Il était donc naturel que, pour cette nouvelle livraison de la Revue des juristes de Sciences Po, le thème de l'arbitrage et de ses évolutions ait été retenu. Le projet était d'autant plus pertinent qu'à l'instar des autres modes alternatifs de règlement des différends, l'arbitrage connaît un succès grandissant.

Ce ne sont plus uniquement les grands litiges du commerce international qui sont désormais communément tranchés par la voie de l'arbitrage ; des contentieux commerciaux plus modestes, souvent même tout entier enfermés dans l'hexagone, tombent désormais fréquemment dans son escarcelle. Ceci s'explique certainement par les nombreuses vertus qui lui sont prêtées : la rapidité du règlement du con-

tentieux, l'expertise des arbitres, la liberté de choix tant en matière procédurale que sur le fond et surtout, peut-être, la confidentialité.

Mais ces différents avantages traditionnellement attachés au règlement d'un litige par la voie de l'arbitrage, et dont la pertinence pourrait du reste parfois être réévaluée, n'ont pas empêché l'émergence de voix plus critiques à l'égard du mécanisme pris en tant que tel. Ses contempteurs se sont notamment emparés de certaines affaires fortement médiatisées, mais qui ne sont pas en réalité véritablement représentatives de la pratique arbitrale dans son ensemble.

Contrairement à ce qui a pu être écrit, l'arbitrage n'est pas une « justice privée », en ce sens qu'elle échapperait totalement au regard de l'Etat et du droit. Il s'agit bien plus exactement d'une « justice » rendue, certes par des « personnes privées » mais sous le contrôle du droit.

La constitution des tribunaux arbitraux font l'objet d'une réglementation précise dans tous bien des droits nationaux – et ils sont nombreux – disposant d'une législation en matière d'arbitrage.

Quant aux sentences, une fois prononcées, elles peuvent être annulées ; leur exequatur sur le territoire d'un Etat peut être écarté.



Tout ceci démontre à l'envi que le droit et les Etats ne sont pas en reste : l'arbitrage fait bien l'objet d'un encadrement juridique, qu'il soit national ou fixé par des traités internationaux.

Pour autant, bien évidemment, au pays de l'arbitrage, tout n'est pas parfait. Comme toutes les pratiques juridiques, celle-ci appelle certainement sur certains points des développements, voire des corrections. C'est tout l'intérêt du présent dossier thématique.

Il n'a pas vocation à passer en revue l'ensemble de la matière et la pratique y afférente. C'est plutôt une présentation de certaines évolutions en cours ou à venir du droit de l'arbitrage, que les différents contributeurs ont tâché de présenter ici. On y traitera ainsi de la confrontation de l'arbitrage à ce qui constitue, pour lui, de nouveaux champs : le droit administratif et le droit européen.

Mais des domaines qui lui sont plus familiers ne sont pas pour autant négligés, et l'on pense ici au commerce maritime ou aux relations entre Etats et investisseurs étrangers.

Les développements contemporains du mécanisme ne se font du reste pas uniquement en direction d'autres champs du droit ; il sont également géographiques et on verra à ce-

tte occasion que le monde arabe et le continent africain sont pourvus de mécanismes propres, tâchant d'adapter l'arbitrage aux spécificités culturelles qui sont les leurs.

Le dossier tâchera également d'entrer dans la technique arbitrale pour mettre en exergue les évolutions méthodologiques à venir. Ses liens avec cet autre mode alternatif de règlement des différends que constitue la médiation sont ainsi mis en lumière. La procédure arbitrale est également à l'honneur avec un point particulièrement éclairé sur tant la modification à venir du Règlement de la CCI que le syncrétisme des traditions procédurales que permet effectivement l'arbitrage, en tout cas international.

Enfin, on ne pouvait imaginer de traiter de cette matière sans en évoquer le pilier central, celui sans lequel l'institution dans son ensemble ne saurait subsister, c'est-à-dire l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre.

En ouvrant leurs colonnes tant à des praticiens confirmés qu'à des étudiants talentueux et prometteurs, les responsables de la présente Revue sont en définitive parvenus à réunir, dans ces quelques pages, l'ensemble des thèmes qui, aujourd'hui, traversent la pratique de l'arbitrage ; ils ne peuvent qu'en être félicités. ■

DOMINIQUE FOUSSARD

L'arbitrage en matière administrative

HISTOIRE, HASARD, PRÉJUGÉS, RAISON ?



Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

L'arbitrage en matière administrative est à l'ordre du jour, et le sujet éveille l'intérêt quand il n'attise pas les passions.

Qu'il suffise d'évoquer l'arbitrage opposant le Crédit Lyonnais et CDR Créances à Bernard Tapie¹ : bien qu'intervenu entre personnes de droit privé, ce sont les rapports entre l'arbitrage et l'Etat qu'ont évoqués les débats parlementaires et la grande presse encore tout récemment² ; ou bien les travaux du groupe de travail constitué à la demande du Premier Ministre sous l'égide du Conseil d'Etat³ et l'ample débat que ses conclusions ont suscité dès la publication du rapport⁴ ; ou bien encore les interrogations des auteurs et des praticiens, comme de l'administration et des opérateurs économiques, qui surgissent, de façon récurrente, à propos du contrat de partenariat, dans la mesure où il doit comporter une clause relative au règlement des différends, et peut dès lors être assorti d'une convention prévoyant le recours à l'arbitrage⁵.

Articles, thèses, chroniques, notes, colloques se succèdent sans relâche⁶. Leur but est d'informer et d'aider à comprendre. Mais - et le phénomène n'est pas rare - les échanges sont si riches, multipliant arguments et objections en tout sens, cependant que le ton est parfois si vif, relevant moins de la dialectique, toujours saine, que de la polémique, toujours vaine, qu'en définitive

la matière en devient, pour qui veut se faire une opinion, hors le cercle d'un petit groupe d'initiés, souvent déroutante, voire carrément obscure. Essayons d'y voir clair. Dans l'ordre chronologique, une première question se pose.

Elle concerne les parties face à l'arbitrage. Sa formulation est simple : les parties sont-elles autorisées à recourir à l'arbitrage et, dans l'affirmative, dans quels cas ? Une seconde question lui fait suite. Elle concerne l'arbitrage face au juge. A son tour, elle est aisée à formuler : s'il y a arbitrage, quel juge a vocation à en connaître⁷ ?

I. LES PARTIES FACE A L'ARBITRAGE

Une évolution inéluctable

Il est interdit aux personnes morales de droit public – Etat, collectivités territoriales, établissements publics – de recourir à l'arbitrage. Tel est, gravé dans l'airain, et en l'état, le sens du droit positif⁸. Qu'elles interviennent sous l'autorité du droit public ou qu'elles empruntent les procédés du droit privé, peu importe, la voie de l'arbitrage leur est fermée. Il est permis de penser que cette règle est l'effet d'une malchance, et que si elle a été érigée en un dogme, certes assorti de compromis, elle est devenue au fil du temps contestable et qu'elle est, par suite, vouée au dépérissement, et dès lors sans avenir.



Une malchance

L'arbitrage, dit-on, fait traditionnellement mauvais ménage avec le droit administratif. Entendez par là qu'on répugne, dans l'ordre administratif, à recourir à ce mode de règlement des litiges. Le constat est exact : la prohibition, de fait, est presque bi-séculaire puisque née sous la Restauration. Mais on peut penser que sa consécration a été l'effet d'une double malchance. La première tient au contexte. L'époque révolutionnaire avait promu l'arbitrage.

Prenant le contre-pied, le XIX^{ème} siècle a fait preuve de défiance, et il a peiné à en admettre l'intérêt et l'efficacité⁹. Le contexte n'était donc pas propice. Surtout les premières affaires à propos desquelles la question – celle de la licéité du recours à l'arbitrage – a été posée, avaient trait à des liquidations de marchés publics suspectés (à tort ou à raison) d'avoir été le siège de malversations.

L'affaire du banquier Ouvrard, notamment, a fixé la jurisprudence. Or, elle a défrayé les chroniques de l'époque. L'opinion publique aurait difficilement compris qu'un arbitre puisse constituer l'Etat débiteur dans de telles conditions. Fort de son appui, le ministre compétent a repris les choses en mains et fait consacrer, sans trop de mal, l'interdiction faite à l'Etat de

compromettre¹⁰. Bref l'époque n'était pas favorable à l'arbitrage, mais la nature des affaires, et la perception qu'en avait l'opinion publique, n'incitaient pas davantage à l'ouverture.

En d'autres temps, confronté à un partenaire de meilleur aloi, l'arbitrage aurait pu connaître un autre sort¹¹. Pour une large part, la conjoncture l'a condamné. L'état du droit était désormais figé, une fois pour toutes, sans rémission.

D'où un dogme

La règle posée a été accueillie sans contestation. Elle a été répétée. Puis elle a figuré au nombre des prérogatives inhérentes au statut de la personne morale de droit public, au même titre que le privilège du préalable, l'absence de compensation, l'interdiction de payer ce qui n'est pas dû, le droit d'émettre un titre exécutoire, la déchéance puis la prescription quadriennale. La réflexion, il est vrai, a toujours achoppé sur un point, à savoir son fondement. Il a varié dans le temps. On a mêlé considérations de technique juridique et considérations de stricte opportunité. Rattachée à l'origine à des textes, la solution été promue au rang d'un principe général du droit. Pour autant, l'érection d'un principe n'a pas été l'occasion d'une mise à jour conduisant à l'identification d'un fondement assuré¹².

Certes, et pour faire bref, on sent bien l'existence d'une réticence, dès lors que l'administration est en charge de l'intérêt général. Mais c'est un intérêt général atténué qui est en cause, par la force des choses, puisque la prohibition est édictée *ad personam* et vaut, il faut le rappeler, quel que soit le domaine de l'activité, qu'il soit assujéti au droit administratif ou au droit privé. A la vérité, la règle a toutes les caractéristiques d'un dogme. C'est un point incontestable, et il ne souffre pas la discussion. Mais dans le même temps, il puise sa force, moins dans une démonstration que dans une opinion, et c'est le produit, non pas tant d'un acte de raison que d'un acte d'autorité.

Assorti de compromis

A l'origine absolu, le principe de la prohibition du recours à l'arbitrage a subi une sorte d'érosion. Entorses et exceptions sont apparues au fil du temps. Evoquons-les rapidement. Du côté du droit privé, et par l'effet d'une création prétorienne, la Cour de cassation a écarté l'interdiction lorsque l'opération, étrangère à la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ou au fonctionnement d'un service public, s'analyse en une opération du commerce international¹³. Du côté du droit administratif, le Conseil d'Etat, dès lors que la solution résultait d'un principe, avait

la faculté de modeler, et donc de restreindre, le champ de l'interdiction. Il s'y est refusé¹⁴.

Sans doute a-t-il estimé que seul le législateur pouvait avoir une vue d'ensemble ou que les exceptions susceptibles d'être aménagées ressortissaient plus à l'opportunité qu'au droit strict. Il s'est borné à tirer les conséquences des interventions du législateur, sans faire œuvre créatrice. Le législateur, pour sa part, s'est longtemps désintéressé de la question. Lorsqu'il s'en est emparé, il a procédé au coup par coup, dans le désordre, se bornant à satisfaire des besoins immédiats, *a fortiori* sans réflexion préalable suffisamment approfondie. Lors de l'exposition universelle de 1900, des conventions d'arbitrage ont été insérées dans les marchés. Le législateur est intervenu, en 1906, pour éviter qu'elles ne fussent déclarées illicites¹⁵. Sous la pression d'un opérateur étranger, le législateur a voté, en 1986, une loi *ad hominem* pour permettre l'établissement, à l'est de Paris, d'Euro-Disneyland¹⁶.

Entre temps, et dans les années d'après-guerre, pas plus que le juge, le législateur n'a estimé opportun d'ouvrir l'arbitrage aux établissements publics à caractère industriel et commercial pour celles de leurs activités ressortissant au droit privé¹⁷.



Ici ou là, au gré de la conjoncture, des lois ont été votées pour autoriser l'accès à l'arbitrage d'entités ayant une vocation internationale¹⁸. Mais il est arrivé aussi qu'une loi fût votée, pour permettre le recours à l'arbitrage, et qu'elle reste ensuite sans lendemain, faute de règlement d'application. Est-il besoin de dire que la matière, largement laissée en déshérence, siège d'interventions législatives désordonnées, est devenue peu cohérente, en tout cas difficilement intelligible ?

Devenu contestable

Les critiques adressées à l'interdiction de compromettre sont de plusieurs ordres. Rappelons-les, de façon schématique.

L'acculturation de l'arbitrage : l'arbitrage est aujourd'hui considéré – sans nier ses défauts et ses dangers – comme un mode normal de règlement des litiges.

La *nécessité* de l'arbitrage : au moins en matière internationale, c'est le seul mode de règlement des litiges qui soit acceptable, dès lors qu'il n'est pas concevable pour l'une et l'autre des parties de se soumettre au juge de l'Etat de son partenaire.

L'expérience de l'arbitrage : au fur et à mesure

que les procédures arbitrales sont mises en place, dans le cadre des exceptions existantes, l'administration acquiert l'expérience de l'arbitrage, en perçoit les mérites et les inconvénients, et est mieux à même de connaître l'institution et d'en maîtriser les rouages.

Les *garanties* de l'arbitrage : le recours à l'arbitrage suppose un accord de volontés ; ce point essentiel doit être rappelé : une partie peut toujours accepter ou refuser d'accepter la convention d'arbitrage, et lorsqu'elle l'accepte, elle a toujours la faculté d'imposer ou en tout cas d'ouvrir une négociation sur les modalités de la procédure arbitrale. Les *limites* de l'arbitrage : à l'égard de certains rapports, l'arbitrage doit être résolument écarté.

C'est le cas des rapports relevant du droit de la consommation. C'est également le cas de certains rapports relevant du droit administratif – rapports nés des actes unilatéraux ou rapports relatifs aux agents publics. De la même manière, la réponse appropriée réside, non plus dans une prohibition visant les personnes, mais dans l'institution de règles touchant à l'arbitrabilité des litiges et articulées, non pas sur les personnes, mais sur la nature des rapports qui sont en cause. Ce qui postule une autre approche du droit de l'arbitrage.

Par suite sans avenir

Personne ne défend plus le droit de l'arbitrage en matière administrative, dans sa facture actuelle. Le Conseil d'Etat, comme le pouvoir politique, en est convaincu¹⁹. Il faut simplement trouver le temps ou l'occasion d'une réforme.

II. L'ARBITRAGE FACE AU JUGE

Un régime indécis

Lorsque les parties choisissent de recourir à l'arbitrage, c'est qu'elles préfèrent la juridiction de l'arbitre à la juridiction du juge. Les deux voies de droit devraient de prime abord s'ignorer. Toutefois, des points de contact existent. En premier lieu, bien qu'ayant souscrit une convention d'arbitrage, une partie peut néanmoins saisir le juge, au besoin en excipant de la nullité de la convention d'arbitrage ou en soutenant qu'elle n'est pas applicable.

En deuxième lieu, des difficultés de toute sorte sont susceptibles de surgir au cours de l'instance arbitrale, qu'il faut lever, et seul le juge, intervenant alors comme « juge d'appui », est apte à les résoudre. En troisième lieu, une fois la sentence rendue, il faut la revêtir de l'*exequatur* pour qu'elle puisse être l'objet d'une exécution forcée, chaque

fois que la partie condamnée se refuse à s'y conformer, et c'est l'œuvre du juge que de lui conférer ce caractère exécutoire. Ou bien encore une partie peut former un recours, si elle estime que la sentence est affectée d'un vice, et c'est également la mission du juge que de dire si ce recours est ou non fondé.

Laissons de côté les deux premières hypothèses, non pas pour nier les difficultés qu'elles suscitent mais pour en faire l'économie ici, *brevitatis causa*. Tout le monde s'accorde, ou peu s'en faut, en France au moins, pour dire que, sauf rares exceptions, le juge étatique, placé en présence d'une convention d'arbitrage, doit s'abstenir de juger pour renvoyer la partie qui l'a saisi devant l'arbitre. C'est le principe dit « compétence-compétence » : l'arbitre est le juge de sa propre compétence, et il faut le laisser se prononcer avant que le juge étatique ne puisse s'emparer de la question, au stade de l'*exequatur* ou du recours.

De même, s'il y a une réelle hésitation quant au point de savoir qui, du juge administratif ou du juge judiciaire, en cas de difficulté, et en présence d'un rapport ayant les caractéristiques d'un rapport de droit administratif, doit intervenir comme juge d'appui, il pourrait être admis, sans trop de difficultés, que l'activité de l'arbitre est une activité de



droit privé et que c'est au juge judiciaire qu'il incombe de vaincre les obstacles qui jalonnent le cours de l'instance arbitrale. Mais des fractures apparaissent, dès lors qu'il s'agit de déterminer qui, du juge administratif ou du juge judiciaire, et là encore en présence d'un rapport qui a les caractéristiques de droit public, a compétence pour accueillir la sentence arbitrale ou la refouler, que ce soit dans le cadre d'une procédure d'*exequatur* ou dans le cadre d'un recours visant à l'anéantissement de la sentence. Des points de vue opposés s'affrontent, avec vigueur sinon vivacité. C'est le siège d'une controverse. Tentons d'en saisir les enjeux, d'en comprendre l'objet et d'en entrevoir le dénouement.

Les enjeux

- LE CHAMP DES ENJEUX

Rapports de droit public et rapports de droit privé. Personne ne conteste la compétence du juge judiciaire pour connaître de l'arbitrage dès lors que le rapport ressortit au droit privé, quand bien même il concernerait une personne morale de droit publique. Le débat porte, et porte exclusivement, sur ceux des rapports échappant au droit privé qu'est susceptible de nouer une personne morale de droit public²⁰. *Person-*

nes morales de droit public françaises et personnes morales de droit public étrangères. Le débat ne concerne que les personnes morales de droit public françaises. Il a toujours été admis et il est accepté par tous que les rapports entre une personne de droit public étrangère et une personne de droit privé, quelle que soit la nature de ces rapports, ne sont justiciables que du juge judiciaire, et la solution s'applique tout naturellement en matière d'arbitrage. *Arbitrage interne et arbitrage international.* Logiquement le débat devrait concerner tant l'arbitrage interne que l'arbitrage international. En pratique, il ne concerne que l'arbitrage international.

Ceux qui revendiquent la compétence judiciaire en matière d'arbitrage admettent ou admettraient, assez facilement, que les sentences arbitrales rendues en matière interne ressortissent à la compétence du juge administratif. Ce sont bien les sentences rendues en matière internationale, accessoirement les sentences étrangères, qui font difficulté.

- LA NATURE DES ENJEUX

Les enjeux sont de nature fort diverse. Evoquons pêle-mêle les enjeux dicibles ou indicibles, avoués ou latents, ouvertement revendiqués ou prudemment tus.

L'enjeu est d'ordre *économique*. Aux yeux de certains, le but est de défendre la France, Paris plus spécialement, en tant que place d'arbitrage et de maintenir l'activité qu'y déploient les spécialistes de l'arbitrage. L'enjeu est également d'ordre *institutionnel* : une ligne de partage doit être tracée entre le champ d'intervention des deux ordres de juridictions, l'ordre administratif et l'ordre judiciaire.

D'autant que ce qui vaut pour l'arbitrage a vocation à être étendu, en l'absence d'arbitrage, quant à la répartition des compétences pour connaître des contentieux relatifs aux contrats internationaux. L'enjeu est encore *doctrinal*. La doctrine de droit privé s'intéresse, *via* l'arbitrage et le droit international privé, aux contrats conclus par l'Etat ou les collectivités locales, dans le cadre des relations internationales. Le rattachement des contentieux relatifs à ces contrats à l'ordre judiciaire clarifierait les frontières entre disciplines.

Mais l'enjeu est surtout d'ordre *substantiel*. Il y va du régime même de ces rapports et là est sans doute le point névralgique de la controverse. Une option est ouverte. Ou bien l'on considère que les rapports internationaux que nouent les personnes morales de droit public, adossés à l'arbitrage, se dépouillent des caractéristiques justifiant d'ordinaire la

compétence du juge administratif. Ou bien l'on considère au contraire que si même les personnes morales de droit public évoluent en matière internationale, et sous l'égide de l'arbitrage, les rapports qu'elles instaurent restent marqués du sceau du droit administratif et cette circonstance justifie, nonobstant le caractère international des relations, le maintien de la compétence du juge administratif.

D'une controverse²¹

- LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA COMPÉTENCE DU JUGE JUDICIAIRE

L'*unité* du droit de l'arbitrage. L'idée est qu'il faut un droit d'arbitrage unique, pour éviter notamment les problèmes de frontières et qu'un corps de règles unique implique que le contentieux, fût-il administratif, soit regroupé devant le juge judiciaire.

La *clarté* du droit de l'arbitrage. Elle est d'autant plus importante que les règles en cause s'adressent à des usagers étrangers, qu'il s'agisse des parties ou de leurs conseils, qui doivent être en mesure d'en comprendre le sens et l'économie. L'*égalité* de traitement. Dès lors que les Etats étrangers ou les collectivités publiques étrangères relèvent de la compétence du juge judiciaire, rien



ne justifie, les uns et les autres opérant en matière internationale, que l'Etat français et les collectivités publiques françaises soient soustraits de la compétence du juge judiciaire. Il faut les soumettre à un traitement unique sous l'angle de la compétence.

L'expérience du juge judiciaire en matière internationale. Le contentieux de l'arbitrage international est regroupé devant la Cour d'appel de Paris. Elle a une longue pratique de ce type de litiges. Elle connaît notamment de procédures intéressant les Etats étrangers ou collectivités publiques étrangères. Elle est la mieux placée pour traiter du contentieux lié aux relations internationales quand bien même l'Etat français ou les collectivités publiques françaises seraient en cause. Déjà opportun, le regroupement est de surcroît autorisé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le terrain de la bonne administration de la justice.

Retenue du juge étatique au stade du contrôle de la sentence. La révision de la sentence étant exclue, le juge doit faire preuve de retenue, au stade de son contrôle, pour éviter de se substituer à l'arbitre et les débats au stade du contrôle de la sentence portent, pour l'essentiel, sur des questions de procédure nées du déroulement de l'instance arbitrale.

- LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA COMPÉTENCE DU JUGE ADMINISTRATIF

La *pertinence* des critères habituels de répartition. C'est la nature des rapports qui détermine l'ordre de juridictions compétent. Ces critères demeurent appropriés, si même l'Etat ou les collectivités publiques évoluent en matière internationale. *L'indifférence* du recours à l'arbitrage. Le contentieux peut être porté devant un arbitre. A partir du moment où il revient dans le giron du juge étatique, les règles habituelles, relatives à la répartition des compétences, recouvrent leur empire. *L'unité* du droit de l'arbitrage en tant qu'il concerne les rapports de droit public. Si les sentences au sein de l'arbitrage interne relèvent du juge administratif, il doit en aller de même des sentences rendues en matière internationale.

Nécessité d'un juge unique pour connaître du contentieux relatif aux sentences arbitrales et du contentieux relatif aux actes unilatéraux qui accompagnent les contrats de l'administration. Contrats et actes unilatéraux s'entremêlent et il importe que les contestations afférentes aux uns ou aux autres soient réunies devant le même ordre de juridiction.

Prépondérance et *spécificité* de l'ordre public. Si même le juge doit faire preuve de retenue,

quant à son contrôle, face à une sentence arbitrale, il doit néanmoins assurer le respect de l'ordre public international et l'ordre public international doit inclure nécessairement des considérations propres à l'action administrative que le juge administratif est le mieux à même de saisir et de mettre en œuvre²².

Appelée à se dénouer

Cette question qui nous retient, celle de la compétence du juge administratif ou du juge judiciaire, en présence d'une sentence arbitrale, devrait recevoir prochainement une réponse de la part du Tribunal des conflits.

En peu de mots, une convention a été conclue entre l'INSERM – établissement public administratif – et une fondation de droit norvégien, en vue de l'édification, en France, dans le cadre d'une offre de concours, d'un bâtiment affecté à la recherche. Saisie par l'INSERM, à la suite de la sentence, la Cour de Paris, par un arrêt du 13 novembre 2008²³, a retenu sa compétence, motif pris de ce qu'elle était en présence d'un arbitrage international, et rejeté le recours. L'INSERM a alors saisi le Conseil d'Etat pour obtenir à nouveau l'annulation de la sentence. Par arrêt du 31 juillet 2009, le Conseil d'Etat – après avoir re-

tenu sa compétence au sein de l'ordre administratif – a renvoyé l'affaire devant le Tribunal des conflits, estimant qu'il était en présence de difficultés sérieuses au sens de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849²⁴. Réserve faite du cas où le Tribunal des conflits se heurterait à un obstacle de procédure – ce qu'on ne peut jamais exclure – il devrait donc prendre parti sur la répartition des compétences. A cette occasion, il sera peut être appelé à s'interroger sur le point de savoir s'il est ou non en présence d'une relation à caractère international et déterminer s'il doit faire siens ou non les critères que retient le Code de procédure civile pour distinguer l'arbitrage interne et l'arbitrage international.²⁵

C'est dire que la décision du Tribunal des conflits – qui devrait intervenir avant l'été – est attendue par tous avec la plus grande impatience et le plus vif intérêt. ■

Notes

1. TA Paris, 8 octobre 2009, *M. François Bayrou et autres*, AJDA 2009.2350.
2. *Le Monde*, 28 février-1er mars 2010, entretien avec Didier Migaud, p. 8.
3. Le rapport du groupe de travail est disponible sur le site Internet du Ministère de la Justice : www.justice.gouv.fr. Il a été publié *Rev. arb.* 2007. 651.
4. On pourrait aussi évoquer les contentieux arbitraux, dont la grande presse rend également compte, ponctuellement, concernant certaines liaisons internationales, telles que le Tunnel sous la Manche ; v. par ex. : M. Audit, « Un arbitrage aux confins du droit international public : observations sur la sentence du 30 janvier 2007 opposant le Groupe Eurotunnel au Royaume-Uni et à la République française », *Rev. arb.* 2007.445-461.
5. M. Audit, « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en droit administratif », *Rev. arb.* 2004.541-564.
6. V. pour la création d'un groupe de travail au sein du Comité français d'arbitrage : *Rev. arb.* 2009.1011.
7. Nous avons tenté naguère une synthèse : D. Foussard, « L'arbitrage en matière administrative », *Rev. arb.* 1990.3-54.
8. Sur la formulation du principe, v. par ex. : CE, 29 octobre 2004, *M. Sueur et autres* et Cons. Const., n°2004-506 DC, 2 décembre 2004, *Rev. arb.* 2005.134-142, note D. Foussard.
9. En 1843, la Cour de cassation a ainsi décidé – ce qui a malheureusement ruiné l'institution pendant quatre vingt ans – que la clause compromissoire était illicite.
10. CE, 19 février 1823, Héritiers Guérard, Rec. 103 ; CE, 17 novembre 1824, Sieur Ouvrard, Rec. 631 ; v. sur l'affaire Ouvrard, G.-J. Ouvrard, *Mémoires...*, Paris, Moutardier, 1827, T. III, p. 65-67 et 246-248.
11. D'autant que l'arbitrage était écarté pour laisser cours à la juridiction du ministre et ce, en application de la théorie – si contestée et si contestable – du ministre-juge.
12. Sur le fondement de la prohibition, v. notamment : Ch. Jarrosson, « L'arbitrage en droit public », *AJDA* 1997.16 ; D. Foussard, « L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arb.* 1990.3-54, spéc. 14-16.
13. Civ. 1, 2 mai 1966, *Rev. crit. DIP*, 1967.153, note Goldman ; *Clunet*, 1966.648, note Level ; D 1966.575, note Robert ; *GAJFDIP* n° 44, p.401. Dans l'exercice de ses attributions consultatives, puis dans le cadre de ses attributions contentieuses, le Conseil d'Etat a pris acte de l'exception ainsi posée : CE, avis, 6 mars 1986, *E.D.C.E.* 1987.170. A ce propos, v. notamment : M. de Boissésou, « Interrogations et doutes sur l'évolution législative (art. 9 de la loi du 19 août 1986) », *Rev. arb.* 1987.3.
14. Le refus de s'engager dans une évolution réalisée de façon prétorienne résulte notamment de, CE, Sect., 3 mars 1989, Société *A.R.E.A.*, Rec., p.69, concl. E. Guillaume ; *Rev. arb.*, 1989 p.215, *A.J.D.A.*, 1989, II, p.391, note J. Dufau ; *R.F.D.A.*, 1989, p.619, note B. Pacteau ; *J.C.P.* 1989, II, 21323, note P. Level ; v. également sur cet arrêt, D. Foussard, « Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt *A.R.E.A.* du 3 mars 1989) », *Rev. arb.*, 1989, p.167.
15. Article 69 de la loi du 17 avril 1906.
16. Article 9 de la loi n° 86-972 du 16 août 1986.
17. A propos de ce débat, on peut lire avec profit la littérature de l'époque ; v. H. Motulsky, « L'arbitrage commercial et les personnes

morales de droit public », *Rev. arb.*, 1956 p.38 et *Ecrits*, T. II, Dalloz, 1974, p.85 et encore « La capacité de compromettre des établissements publics à caractère commercial (A propos de l'arrêt *Société nationale de vente des surplus*) », *Rev. arb.*, 1958 p.39 et *Ecrits*, T. II, Dalloz, 1974, p.94.

18. Pour une liste des exceptions à la prohibition : v. art. L. 311-6 du Code de justice administrative.

19. Le Gouvernement avait été autorisé par le Parlement à procéder par voie d'ordonnance. Mais pour une raison de pure procédure, le Conseil constitutionnel a censuré le texte d'habilitation : Cons. Const, n°2007-552 DC, 1er mars 2007.

20. Accessoirement, il faut signaler que la question peut concerner l'hypothèse où le rapport en cause concerne deux personnes de droit privé, si l'une d'elles peut être regardée comme le mandataire de l'administration ou opérer dans une matière relevant par nature du droit administratif, comme c'était le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt *AREA*.

21. Eléments de bibliographie : A. Courrèges et C. Vérot, « L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques. Quelques éclairages sur un rapport récemment remis au Garde des Sceaux » *RFDA* 2007.489 ; D. Labetoulle, « L'arbitrage n'est pas un troisième degré de juridiction » *JCP* 2007.1.143 ; J.-L. Delvolvé, « Une véritable révolution...inaboutie [remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative] ». *Rev. arb.* 2007.373 ; S. Lemaire, « La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif : approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007 » *Rev. arb.* 2007.407 ; S. Lemaire, Ch. Jarrosson, L. Richer, « Pour un

projet de réforme de l'arbitrage en matière de droit administratif », *AJDA* 2008.617.

22. Pour ne pas alourdir le texte, deux points ont été écartés qui méritent de retenir l'attention pour qui veut poursuivre la réflexion. D'un côté, peut-on raisonnablement éclater le contentieux relatif aux actes unilatéraux et le contentieux relatif à la convention proprement dite ? Parallèlement, et comme le professeur Lemaire le relève judicieusement, certaines règles relèvent nécessairement du droit régissant l'organisation et le fonctionnement de la personne morale de droit public (*Rev. arb.* 2007 n° 58 et suivants p. 432 et suivants, et spéc. n° 62, p. 434). D'un autre côté, la jurisprudence *TEGOS* (CE, Sect., 19 novembre 1989, *TEGOS*, Rec. 356), à notre sens fâcheuse, en excluant la compétence du juge administratif chaque fois qu'un droit étranger a été choisi, ne facilite pas le débat tant il est vrai que la seule solution appropriée est de se référer aux critères matériels – aux clauses exorbitantes du droit commun et association du cocontractant à l'exécution du service – indépendamment du droit applicable susceptible d'être choisi (S. Lemaire, *Rev. arb.* 2007, n° 62, p 434).

23. Paris, 13 novembre 2008, *Rev. arb.* 2009.389, note M. Audit.

24. CE, 31 juillet 2009, *INSERM*, *Rev. arb.* 2009.539, note M. Audit.

25. Article 1492 du Code de procédure civile.

ANA ATALLAH

Quelques remarques sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales CIRDI*



Avocat au Barreau de Paris,
Associée chez Reed Smith LLP
Membre du Conseil scientifique du centre d'arbitrage
de la chambre de commerce francophone

L'exécution des décisions de justice, qu'elles soient étatiques ou arbitrales, suscite le plus souvent une certaine exaspération, tant de la part de ceux qui « exécutent » que de la part de ceux qui « sont exécutés ».

En témoigne notamment la violence des formules parfois utilisées par les conseils au cours de cette phase postérieure au prononcé de la décision : « Votre cliente ne semble pas vouloir payer spontanément. Faudra-t-il que je la fasse exécuter ? » ou encore « Vous voudrez bien me fixer sous huitaine après quoi j'ai reçu instruction d'exécuter ».

La maladresse de ces raccourcis expéditifs et l'exaspération des avocats, qui reflète celle de leurs clients, s'expliquent aisément : pensant avoir eu gain de cause, le client voit d'un mauvais œil le commencement d'une nouvelle procédure (la procédure d'exécution) au moment où, « exsangue » (selon la formule consacrée), il aimerait bien percevoir l'indemnisation allouée. Quant à l'avocat, il est traditionnellement plus intéressé par le débat juridique et le combat judiciaire au sens large, dans lequel il a jeté toutes ses forces, que par cette phase très procédurale qui requiert de nouveau toute son énergie (et dont l'Huissier de Justice est le Grand Officier).

Pourtant, on ne peut que reconnaître l'importance cruciale de l'exécution du jugement ou de la sentence (phase longue et semée d'embûches pour peu que le débiteur soit récalcitrant, insolvable, procédurier, mauvais perdant ou qu'il projette de gagner du temps, à défaut d'avoir gagné l'affaire). Il y va de l'efficacité de la justice, seule capable d'assurer la réalisation du droit.

La justice étatique comporte en matière d'exécution un avantage indéniable : la formule exécutoire. Il s'agit de la formule par laquelle l'exécutif, originellement au nom du Roi, de l'Empereur, puis de la République et du Peuple Français, demande qu'il soit prêté main-forte à l'exécution des décisions de justice. C'est le décret du 12 juin 1947 qui fixe aujourd'hui le libellé de cette formule exécutoire :

« Les expéditions des arrêts, jugements, mandats de justice ainsi que les grosses et expéditions des contrats et de tous actes susceptibles d'exécution forcée seront intitulées ainsi qu'il suit :

« République française

Au nom du peuple français »

et terminées par la formule suivante :

« En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice

* sentences arbitrales rendues sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

(ou ledit jugement, etc.), à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis. En foi de quoi le présent arrêt (ou jugement etc.) a été signé par... ».

La justice arbitrale, encore appelée « justice privée », est dépourvue de cet avantage. Les arbitres ne peuvent apposer la formule exécutoire sur leur sentence. Ainsi, sauf dans le cas où la partie qui succombe paye spontanément au seul vu de la sentence, la partie victorieuse à l'arbitrage devra obtenir la reconnaissance et procéder à l'exécution de la sentence et ce, en sollicitant des juridictions étatiques ce qui est appelé en France l'*exequatur*, c'est-à-dire l'apposition de la formule exécutoire sur la sentence. Le texte de cette formule, appelée ordonnance d'*exequatur*, peut se présenter comme suit :

« *Nous, Agissant par délégation du Président du Tribunal de Grande Instance de Paris assisté de notre Greffier constatant que la sentence arbitrale ci-contre ne contient aucune disposi-*

tion contraire à la loi ou à l'ordre public. La déclarons exécutoire. Paris, le le Greffier le Président »

Il serait trop long d'énoncer ici les conditions que doit remplir une sentence pour que le juge étatique y appose l'*exequatur*, c'est-à-dire lui confère force exécutoire et la fasse entrer dans l'ordre juridique étatique, en l'espèce français. Qu'il suffise de rappeler que le juge étatique ne rejugera pas l'affaire au fond mais se contentera d'examiner l'authenticité de la sentence arbitrale qui lui est présentée et sa non-contrariété manifeste à l'ordre public international (articles 1498 et suivants du code de procédure civile).

Ce passage obligé par la justice étatique ne va pas sans créer quelques difficultés. L'ordonnance d'*exequatur* est susceptible de recours, qui en général suspend l'exécution de la sentence. Le contentieux des recours à l'encontre des ordonnances d'*exequatur* est fourni ; une procédure de recours peut durer plusieurs années et ne pas permettre finalement l'exécution de la sentence (voir à cet égard le traitement peu enviable réservé par les juridictions étatiques à la partie victorieuse à l'arbitrage dans les affaires Putrabali, 1ère civ. 29 juin 2007, pourvois n° 05-18053 et 06-13293).



Ces difficultés ont pu susciter quelques évolutions (projet de modification du Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 ; rappel par la cour de cassation que la suspension de l'exécution n'est pas une règle d'ordre public et que les parties peuvent donc y déroger par contrat et solliciter du tribunal arbitral qu'il ordonne l'exécution provisoire de la sentence -1ère civ. 4 juillet 2007, pourvoi n° 05-16586).

C'est dans ce contexte houleux que s'inscrit la grande originalité, qui sera présentée sans plus tarder, du système issu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats signée à Washington le 18 mars 1965, encore appelée Convention CIRDI ou Convention de Washington, traité international signé et ratifié à ce jour par quelque 144 Etats et qui régit les affaires parmi les plus importantes en matière d'arbitrage international.

En effet, de par la volonté des Etats signataires, le passage de la sentence CIRDI par les juridictions étatiques se fait de façon légère et originale (et à l'écart de la Convention de New York du 10 janvier 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères). Ce régime spécifique est décrit dans la section 6 du Chapitre IV de la Convention.

L'article 54 de la Convention de Washington dispose :

« (1) Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. Un Etat contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des Etats fédérés.

(2) Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un Etat contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le Secrétaire général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit Etat contractant aura désigné à cet effet. Chaque Etat contractant fait savoir au Secrétaire général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels.

(3) *L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel on cherche à y procéder* ».

Ainsi, au contraire de l'exequatur évoqué ci-dessus, susceptible de recours devant les juridictions étatiques, la reconnaissance des sentences rendues sous l'égide du CIRDI obéit à une procédure d'*exequatur* simplifié, en tout état de cause dans les Etats contractants qui se sont engagés par ce Traité de Washington à considérer la sentence rendue « comme un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat ».

Aux termes de la Convention (article 54(2)), chaque Etat contractant aura dû désigner le tribunal ou l'autorité compétente chargée d'apposer l'*exequatur* simplifié sur la sentence arbitrale CIRDI. En France, il s'agit du Président du Tribunal de grande instance de Paris. Cet *exequatur* simplifié n'est pas une ordonnance d'*exequatur* comme celle qui est apposée sur les sentences arbitrales classiques mais un *exequatur* qui n'est pas une ordonnance, et qui n'est pas susceptible d'appel. Le magistrat vérifie seulement l'existence de la sentence qui lui est présentée (une copie certifiée conforme émise par le Secrétaire Général du CIRDI doit

lui être présentée) sans que le magistrat ne puisse requérir d'autres informations, si ce n'est peut-être, pour le cas où la sentence serait rédigée dans un alphabet qui ne lui permette pas de vérifier qu'il s'agit bien d'une sentence CIRDI, une traduction jurée de cette sentence.

Ce régime spécifique, sur lequel les travaux préparatoires de la Convention n'apportent pas beaucoup de précisions, a été qualifié et reconnu de longue date par les juridictions françaises : « *Les dispositions de l'article 54 de la Convention de Washington prévoient un exequatur simplifié et limitent le pouvoir du Juge désigné à cet effet dans chaque Etat contractant au contrôle de l'authenticité de la sentence certifiée conforme par le Secrétaire Général du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements* » (Benvenuti et Bonfant c/République Populaire du Congo, cour d'appel de Paris ; 26 juin 1981). La cour de cassation précisait un peu plus tard : « *La Convention de Washington du 18 mars 1965 a institué, en ses articles 53 et 54, un régime autonome et simplifié de reconnaissance et d'exécution qui exclut celui des articles 1498 et suivants du nouveau Code de procédure civile et, en particulier, les voies de recours qui y sont prévues* » (1ère civ. 11 juin 1991 ; Soabi c/ Sénégal).



Cette procédure d'*exequatur* simplifié revêt une importance cruciale pour conférer une efficacité à la sentence rendue. Tous les problèmes ne sont pas résolus cependant. La procédure CIRDI peut demeurer longue et aléatoire, faute notamment de définition de l'investissement par les rédacteurs de la Convention. Aussi, demeure la question de l'immunité d'exécution par laquelle un Etat, alors même qu'il aurait renoncé à son immunité de juridiction, pourrait empêcher la partie victorieuse d'exécuter la décision rendue. C'est ce que permet d'ailleurs l'article 55 de la Convention de Washington, qui, en matière d'immunité d'exécution, laisse s'appliquer le droit de l'Etat dans lequel l'exécution est recherchée :

« Aucune des dispositions de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger ».

Dès lors, l'avantage considérable que représente pour la partie victorieuse la reconnaissance par l'Etat de la valeur de la sentence arbitrale rendue ne risque-t-il pas d'être anéanti par la possibilité qui s'offrira à l'Etat de refuser toute mesure d'exécution à son encontre à travers l'immunité d'exécution permise par l'article

55 et par le droit local dans cette hypothèse ?

La solution à cette difficulté se trouve d'une part dans la possibilité pour l'Etat de renoncer à l'immunité d'exécution. Ceci peut se faire expressément au travers de la rédaction de la clause d'arbitrage elle-même. Elle se trouve d'autre part dans la réaction des juridictions concernant une renonciation implicite à cette immunité d'exécution, par exemple la cour de cassation : « Vu les principes du droit international régissant les immunités des Etats étrangers, ensemble l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international » « L'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage de la Chambre de commerce international impliquait renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution... » (1ère civ., 6 juillet 2000 ; affaire Creighton, rendue en référence à l'article 24 du règlement d'arbitrage de la CCI), jurisprudence à suivre avec attention.

Comme l'écrivait de façon limpide et prémonitoire le Professeur Bruno Oppetit en 1981 : « *soit les Etats en cause acceptent l'insertion dans la clause compromissoire d'une renonciation à leur immunité, soit les jurisprudences ou les législations nationales seront inéluctablement conduites à adopter une théorie de l'immunité restreinte sur la base d'un critère*

critère praticable ou, à tout le moins, à développer et affiner la notion de renonciation au bénéfice de l'immunité » (Clunet 1981, page 846).

C'est ce principe d'efficacité et sa mise en œuvre par les parties qui peuvent, seuls, assurer la pérennité de ce système, qui n'a pas d'équivalent en arbitrage international.

La Convention de Washington engage les Etats par traité à « donner effet à la sentence conformément à ses termes » (article 53 de la Convention).

Le préambule de la Convention pose clairement le lien entre « *la nécessité de la coopération internationale pour le développement*

économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux » et l'exigence en particulier « que toute sentence arbitrale soit exécutée ».

C'est donc tout naturellement que cette évolution se dessine aujourd'hui, conforme aux termes du traité, utile aux praticiens et passionnante pour les théoriciens.

BENOÎT MARPEAU

Evolution de l'arbitrage et droit communautaire



Avocat au Barreau de Paris,
Cotty Vivant Marchisio & Lauzeral

Les rapports entre le droit communautaire et l'arbitrage sont la source d'interrogations importantes.¹ Plus précisément, ce sont les relations entre le règlement (CE) n°44/2001 - dit Bruxelles I – et l'arbitrage qui suscitent des débats.

En effet, si le Règlement Bruxelles I exclut de son champ d'application l'arbitrage (§ 1.), la portée de cette exclusion a dû être précisée, non sans discussions (§ 2.). C'est l'une des raisons pour lesquelles il est actuellement envisagé, dans le cadre de la révision annoncée du Règlement européen d'ouvrir le champ matériel de celui-ci à l'arbitrage (§ 3.).

1. L'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement Bruxelles I

Le Règlement 44/2001 a remplacé la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Historiquement, lors de la négociation de cette convention, il fut considéré que la Convention de New-York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, à laquelle tous les Etats membres sont parties et qui fonctionne à l'échelle mondiale, était efficiente et qu'un in-

strument communautaire ne se justifiait pas. L'arbitrage fut donc placé hors du champ de la Convention de Bruxelles. De la même façon, le Règlement Bruxelles I, adopté en 2000, exclut l'arbitrage de son champ d'application.

Les Etats membres ont ainsi préféré ne pas agir dans ce domaine qui constitue un mécanisme de justice privé et dans lequel l'autonomie de la volonté joue un rôle essentiel. Toutefois, la portée de l'exclusion a donné (et donne encore) lieu à de vives discussions.

2. La portée de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement Bruxelles I

2.1. Il arrive fréquemment qu'une action portée devant une juridiction d'un Etat membre présente des liens avec une procédure d'arbitrage. Tel est le cas des procédures relatives à la désignation, au remplacement et à la révocation des arbitres, des actions tendant à proroger la durée de l'arbitrage, ou encore des actions tendant à l'annulation ou à l'exécution d'une sentence.

La portée de l'exclusion de l'arbitrage affirmée par l'article premier du Règlement 44/2001 a donc dû être précisée par la Cour de cassation et par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) à différentes reprises.

2.2. Dans un certains nombres d'hypothèses, les solutions à apporter se sont imposées sans difficulté majeure, principalement dans le sens d'une interprétation stricte de l'exclusion.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Marc Rich*², la CJCE avait jugé de façon très nette que les règles du Règlement Bruxelles I ne sont pas applicables « à un litige devant une juridiction étatique qui a pour objet la désignation d'un arbitre, même si ce litige soulève au préalable la question de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage ». De même, selon la Cour de cassation, les règles matérielles du Règlement européen ne sont pas applicables aux procédures de reconnaissance et d'exécution des sentences comme à celles annulant une sentence, ou encore accordant ou refusant l'*exequatur* de celle-ci³.

En revanche, la CJCE a jugé qu'échappe à l'exclusion une demande de mesures provisoires devant un juge de l'Etat du siège de l'arbitrage sur le fondement du Règlement⁴, au motif qu'il ne s'agit que d'une procédure parallèle à la demande relevant au fond d'un tribunal arbitral et tendant à protéger les droits substantiels d'une partie, donc ne portant pas atteinte au règlement du litige par arbitrage.⁵ De la même manière, la jurisprudence française a décidé que la Conven-

tion de Bruxelles avait vocation à s'appliquer lorsque les parties à un litige n'ont pas demandé la mise en œuvre de la clause compromissoire potentiellement applicable.⁶

2.3. La portée de l'exclusion de l'arbitrage du champ du Règlement Bruxelles I se révèle cependant parfois beaucoup plus contestable.

Dans une affaire qui a fait couler beaucoup d'encre en 2009, une juridiction anglaise avait interrogé la CJCE quant à la compatibilité avec le Règlement Bruxelles I d'une décision d'une juridiction d'un Etat membre interdisant à une personne d'engager (ou de poursuivre) une procédure dans un autre Etat membre (i.e. injonction *anti suit*) au motif que cette dernière procédure viole une convention d'arbitrage.

La CJCE s'est prononcée pour l'incompatibilité des injonctions *anti suit* avec le Règlement 44/2001 en retenant une conception extensive du champ d'application de ce règlement⁷. Selon la Cour, un tribunal saisi d'une demande principale (telle une demande en dommages-intérêts) est exclusivement compétent pour statuer sur sa compétence au regard du Règlement 44/2001 et est, de ce fait, seul compétent pour statuer sur toutes les exceptions d'incompétence opposées à cette demande, y compris celles fondées sur l'existence d'une clause d'arbitrage.



Cette décision a été fortement critiquée par certains commentateurs⁸. Au-delà des arguments et du raisonnement de la Cour de Justice⁹, ce sont les conséquences de cette décision qui pourraient poser problème. D'où la volonté de certains de parvenir à l'élaboration d'un droit européen de l'arbitrage, ce qui pourrait se traduire, notamment, par la suppression de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement.

3. Révision du Règlement Bruxelles I et suppression de l'exclusion générale de l'arbitrage

3.1 Il est prévu par l'article 73 du Règlement 44/2001 qu'au plus tard 5 ans après son entrée en vigueur¹⁰ la Commission présente un rapport relatif à son application accompagné, le cas échéant, de propositions visant à l'adapter.

La Commission européenne a ainsi publié un rapport le 24 avril 2009, ainsi qu'un livre vert. Le rapport de la Commission aborde notamment la question de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement Bruxelles I en affirmant que cette exclusion poserait des problèmes pratiques.

Plus précisément, les difficultés relevées seraient les suivantes :

- existence en parallèle d'une procédure judiciaire et d'une procédure d'arbitrage lorsque la validité de la clause d'arbitrage est confirmée par le tribunal d'arbitrage mais pas par la juridiction ;
- les moyens procéduraux de droit national visant à renforcer l'efficacité des accords d'arbitrage sont incompatibles avec le Règlement (il s'agit ici d'une référence directe à la jurisprudence de la CJCE sur les injonctions anti suit) ;
- absence d'attribution uniforme de la compétence pour les actions servant à la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage ;
- incertitudes s'agissant de la reconnaissance et de l'exécution des décisions (i) rendues par les tribunaux en méconnaissance d'une clause d'arbitrage, (ii) portant sur la validité d'une clause d'arbitrage ou l'annulation d'une sentence arbitrale, ou (iii) incorporant une sentence arbitrale ; et enfin
- rapidité et efficacité inférieures de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales régies par la convention de New-York par rapport à la reconnaissance et l'exécution des autres décisions.

Pour remédier à ces difficultés, la Commission propose « *une suppression (partielle) de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement* » qui, selon elle, « *pourrait améliorer l'interface entre l'arbitrage et la procédure judiciaire* ».

Selon le Livre Vert pour la révision du Règlement 44/2001, il serait ainsi notamment possible de fixer une règle spécifique d'attribution de compétence en faveur des juridictions du siège de l'arbitrage, tant en ce qui concerne les procédures judiciaires à l'appui de l'arbitrage qu'en ce qui concerne les procédures relatives à « *l'existence, la validité et la portée d'une convention d'arbitrage* ».

3.2 Ces propositions n'ont pas manqué de provoquer de nombreuses réactions, dont certaines très critiques¹¹. Il est ainsi reproché à la proposition actuelle de ne tenir compte ni de la philosophie de la Convention de New-York de 1958, ni des spécificités propres à chacune des places d'arbitrage qui se sont développées depuis son entrée en vigueur. En particulier, la prépondérance accordée au tribunal du siège de l'arbitrage dans certaines hypothèses pourrait en pratique se révéler inadaptée.

Certains auteurs¹² pointent ainsi du doigt

le risque d'une régionalisation dans une matière à vocation mondiale et d'une perte par les places européennes de leur importance actuelle au profit de la Suisse, de New York ou encore de Singapour.

3.3 Dans ces conditions, il semble bien que toute tentative de réglementation européenne de l'arbitrage consistant en une simple suppression, même parcellaire, de l'exception d'arbitrage du Règlement Bruxelles I pourrait être source de problèmes nouveaux et non de solutions à des difficultés actuelles. La réflexion actuellement en cours devra donc intégrer les critiques émises pour parvenir à une solution plus globale prenant davantage en compte les spécificités de l'arbitrage. ■

Notes

1 Cf. en particulier :

- Procédures n°4, Avril 2009, comm. 114, commentaire C. Nourissat ;

- B. Audit, « L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles », in *L'internationalisation du droit*, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouam, Dalloz, 1994, p. 15 ;

- Revue des affaires européennes 2005, n°2 : numéro entièrement consacré au rapport entre arbitrage et droit européen.

2 CJCE, 25 juillet 1991, aff. n°C-190-89, Marc Rich & Co. AG c/ Societa Italiana Impianti PA.

3. Cass. 1ère Civ. 9 décembre 2003, n°01-13341.

4. Article 31 du Règlement, ex article 24 de la Convention de Bruxelles.

5. CJCE, 17 novembre 1998, aff. n°C-391/95, Van Uden Maritime BV c/ Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Linee.a.

6. Civ. 1ère, 14 novembre 2000, n°98-21627.

7. CJCE, 10 février 2009, aff. n°C-185/07, Allianz c/ West Tankers.

8. Cf. en particulier :

- Journal du Droit International n°4, octobre 2009, comm. 20, commentaire par B. Audit ;

- JCP G n°37, 7 septembre 2009, 227, note P. Callé.

9. Les injonctions anti suit portent atteinte au droit des juridictions des Etats membres d'apprécier elles-mêmes leur propre compétence et ne sont pas conformes au principe de confiance mutuelle sur lequel repose le Règlement européen, dès lors, même si la procédure des injonctions anti suit ne relève pas du champ d'application de ce dernier, il faut néanmoins en tenir compte dans la mesure où cette procédure peut porter atteinte à l'effet utile du Règlement.

10. 1er mars 2002.

11. Cf. en particulier : - Observations sur le Rapport relatif à l'application du Règlement de Bruxelles I dans les Etats membres de l'Union européenne, 22 mai 2008, Groupe de travail ICC – France ;

- ICC France, Livre vert sur la révision du Règlement n°44/2001 du Conseil ;

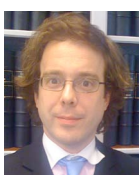
- Rapport sur les relations entre le règlement 44/2001 et l'arbitrage par C. Kessedjian, GEDIP réunion de Padoue septembre 2009.

12. Rapport sur les relations entre le règlement 44/2001 et l'arbitrage par C. Kessedjian précité, GEDIP réunion de Padoue septembre 2009.

CHARLES DE CORBIÈRE

Les clauses compromissaires dans les connaissements

EVOLUTIONS ET PERSPECTIVES



Avocat au barreau de Paris,
Villeneuve, Rohart, Simon & Associés

Le contrat de transport maritime implique trois personnes : le chargeur, le transporteur et le destinataire. En cas de dommage à la marchandise, le destinataire qui en prend livraison dispose d'un recours contre le transporteur, ce dernier ayant la garde et la responsabilité de la marchandise pendant le transport.

Devant quel tribunal exercer ce recours ? Bien souvent le destinataire choisira le tribunal du lieu de livraison. Mais rares sont les connaissements – documents qui sont à la fois un titre représentatif de la marchandise, un reçu et matérialisent le contrat de transport¹ – qui ne contiennent pas de clauses attributives de compétence.

Traditionnellement, les connaissements contiennent plutôt des clauses attributives de juridiction que des clauses compromissaires. Cependant, lorsqu'il est adossé à une charte-partie au voyage, le connaissement fait généralement référence à la clause compromissoire de la charte qui s'y retrouve incorporée². La charte-partie au voyage est un contrat par lequel le fréteur met à disposition de l'affréteur contre rémunération un navire pour un voyage d'un point A à un point B (voire plusieurs voyages). L'affrètement au voyage n'est pas un contrat de transport mais l'affréteur conclut généralement en sus de cette charte-partie un contrat de transport pour lequel il émet des connaissements et endossant de ce fait la qualité de transporteur outre celle d'affréteur. Les deux contrats viennent ainsi se superposer c'est de cette manière

que la clause compromissoire de la charte-partie peut se retrouver incorporée au connaissement.

Le contentieux sur l'application des clauses compromissaires insérées au connaissement a donné et donne toujours lieu à de nombreuses décisions qui permettent de retracer l'une des tendances majeures suivie par les juridictions françaises en matière d'arbitrage : l'affirmation du pouvoir juridictionnel de l'arbitre. L'abandon progressif du contrôle de l'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire par le juge au profit de l'arbitre sur le fondement de l'effet négatif du principe compétence- compétence en est un exemple particulièrement topique.

En effet, longtemps, le destinataire qui se voyait opposer l'existence d'une clause compromissoire a argué (avec un certain succès) qu'elle lui était inopposable faute pour lui d'en avoir eu connaissance et de l'avoir acceptée au moment de la conclusion du contrat. Le juge s'octroyait ainsi le pouvoir de vérifier le consentement du destinataire à la clause (1). Le juge a cependant du abandonner ce contrôle aux arbitres au fur et à mesure qu'émergeait l'effet négatif du principe compétence-compétence (2). On peut toutefois légitimement s'interroger sur les excès de ce principe et le bien-fondé de l'abandon du contrôle de l'opposabilité à l'arbitre, spécialement au moment où le droit communautaire envisage de réintroduire une certaine forme de contrôle a priori du juge sur la clause compromissoire (3).



1. Le contrôle de l'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire par le juge

Ce principe du contrôle s'est affirmé en jurisprudence au milieu des années 90, tant pour les clauses attributives de juridiction³ que pour les clauses compromissoires.

La Cour d'appel de Rouen relevait dans un arrêt "*Johnny-two*" du 8 juillet 1993⁴ :

"Attendu qu'en matière d'arbitrage international comme en droit interne, la clause compromissoire n'est opposable aux parties que si elles en ont eu connaissance et l'ont acceptée ; qu'adopter une solution différente serait contraire à l'ordre public international dès lors que l'arbitrage découle, par sa nature même, de l'accord de volonté des parties d'y recourir"

Elle posait ainsi le principe selon lequel le juge peut contrôler l'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire en vérifiant que celui-ci a eu connaissance d'une telle clause et l'a acceptée. Dans un arrêt "*Stolt Osprey*" rendu un an plus tard⁵, la Cour de cassation reprenait le principe dégagé par la Cour d'appel de Rouen au visa de l'article 2 de la convention de New York du 10 juin 1958. Dans un arrêt du 20 juin 1995, elle confirmait ce principe en excluant que le consentement du destinataire puisse se déduire de l'acceptation de la clause

par le chargeur⁶. Les juges du fond se devaient donc de s'assurer que le destinataire avait eu connaissance de la clause compromissoire et l'avait acceptée, sans se référer à l'acceptation et la connaissance par le chargeur, partie distincte au contrat de transport. Pour ce qui est de la clause compromissoire, il n'y a donc pas transfert du chargeur au destinataire.

De l'ensemble de cette jurisprudence, il résulte que le juge se reconnaissait un pouvoir de contrôle sur le consentement du destinataire à la clause compromissoire. Ce contrôle trouvait sa justification dans le caractère exorbitant des clauses attributives de compétence (clauses attributives de juridiction ou clauses compromissoires) qui nécessite une acceptation spéciale de celui à qui on l'oppose⁷.

Sur le fondement de la jurisprudence précédemment dégagée dans les années 90, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 janvier 2000 refusait de donner application à une clause compromissoire opposée aux assureurs subrogés de la marchandise au motif que "*cette clause compromissoire exorbitante du droit commun aurait du être connue et acceptée [par l'assureur]*"⁸. Ce contrôle de l'opposabilité des clauses compromissoires par le juge a cependant été abandonné sur le fondement de l'effet négatif du principe compétence-compétence.

2. L'effet négatif du principe compétence-compétence : abandon du contrôle de l'opposabilité par le juge au profit des arbitres

Le principe compétence-compétence désormais solidement ancré dans le droit de l'arbitrage français s'énonce ainsi : il appartient aux arbitres de se prononcer en priorité sur leur propre compétence. Ce principe a un effet positif (l'arbitre doit se prononcer sur la validité et l'étendue de la clause compromissoire lorsque celles-ci sont contestées) et un effet négatif (le juge saisi par une partie et confronté à une clause d'arbitrage est incité à renvoyer les parties devant les arbitres même si la validité ou la portée de la clause compromissoire est contestée devant lui⁹).

Si le principe a été dégagé il y a fort longtemps¹⁰, son effet négatif a fait l'objet d'une série d'arrêts de la Cour de cassation au début des années 2000¹¹ qui rappelaient outre le principe, sa conséquence: le juge est sans pouvoir pour se prononcer sur cette question et se saisir du litige soumis à l'arbitrage, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage¹².

L'effet négatif du principe compétence-compétence trouvait une première application en matière maritime devant la Cour de cassation dans un arrêt du 26 juin 2001¹³ bien que ce dernier ne concerne pas l'opposabilité de la clause compromissoire du connaisse-

ment au destinataire. Il ouvrait néanmoins une brèche dans laquelle les plaideurs allaient s'engouffrer au cours des cinq années à suivre.

Par l'arrêt "*Lindos*" rendu le 22 novembre 2005, la première chambre civile opère un remaniement spectaculaire du contrôle de l'opposabilité de la clause au destinataire. Il n'est plus question d'acceptation spéciale de la clause par le destinataire ou les assureurs subrogés dans ses droits au moment où le contrat est conclu, comme c'était le cas sous l'empire de l'ancienne jurisprudence. Il suffit que ces derniers aient pu en avoir connaissance "*dès le déchargement et les expertises contradictoires*". L'arrêt "*Lindos*" modifie ainsi en profondeur le contrôle de l'opposabilité, le limitant à la simple connaissance de la clause par le destinataire au moment où celui-ci prend livraison de la marchandise. La marchandise n'étant normalement livrée au destinataire qu'en échange de la remise des connaissances originaux, si ces derniers font référence à la clause d'arbitrage dans des termes clairs et précis, alors celle-ci est opposable.

Avec l'arrêt "*Pella*"¹⁴ rendu un an plus tard, il n'est plus question pour le juge de contrôler l'opposabilité de la clause au destinataire. Seule la nullité ou l'inapplicabilité manifeste sont susceptibles de faire échec à la compétence des arbitres et permettent au juge de se saisir de l'affaire malgré la présence d'une clause compromissoire.



En l'espace de quelques arrêts, le contrôle de l'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire s'est ainsi retrouvé abandonné par le juge aux arbitres. En effet, quelques mois plus tard¹⁵, la première chambre civile fermait la porte à un contrôle de l'opposabilité par le biais de l'exception de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause. Pour la Cour, pas question pour le juge d'examiner la connaissance et l'acceptation spéciale de la clause compromissoire pour en faire un éventuel cas de nullité et/ou d'inapplicabilité manifeste.

Pourtant ce contrôle permettait de prendre en compte la position spécifique du destinataire dans le contrat de transport et de lui assurer un exercice plus effectif de son droit de recours, ce qui n'est pas nécessairement le cas aujourd'hui.

3. Les excès du principe compétence-compétence

Si le principe compétence-compétence a permis certaines avancées, la situation particulière du destinataire dans un contrat de transport met en avant les excès d'une application trop rigoureuse de ce principe et particulièrement de son effet négatif. A trop favoriser le droit de l'arbitrage, n'en vient-on pas à sacrifier d'autres règles, à commencer par l'article 1165 du code civil et l'effet relatif des contrats?

L'effet négatif du principe compétence-compétence crée un déséquilibre. Il suffit à une partie d'invoquer une clause compromissoire pour que le juge se déclare incompétent alors que dans le même temps, le destinataire à qui l'on oppose la clause se trouve privé du recours au juge sans que soit examinée la question de l'opposabilité de la clause à son égard, et ce alors même que les arbitres tirent leur légitimité d'un accord de volonté.

Le destinataire peut ainsi se retrouver attiré à une procédure d'arbitrage en application d'une clause compromissoire inopposable. Autrement dit, une partie peut attirer un tiers à la convention d'arbitrage devant l'arbitre. Ce tiers ne pourra arguer de l'inopposabilité de la clause que devant l'arbitre, alors qu'il prétend justement ne pas être lié par la clause.

Le destinataire se retrouve confronté ainsi à un paradoxe : être contraint en application du principe compétence-compétence de saisir l'arbitre afin que ce dernier se déclare incompétent, pour pouvoir ensuite saisir le juge.

Le "*parcours du combattant*" du destinataire pour faire valoir ses droits peut être long si les arbitres se déclarent compétents. En effet, le contrôle *a posteriori* de la sentence rendue à l'étranger intervient par le biais d'un appel sur la décision d'exequatur de la sentence¹⁶.

Si la sentence a été rendue en matière d'arbitrage international en France, le destinataire dispose d'un recours en annulation. Dans les deux cas, il devra faire admettre par le juge français que les arbitres ont statué sans convention d'arbitrage.

En outre, au bout de ce long parcours, le destinataire risque de se voir opposer les prescriptions annales applicables en droit maritime sauf à prouver que la saisine du tribunal arbitral a interrompu la prescription...

Ainsi le destinataire qui réclamait que le juge statue sur son litige en examinant l'inopposabilité de la clause compromissoire à son égard se trouve-t-il pris dans les tourments d'une mécanique bien complexe remettant en cause son droit d'accès à la justice devant son juge naturel.

Au fur et à mesure que l'arbitrage s'affirme comme mode de règlement des litiges indépendant de tout ordre juridique étatique¹⁷, on peut regretter que le contrôle de l'opposabilité de la clause compromissoire à une partie qui n'y a pas nécessairement consenti soit abandonné aux arbitres par le juge. S'il n'y a pas pour le moment, en droit français, d'indicateurs en faveur d'un contrôle du juge qui ne serait plus seulement limité à la nullité et l'inapplicabilité manifeste¹⁸, le droit communautaire paraît plus réceptif à l'idée comme en témoignent l'arrêt de la CJCE "*Front Comor*"¹⁹ ou le projet de réforme du règlement CE 44/2001 qui prévoit la compétence exclusive du juge du siège de l'arbitrage en cas de contestation sur l'existence, la validité et la portée de la convention d'arbitrage. ■

Notes

1. Voir "Droit du commerce international" n°602, Dalloz 1ère éd. Par Jacquet, Delebecque et Corneloup
2. Les chartes-parties sont des contrats négociés de gré à gré entre opérateurs du commerce maritime qui aiment s'en remettre à des arbitres sensibilisés aux réalités du marché de l'affrètement plutôt qu'aux tribunaux nationaux.
3. Le premier arrêt recensé a été rendu en matière fluviale : Cass. Com., 26 mai 1992, n°90-17352
4. Le Droit Maritime Français (DMF), 1993.211
5. Cass. Com., 24 novembre 1994, DMF 1995.218 : "Attendu que, pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissement doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il avait adhéré au contrat de transport"
6. Cass. Com. 20 juin 1995, n°93-18562
7. A. Amoussou, «Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises » Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, n°653 et s.
8. CA Paris, 26 janvier 2000, DMF 2001.668. Voir également CA Rouen, 6 juin 2002, DMF 2002.865
9. Voir sur ce point O. Cachard « Droit du commerce international » LGDJ p.467 et s.
10. CA Paris, 22 janvier 1957, D. 1957.566
11. Cass. Civ. 1ère, 1er décembre 1999, Rev. Arb. 2000, 97 ; Cass. Civ. 1ère, 16 octobre 2001, BC n° 254 ; Cass. Civ. 2, 20 décembre 2001, Rev. Arb. 2002, 716 ; Cass. Civ. 2, 27 juin 2002, Rev. Arb. 2002, 717 ; Cass. Civ. 2ème, 18 décembre 2003, Rev. Arb. 2004, 442 ; Cass. Civ. 2ème, 18 décembre 2003, Rev. Arb. 2004, 442 ; Cass. Civ. 2ème, 8 avril 2004, D. 2004 IR 1559 ; Cass. Civ. 1ère, 30 mars 2004, D. 2004, 2458 ; Cass. Civ. 1ère, 30 mai 2004, JCP 2004 IV 2080
12. Voir par ex. Cass. Civ. 1ère, 27 avril 2004, n°01-13831 et 01-15975 ; Cass. Civ. 1ère, 11 juillet 2006, n°03-19838
13. Cass. Civ. 1ère, 26 juin 2001, DMF 2002.115
14. Cass. Com., 21 février 2006, DMF 2006.379
15. Cass. Civ. 1ère, 28 novembre 2006, DMF 2006.411
16. Cf. article 1502 du CPC.
17. Cass. Civ. 1ère, 8 juillet 2009, n°08-16025
18. Cass. Civ. 1ère, 21 novembre 2006, n°05-21818
19. CJCE, 10 février 2009, Allianz Spa c/ West Tankers Inc., n°C-159/02

SIMON GREENBERG & FRANCESCA MAZZA

Time for a change ?

REVISION OF THE ICC RULES OF ARBITRATION



Simon Greenberg, Deputy Secretary General,
ICC International Court of Arbitration

Francesca Mazza, Counsel and Secretary to the
ICC Commission on Arbitration

Background

The current ICC Rules of Arbitration (“Rules”) came into force on 1 January 1998¹. The first case heard under them was filed on 2 January 1998 with case number 9827. In March 2010, the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration (“Court”) registered case number 17000. This means that more than 7000 cases have been filed under the Rules², which is approximately 40% of all ICC cases and, more generally, an enormous volume of cases to have been administered under a single set of arbitral rules.

The Rules have stood the test of time exceptionally well. They have proved flexible, adaptable, and able to accommodate the evolving demands of a rapidly changing world of global business and international commercial arbitration.

However, after ten years of use the ICC felt that it might be time to consider freshening up the Rules to take account of new developments in the practice of international arbitration, of the Court itself, and of the nature of cases submitted to the Court. Since 1998, we have seen a remarkable increase in diversification concerning the industries which use ICC arbitration, the kinds of disputes filed and the geographic diversity of parties, seats of arbitration and applicable laws and procedures. In 2009 for example, there were 817 new requests for ICC arbitration concerning 2,095 parties from 128

different countries and independent territories.

In 9.5% of those cases at least one of the parties was a State or parastatal entity. The places (or seats) of arbitration were in 101 different cities in 53 different countries across the globe, and arbitrators of 73 different nationalities were appointed or confirmed. In 2009, the Court also received and scrutinized 415 arbitral awards.

Another important change since 1998 that is not easy to report empirically is the complexity of international arbitration cases. There is abundant anecdotal evidence from ICC staff, Court Members, arbitrators and counsel that the complexity has increased markedly as disputes, parties’ lawyers and parties themselves become more sophisticated and more demanding. One example of increased complexity is the growth in multi-party arbitrations. Arbitrations involving more than one party now account for approximately one-third of all ICC arbitrations. In 2008, 192 ICC arbitrations (29.4%) involved more than two parties. Out of these 192 cases, 166 (86.5%) involved between three and five parties, 17 (8.8%) involved between six and ten parties, and nine (4.7%) involved more than ten parties. One case filed in 2008 had 21 different parties! Such cases give rise to all kinds of new challenges.



Procedure for revising the rules

Consultation phase

The initial phase of the rules revision process, beginning January 2008, involved consultation. All of the ICC's National Committees, which are in over 90 countries around the world, were invited to indicate in writing whether they believed there was a need to revise the Rules, and if so how.

In order to seek input from the wider arbitration community, ICC then held a conference in April 2008. More than 120 people – including academics, in-house counsel, and many of the foremost expert arbitrators and practitioners of international arbitration – attended and were divided into working groups focusing on various issues in the Rules. Those Working Groups reported back to a Plenary Session, and their suggestions were discussed.

In September 2008, ICC decided to form the Task Force on the Revision of the ICC Rules of Arbitration (“Task Force”) to review the Rules. The Task Force was given the following mandate:

- To study all suggestions received from National Committees, members of the ICC, users of ICC arbitration, Court members and members of the Secretariat.
- To determine whether any amendments to the Rules would be useful or necessary.

- To make recommendations for the amendment of any Rules that the Task Force deems to be useful or necessary.

Working Bodies

The Working Bodies for the Rules revision process are :

- the ICC Commission on Arbitration as a whole (“Commission”)
- the Task Force
- the Drafting Sub-Committee (“DSC”)

Commission

The Commission is the research and legislative body of ICC's dispute resolution system, and as such aims to create a forum for experts to pool ideas and set new policy on practical issues relating to international arbitration, the settlement of disputes, and the legal and procedural aspects of arbitration. The Commission is also the rule-making body of ICC's dispute resolution system. The rules created by the Commission, such as the Rules of Arbitration, the ADR Rules, the Expertise Rules and the Dispute Board Rules, have become part of the legal fabric of international commerce.

The Commission consists of more than 500 members from more than 90 countries across the globe, including lawyers practicing in international law firms, in-house counsel,

legal academics, experts in different dispute resolution services, and trade executives in member companies and international organizations. At any one time, the Commission takes on numerous different projects conducted by numerous different task forces, whose members are nominated by ICC's National Committees.

Rules Revision Task Force

The Task Force is chaired by Peter Wolrich (an arbitration practitioner and also the current Chairman of the Commission itself), with William Laurence Craig (a world-renowned expert on ICC arbitration) and Michael Bühler (a former member of the Court and arbitration practitioner) as Co-Chairs. Given the importance of the Task Force's mandate, no limit was placed on the number of Task Force members that any ICC National Committees could designate. This would ensure the widest possible input into the process. The National Committees collectively named in excess of 175 Task Force members.

DSC

It would be unworkable to ask 175 lawyers to sit down draft anything, much less a detailed set of rules. The Chairman and Co-Chairs of the Task Force therefore decided to set up a core Drafting Sub-Committee. The Chairmen and Co-Chairs of the Task Force, in consultation

with the Secretary General of the Court, considered that an effective DSC should be relatively small and should reflect geographic diversity, diversity of legal cultures, and diversity in the nature of members' professional backgrounds.

The Drafting Sub-Committee accordingly comprises:

- the Chairman and Co-Chairs of the Task Force
- the Chairman of the Court
- the Secretary General of the Court
- the Secretary to the Commission on Arbitration
- two representatives of major global corporations, who bring the users' perspective
- six international arbitration experts representing both counsel and arbitrators
- a representative of the Court
- the Vice-Chairs of the Commission on Arbitration as ex-officio members

Functioning of the Working Bodies

The DSC began its exciting but challenging work in March 2009. It meets monthly for one or two days, but continuously communicates by email and/or telephone. The DSC is responsible for reviewing, chapter by chapter, all changes suggested by the National Committees, the Secretariat and others.



In the course of that review, the DSC makes initial written recommendations and drafting proposals to the entire 175-strong Task Force for its written comments. All written comments from Task Force members are carefully considered by the DSC in the course of its work. A total of three full Task Force meetings will be held before the end of the process in order to receive additional comments and approve any recommended changes. The first of these meetings occurred in December 2009 and the second in March 2010.

At the end of the process, the Task Force's recommendations will be submitted to the ICC National Committees and then to the Commission as a whole for approval. The recommendations as approved by the Commission will be submitted to the ICC governing bodies for adoption and putting into effect. 18. It is expected that the revision process will conclude by the end of 2010.

2. Substance of the likely changes

Some examples of the possible changes are provided below. It is essential to note, though, that these are only examples of changes proposed at the current stage. None of these changes has yet been approved by the Commission. Much less have any changes been put to the ICC's governing bodies for final adoption. Therefore, nothing is set in stone.

A number of changes to the opening provision, Article 1 of the Rules, are suggested, many of which are intended to clarify what the Court does. For example, it is proposed to make reference only to "disputes" rather than to "business disputes of an international character." This will clarify that the Rules are available for a full range of disputes including disputes involving trusts, States, and arising out of international investment treaties. The ICC Court has handles a large number of arbitrations involving States or State entities, and has received in recent years a growing number of cases arising from international investment treaties.

Some relatively small, but sometimes linguistically or symbolically significant, drafting changes are also proposed. For example, it is proposed to make the Rules gender neutral and, for the same reason, to change the title "Chairman of the Court" to "President of the Court" and the title "Chairman of the Arbitral Tribunal" to "President of the Arbitral Tribunal."

One of the key mandates for the rules revision was to address concerns regarding the time and cost efficiency of arbitration and to introduce provisions aimed at controlling time and costs. The following are two examples of current proposals to that effect.

First, there is a suggestion to modify Article 6(2). The current Article 6(2) provides that

if a Respondent fails to submit an Answer to the Request for Arbitration or if any party raises one or more pleas as to existence, validity or scope of the arbitration agreement, the Court will take an administrative decision as to whether the case shall proceed (which means that the file will be sent to the Arbitral Tribunal, once constituted – often referred to as a “positive 6(2) decision”) or not proceed (which means that the case will be closed – referred to as a “negative 6(2) decision”) or only proceed between some of the parties (sometimes called a “partially negative 6(2) decision”).

The current proposal introduces the concept of the Secretariat as a gatekeeper for the Court’s administrative prima facie decision as to whether a case may proceed under Article 6(2). This involves a screening process to be carried out by the Secretary General, the purpose of which is to identify at an early stage cases in which there is no realistic chance that the Court will make a negative 6(2) decision.

Only the relatively few cases where there is a reasonable chance of a negative Article 6(2) decision would be referred to the Court, whereas the large number of other cases where there is no such reasonable chance would go directly to the Arbitral Tribunal, which will decide on its own jurisdiction. As a result of the change, delays and costs will be reduced in those cases not submitted to the Court for an Article 6(2) decision.

Second, the current proposal introduces new provisions designed to ensure effective case management, again with a view to minimising of time and costs. In particular, an entirely new article explicitly empowers and encourages the Arbitral Tribunal and the parties to adopt efficient procedural measures³. These measures would first be discussed at a requisite case management conference, in person, by video conference or by telephone, to be held when drawing up the Terms of Reference or as soon as possible thereafter. Typically, the case management conference would be held at the Terms of Reference⁴ meeting right after the Terms of Reference are signed. This will encourage the establishment of an efficient procedure right from the outset of the arbitration.

The procedure should be proportionate to the complexity and economic value of the case. To ensure on-going effective case management, further procedural measures can be adopted later, after consulting the parties by means of a further case management conference or otherwise.

Another major change is to introduce new sections dealing specifically with multi-party arbitration, multi-contract arbitration and the consolidation of arbitrations. Until the last amendments to the ICC Rules which took place in 1998, multi-party arbitration was relatively unusual and thus there appeared to be no particular need at the time to include



However, as noted above, multi-party arbitration has become common. Over the course of the last ten years the ICC Court was able to adopt careful practices to accommodate the needs of such arbitrations, but it was felt time to incorporate specifically tailored provisions into the Rules.

Without entering into details, it is worth noting that the starting point for the current proposal was that the ICC should take a fairly conservative approach with respect to these matters, in line with the Court's current practices. The proposal therefore does not try to broaden the Court's current practices, but rather to make them known to all users.

Conclusion

The ICC has to exercise considerable caution before changing any practices or Rules of the

Court. This is because of the influence that any such change will have on international arbitral practice generally. The Court is the world's busiest and best known international arbitral institution. It also has the broadest geographical reach across the broadest range of industry sectors. Any significant change to the Court's Rules will surely impact upon the practice of international arbitration globally. ICC must therefore tread carefully in making any changes.

Nonetheless, the procedures in place for revising the Rules provide for not only appropriate checks and balances, but for intense scrutiny by some of the world's foremost arbitration experts and users of ICC arbitration. The changes to the Rules will therefore be those that are required to further enhance and improve the effectiveness of international arbitration for its key users – the global business community. ■

Notes

1. The Rules are available at <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4199/index.html>.
2. One has to subtract a small number of cases commenced after the 1998 Rules took effect where the parties specifically selected an earlier version of the Rules. However, if no specific version is chosen then under the ICC system the applicable version of the Rules is that in force on the date the Request for Arbitration is filed (see Article 6(1) of the Rules).
3. Such measures were recommended by the

Commission's Task Force on Saving Time and Costs in International Arbitration. See that Task Force's 2007 Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration available at www.iccwbo.org/policy/arbitration/id2882/index.html

4. Terms of Reference are a well known feature of ICC arbitration. They are a document setting out the claims and basic procedural framework for an arbitration - see Article 18 of the 1998 Rules.

MAXI SCHERER

The Globalization of International Commercial Arbitration



Docteur en Droit
Avocat à la Cour
Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, London
Chargée d'Enseignement à Sciences Po

According to its Dean, Professor Christophe Jamin, the newly created Sciences Po Law School aims at educating “law professionals of a very high caliber, capable of adjusting and evolving in a professional world that is constantly changing.”¹ Among the challenges facing legal professionals today is, without any doubt, the increasing globalization of law. Indeed, in most, if not all, fields of law a monolithic and merely national approach is unable to provide satisfactory answers to the issues confronting our increasingly transnational society.

International arbitration is often referred to as the area of globalization “par excellence”. Indeed, it is the preferred means of dispute resolution for multinational companies². It brings together parties, counsel and arbitrators from diverse and varied legal backgrounds, and these various legal influences make international arbitration a “live” example of the globalization of law.

The blend of legal traditions is particularly spectacular concerning the procedural aspects of arbitration. Over the past years and decades, arbitration has combined features from distinct legal traditions and has, as a result, forged a global “best practice” for arbitral proceedings. This was possible, and indeed necessary, because international arbitration – as opposed to international litigation before national courts – has an inherent and truly a-national character. International arbitral tribunals have no forum, i.e., no

anchor in a specific legal system.³ Accordingly, no predetermined set of procedural rules necessarily applies to the proceedings before them.

Rather, most modern arbitration laws and institutional rules allow the parties – and in the absence of the parties’ agreement, the tribunal – wide discretion in determining the rules governing the arbitral proceedings. In determining the procedural rules, the parties or the arbitrators tend to follow their “legal instinct” and rely on familiar practices used in their own legal culture. As a consequence, different features from various legal backgrounds usually co-exist in an arbitral proceeding.⁴ Experienced arbitration practitioners use this freedom to determine arbitral procedure, and the co-existence of various legal traditions, to tailor global procedural rules that are best suited to the international arbitration context as well as the specific case at hand.

Common Law and Civil Law Practices

Even though the statistics of international arbitration institutions, such as the International Chamber of Commerce (ICC) in Paris, show a trend towards a diversification in the origin of the players in international arbitration, including, more frequently, parties from Asia and Africa,⁵ it is still fair to say that two main legal traditions, usually described as civil law and common law, have predominantly influenced the globalization of the arbitral process.

Generally speaking, those traditions use very different procedural approaches. Common law proceedings are usually described as “adversarial”, meaning that both parties (i.e., adversaries) can exert control over the pace and scope of the proceedings, whereas the judges’ role is to “sit and decide”.⁶ By contrast, civil law countries follow a so-called “inquisitorial” system, where judges play a more active role and are responsible for the conduct of the proceedings, intervening *ex officio* if required.⁷ This description is, of course, a very broad generalization, and procedural traditions vary significantly from country to country and within each system.

In the following, we will provide some examples to illustrate the differences between both systems and how international arbitration practice has combined “the best of both worlds” in shaping a globalized procedure.

Written Submissions and Oral Argument

Civil law and common law systems do not, for instance, attach the same importance to written submissions and oral arguments in a commercial dispute. In a common law country, for example in England, oral arguments are the centerpiece of the proceedings, leading to hearings that may often last many weeks.⁸ By contrast, in systems influenced by civil law, such as in Germany, written submissions are of the utmost importance, with oral hearings sometimes reduced to a mere formality.⁹

Globalized international arbitration practice has taken elements from both traditions. On the one hand, arbitral proceedings usually involve the exchange of substantial written submissions (in important disputes possibly several rounds of pre-hearing and post-hearing filings) which lay out in an exhaustive fashion the parties’ factual and legal arguments. On the other hand, the hearing forms a significant part of an arbitral proceeding, not only as described below for the examination of witnesses, but also for the presentation of an oral opening and/or closing statement.

Document Disclosure and Pre-Trial Discovery

Another example of the blend of different procedural traditions in international arbitration concerns the use of document disclosure and pre-trial discovery. These are important features in common law proceedings where the claimant often files a rather skeletal statement of claim and then relies on discovery to obtain vast amounts of documents from the other side.¹⁰ The scope of documents the parties may seek, or are obliged to produce, varies significantly among common law countries.¹¹

In any form, these disclosure or discovery practices are highly surprising (or even shocking) from a civil law perspective, where each party is responsible for providing the documents supporting its case.¹² ● ● ●

In certain civil law countries, the claimant is even obliged to file all of its factual evidence with its statement of claim, additional documents being allowed only under exceptional circumstances.¹³ The possibility of obtaining documents from the other side is generally very limited, and only concerns cases where such documents can be precisely identified.¹⁴

In international arbitration, the use of document disclosure and pre-trial discovery is commonly accepted these days, but to an extent that is significantly limited compared to, for instance, U.S. practice. The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration have set forth a middle-ground which is widely accepted and applied today.¹⁵ Under these Rules, requests for documents must be reasonably specific, relevant to the case, and proven to be within the control of the other party, thus excluding so-called “fishing expeditions” for broad categories of documents.¹⁶

The Use of Witnesses and Experts

The use of witnesses and experts is a further example of how procedural aspects from both civil and common law systems have shaped today’s globalized features of international arbitration. In civil law countries, the use of factual witnesses is rather limited. In most cases, if witnesses are to be examined at all at the hearing, the examination is conducted

mainly by the judge and to a much lesser extent by the parties’ representatives.¹⁷ Party-affiliated witnesses are given less (if any) weight, and contact between the parties and their witnesses is often governed by strict rules.¹⁸ The parties generally do not provide expert witnesses; rather, it is for the court to appoint an independent expert.¹⁹

By contrast, both factual and expert witnesses play a material role in common law countries. For instance in England, testimony from a factual witness is sometimes considered even more important than documentary evidence. At the hearing, both parties have ample opportunity to put questions to the witnesses, usually called direct, cross and re-direct examination. Party-affiliated witnesses are common practice, as are preparatory contacts between the parties’ counsel and their witnesses.²⁰ Each side may appoint not only factual witnesses, but also their own experts.²¹

Again, international arbitration practice combines, in an effective manner, elements from both traditions. Factual witnesses, including party-affiliated witnesses, are usually heard in an international arbitration.²² It is also accepted in international arbitration that counsel may assist the witnesses in preparation for their examination.²³ At the hearing, counsel from both sides usually examine the witnesses but the scope of such examination is narrowed by a previously submitted written witness statement.²⁴

Conclusion

Today's globalization of international commercial arbitration is the result of a well-balanced "mix-and-match" processing involving many different legal traditions. As a result, international arbitration practitioners are usually chosen, among other things, for their ability to look beyond their own jurisdictional borders to a wider legal plane. Teams at law firms

specializing in international arbitration are therefore increasingly comprised of lawyers from various legal backgrounds, working side by side, and combining their legal skills and experiences. The global approach of Sciences Po's Law School is an excellent preparation for the challenges of such a globalized legal environment.

Notes

1. <http://master.sciences-po.fr/droit/en/node/28>
2. Queen Mary, School of International Arbitration, "International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008", p. 2.
3. Emmanuel Gaillard and John Savage, eds., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999), p. 50; Philippe Fouchard, "L'autonomie de l'arbitrage commercial international," *Revue de l'Arbitrage*, (1965), p.99.
4. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International, 2009), pp. 1748-1765.
5. See ICC 2008 Statistical Report, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 20(1) (2009).
6. Christian Borris, "Common Law and civil law: fundamental differences and their impact on arbitration," *JCI Arbitration* 60 (2) (1994), p. 78.
7. Christian Borris, "Common Law and civil law: fundamental differences and their impact on arbitration," *JCI Arbitration* 60 (2) (1994), p. 79; See also L. Pair, "Cross-Cultural Arbitration: Do the Differences Between Cultures Still Influence International Commercial Arbitration Despite Harmonization?" *ILSA Journal of International and Comparative Law* 9(57) (2002), p.62.
8. Julian D.M. Lew and Laurence Shore, "International Commercial Arbitration: Harmonizing Cultural Differences," in *AAA Handbook on International Arbitration and ADR*, ed. Thomas E. Carbonneau and Jeanette A. Jaeggi (JurisNet, LLC, 2006), p. 38 ; See also Lord Mackay of Clashfern, *Volume 11 Civil Procedure*, Halsbury's Laws of England fifth edition, (LexisNexis, 2009), para. 768.
9. Christian Borris, "Common Law and civil law: fundamental differences and their impact on arbitration," *JCI Arbitration* 60 (2) (1994), p. 80; See also Antwerp Luc Demeyere, "An essay on differing approaches to procedures under common law and civil law," *SchiedsVZ* (2008), p. 282.
10. Siegfried H. Elsing and John M. Townsend, "Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration," *Arbitration International*, 18(1) (2002), p. 59; See also Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Discovery in international arbitration: How much is too much?" *SchiedsVZ* (2004), p.14.
11. Lucy Reed and Jonathan Sutcliffe, "The 'Americanization' of International Arbitration?" *Mealey's International Arbitration Report* 16(4) (2001), p 39.

12. Christian Borris, "Common Law and civil law: fundamental differences and their impact on arbitration," *JCI Arbitration* 60 (2) (1994), p. 82.
13. Siegfried H. Elsing and John M. Townsend, "Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration," *Arbitration International*, 18(1) (2002), p. 59.
14. Emmanuel Gaillard and John Savage, eds., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999), p. 690: "Continental systems are familiar with the principle of compulsory disclosure of documents, but they implement it in a far more limited way".
15. See IBA Rules of Evidence, Article 3.
16. See IBA Rules of Evidence, Article 3.3.
17. Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Globalization of Arbitral Procedure," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36 (2003), p. 1329.
18. Siegfried H. Elsing and John M. Townsend, "Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration," *Arbitration International*, 18(1) (2002), p. 60.
19. Christian Borris, "Common Law and civil law: fundamental differences and their impact on arbitration," *JCI Arbitration* 60 (2) (1994), p. 82.
20. Lucy Reed and Jonathan Sutcliffe, "The 'Americanization' of International Arbitration?" *Mealey's International Arbitration Report* 16(4) (2001), p. 42.
21. Lord Mackay of Clashfern, *Volume 11 Civil Procedure*, Halsbury's Laws of England fifth edition, (LexisNexis, 2009), para. 844: "...the court's permission is not generally required to instruct an expert..."; Christian Borris, "Common Law and civil law: fundamental differences and their impact on arbitration," *JCI Arbitration* 60 (2) (1994), p. 82.
22. See IBA Rules of Evidence, Article 4.2.
23. See IBA Rules of Evidence, Article 4.3; See also Peter R. Griffin, "Recent Trends in the Conduct of International Arbitration- Discovery Procedures and Witness Hearings," *Journal of International Arbitration* 17(2) (2000), pp. 26-27.
24. See also ICC Rules, Article 20(3).

OLIVIER CUPERLIER

Modernité et spécificité de l'arbitrage OHADA



Avocat au Barreau de Paris
Arbitre agréé par le Centre de Médiation et d'Arbitrage
de la Chambre de commerce de Paris (CMAP)

L'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) a été instituée par le traité de Port-Louis (Ile Maurice) du 17 octobre 1993 (ci-après le Traité) qui lie aujourd'hui seize Etats-parties¹ essentiellement de l'Afrique de l'ouest et de l'Afrique centrale. Instrument juridique de sécurisation des échanges économiques dans cette région, ce traité fondateur proclame dans son préambule et son article 1er, essentiellement dans le but de rassurer les investisseurs étrangers, le désir de promouvoir l'arbitrage « *comme instrument de règlement des différends contractuels* ».

Pour ce faire, le Conseil des Ministres de l'OHADA a adopté le 11 mars 1999 un Acte Uniforme *relatif au droit de l'arbitrage* remplaçant, pour certains Etats, leur droit antérieur² et dotant ceux qui en étaient dépourvus (c'est-à-dire la majorité des Etats-parties) d'un droit de l'arbitrage commun aux seize Etats de l'espace OHADA. Surtout, et c'est la grande innovation du Traité, l'OHADA prévoit un arbitrage institutionnel sous l'égide de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), qui outre son rôle de Cour suprême chargée de veiller à la bonne application du Traité et des Actes Uniformes³, peut exercer en matière d'arbitrage les fonctions non juridictionnelles d'un centre d'arbitrage en même temps que celles d'une juridiction dotée de larges pouvoirs.

Il importe donc de bien distinguer le droit commun de l'arbitrage de l'OHADA tel qu'issu de l'Acte Uniforme qui est mis en œuvre dans les Etats-parties dans le cadre d'arbitrages *ad hoc* ou dans le cadre d'arbitrages administrés par des centres régionaux d'arbitrage (1.) de l'arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA qui présente ses propres règles et ses spécificités (2.).

1. Les principales innovations du droit commun de l'arbitrage OHADA créé par l'Acte Uniforme du 11 mars 1999

Alors que beaucoup d'Etats s'en remettent à la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage (qui présente le mérite de faire l'objet d'un consensus dans le monde de l'arbitrage international), l'OHADA a pris le parti de créer son propre droit. Le droit commun de l'arbitrage OHADA s'inspire toutefois assez largement du droit français de l'arbitrage international (plus libéral que celui régissant l'arbitrage interne) qu'il n'hésite pas à moderniser en intégrant les récentes évolutions de la matière. De fait, il s'applique à tout « *différend contractuel* » sans avoir égard à son caractère civil ou commercial, interne ou international.

Les brefs développements qui suivent consistent essentiellement à mettre en relief les principales innovations apportées par l'Acte Uniforme⁴.

1.1 Le champ d'application du droit commun de l'arbitrage OHADA

L'article 1er de l'Acte Uniforme sur arbitrage dispose :

« *Le présent Acte Uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats-parties* ».

Il s'agit donc clairement d'une règle supplétive de volonté de sorte qu'il est loisible aux parties ayant fixé le siège du Tribunal arbitral dans un Etat membre de l'OHADA de soumettre leur arbitrage à un droit autre que celui issu de l'Acte Uniforme et ce y compris dans le cadre d'un arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA.

L'article 4 de l'Acte Uniforme consacre le principe de la double autonomie de la convention d'arbitrage, à la fois vis-à-vis du contrat principal mais également du droit applicable à ce dernier puisque la validité de la convention d'arbitrage est appréciée « *d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique applicable* ». Cette disposition est particulièrement libérale et va au-delà de la jurisprudence française qui soumet quant à elle le principe de validité de la convention d'arbitrage au respect des dispositions des règles impératives du droit français et de l'ordre public international⁵.

De même, l'article 2 de l'Acte Uniforme qui prévoit que « *les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Etablissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* » est plus libéral que la jurisprudence française⁶ dont l'application se limite aux contrats du commerce international⁷.

Cette disposition est particulièrement importante quand on sait la place économique occupée en Afrique par les personnes de droit public, qu'elles agissent dans leur pays d'origine ou contractent avec des entités étrangères, ressortissantes de l'OHADA ou pas⁸.

1.2 L'instance arbitrale

Conformément aux législations modernes en matière d'arbitrage, l'article 14 de l'Acte Uniforme affirme le principe de la liberté des parties dans le choix de la procédure arbitrale et à défaut, celle de l'arbitre à qui il revient de « *procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié* ». En matière de procédure, l'Acte Uniforme érige toutefois deux principes : celui du contradictoire (a. 9) dont la violation est sanctionnée par la nullité de la sentence et celui de la loyauté procédurale interdisant aux parties de se prévaloir d'une irrégularité



qu'elles se seraient volontairement abstenues de soulever dans le but de se réserver un moyen de nullité de la sentence (a. 14 al. 8). Une telle disposition, de nature à renforcer la sécurité des procédures d'arbitrages, ne peut qu'être approuvée. On trouve d'ailleurs une disposition similaire dans la loi-type de la CNUDCI (a. 4) ainsi que dans le règlement d'arbitrage de la CCI (a. 33) et la jurisprudence française fait régulièrement application de ce principe qu'elle semble désormais ranger sous la bannière de l'estoppel⁹.

Enfin, il convient d'indiquer que dans le cadre d'un arbitrage non administré par la CCJA, le rôle de juge d'appui (appelé à intervenir en cas de difficulté dans la désignation du/des arbitre(s) ou de prorogation de délai) est assuré par le « *juge compétent dans l'Etat-partie* » désigné par la loi nationale de l'Etat dans lequel le Tribunal arbitral aura fixé son siège.

1.3 L'exécution et les voies de recours

En la matière, l'Acte Uniforme a retenu les solutions classiques du droit français, conformes tant à la Convention de New York de 1958 sur l'arbitrage qu'à la loi-type de la CNUDCI.

Comme le rappelle l'article 30 de l'Acte Uniforme, « *la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par le juge compétent dans*

l'Etat-partie » dans lequel l'exécution est poursuivie. Celui-ci doit refuser l'exequatur si la sentence est « *manifestement contraire à une règle d'ordre public international des Etats-parties* », la décision de refus n'étant susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la CCJA.

La sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en annulation « *qui doit être porté devant le juge compétent de l'Etat-partie* » (a. 25), l'article 26 prévoyant six cas de recevabilité d'un tel recours dont les quatre premiers sont identiques à ceux retenus par l'article 1502 du Code de procédure civile français, le cinquième visant le cas de la violation d'une « *règle d'ordre public international des Etats signataires du Traité* »¹⁰ et le sixième, le défaut de motivation de la sentence arbitrale.

En réalité, les innovations apportées par l'Acte Uniforme en matière de voies de recours concernent uniquement d'une part, la possibilité de former « *tierce opposition devant le tribunal arbitral par toute personne physique ou morale qui n'a pas été appelée et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits* » et d'autre part, la possibilité de former, toujours devant le Tribunal arbitral (à supposer qu'il puisse encore être réuni), un recours en révision contre la sentence « *en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive*

et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision » (a. 25 al. 4 et 5).

En effet, si ces deux voies de recours particulières sont admises en droit français de l'arbitrage, devant être exercées devant le juge étatique, le droit français les circonscrit, sauf exception, à l'arbitrage interne¹¹.

2. Les spécificités de l'arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA

L'arbitrage administré par la CCJA (ci-après appelé arbitrage CCJA) est régi par le titre IV (a. 21 à 26) du traité OHADA et par le Règlement d'arbitrage de la CCJA (ci-après le Règlement) qui a été adopté par le Conseil des Ministres le 11 mars 1999 soit le même jour que l'Acte Uniforme sur l'arbitrage.

Bien que largement inspiré du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), l'arbitrage CCJA n'aspire pas pour sa part à l'universalisme et limite son champ d'application à la clause d'arbitrage figurant dans un contrat dont une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats-parties ou si le contrat est exécuté en tout ou partie sur le territoire de l'un de ces Etats (a. 21 du Traité). Il convient immédiatement de souligner qu'en aucun cas

la CCJA ne tranche les différends qui lui sont soumis en vertu d'une convention d'arbitrage, la CCJA exerçant tour à tour une fonction d'administration des arbitrages et une fonction juridictionnelle d'exequatur et de contrôle de la validité des sentences arbitrales. C'est précisément ce qui fait la spécificité de l'arbitrage CCJA et qui est peut-être à l'origine de la défiance des opérateurs internationaux.

2.1 Le rôle de la CCJA en tant que centre d'arbitrage

Dans le cadre de ses fonctions administratives, la CCJA exerce des attributions proches de celles de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI : elle nomme le/les arbitre(s) en cas de carence des parties, confirme ceux nommés par les parties et statue sur les demandes de récusation.

De même, l'article 24 du Traité impose au Tribunal arbitral de soumettre tout projet de sentence (partielle ou définitive) à la CCJA qui ne peut faire que des remarques de pure forme. Toutes ces décisions sont de nature administrative, donc dépourvues de l'autorité de la chose jugée et sans recours, leurs motifs n'étant pas communiqués (a. 1.1 du Règlement).

Il est à noter que les arbitres désignés par la CCJA bénéficient « *des privilèges et immunité diplomatiques* » en application de l'article 49 du Traité.



Or, rien ne justifie cette protection excessive de l'arbitre désigné par la CCJA (tandis que le coarbitre désigné par une partie et seulement confirmé par la Cour ne jouira pas de cette protection alors qu'il siège au sein du même Tribunal arbitral !) qui n'est certainement pas de nature à conforter la confiance que doit inspirer la justice arbitrale. Cette disposition va à rebours des tendances modernes visant à responsabiliser l'arbitre¹².

2.2 Les attributions de la CCJA en tant que juridiction

Ces attributions s'exercent en matière d'exequatur et de contestation sur la validité de la sentence.

Selon l'article 25 du Traité, « *les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du présent titre ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat-partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat* » de sorte que l'exequatur de la sentence - accordé par ordonnance du président de la CCJA ou du juge délégué à cet effet - lui donne force exécutoire dans les seize Etats de l'espace OHADA ce qui constitue un atout indéniable de l'arbitrage CCJA.

Les parties insatisfaites d'une sentence disposent de deux types de re-

cours devant être formés devant la CCJA :

- soit dès le prononcé de la sentence, par le dépôt d'une requête - examinée contradictoirement par la Cour - en contestation de validité de celle-ci, le succès de cette procédure entraînant l'annulation de la sentence (a. 29 du Règlement);

- soit en formant opposition à l'ordonnance ayant accordé l'exequatur mais dans ce cas, le succès de l'opposition n'entraîne pas l'annulation de la sentence qui ne peut alors pas être exécutée dans l'espace OHADA (a. 30 du Règlement).

A ce titre, il est intéressant de relever que le Traité ne prévoit pas la possibilité de recours en annulation mais uniquement l'hypothèse du refus d'exequatur ce qui explique peut-être la terminologie embarrassée de l'article 29 du Règlement régissant l'action « *en contestation de validité* » à laquelle les parties peuvent d'ailleurs renoncer dans la convention d'arbitrage¹³. Il faut sans doute y voir un signe de la difficulté pour la CCJA statuant en tant que juridiction à annuler une sentence rendue sous son égide en tant que centre d'arbitrage...

La requête ou l'opposition ne peuvent être fondés que sur les quatre mêmes motifs limitativement énumérés à l'article 25 du Traité¹⁴ à savoir :

1°) l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;

- 2°) l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- 3°) le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;
- 4°) la sentence est contraire à l'ordre public international.

On retrouve ici la formulation de l'article 1502 du Code de procédure civile français à l'exception de l'hypothèse¹⁵ dans laquelle « *le Tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné* », disposition permettant d'annuler des sentences issues de procédures dans lesquelles l'arbitre ou l'un de ceux-ci a manqué à son devoir d'indépendance. Cette omission est regrettable quand on sait l'importance grandissante de la question de l'indépendance de l'arbitre qui ne peut être laissée à la seule appréciation du centre d'arbitrage quelle que soit la qualité de ses procédures de sélection et de contrôle des arbitres¹⁶.

En conclusion, on ne peut que louer l'OHADA pour son intérêt porté à l'arbitrage comme mode de règlement des conflits. Cela étant, on peut toutefois se demander si l'OHADA n'est pas allée trop loin dans sa volonté d'innovation en créant un système dualiste d'arbitrage¹⁷, avec d'un côté, un régime de droit commun et de l'autre, un régime autonome faisant de la CCJA

un centre d'arbitrage, ce qui peut être source de perplexité dans un milieu qui précisément aspire à une autonomie grandissante de la justice arbitrale vis-à-vis de la justice étatique, la place de chacune étant bien définie. En l'espèce, la dualité des fonctions de la CCJA introduit immanquablement une forme de confusion.

Notes

1. Auxquels il faudra prochainement sans doute ajouter la République Démocratique du Congo dont le processus d'adhésion est presque achevé
2. Uniquement pour les dispositions antérieures contraires à l'Acte Uniforme, les dispositions antérieures non contraires demeurant en vigueur (Avis de la CCJA du 30 avril 2001)
3. Il en existe actuellement huit (droit commercial général, droit des sociétés commerciales et du GIE, droit des sûretés etc.)
4. Pour un exposé complet, Philippe LEB- OULANGER : l'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, *Revue de l'arbitrage* 1999, p. 541 et s.
5. Arrêt Dalico, Cass. 1ère civ., 20 décembre 1993, Bull. civ. I n°372
6. Arrêt Galakis, Cass. 1ère civ., 2 mai 1966, Bull. civ. I n°256
7. Sur les débats actuels sur la capacité de compromettre des personnes publiques en droit français, v. Mathias AUDIT, notes sous CE, 31 juillet 2009, *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad*, *Rev. arb.*, 2009, p. 540 et sous CA Paris, 13 novembre 2008, *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad*, *Rev. arb.*, 2009, p. 389
8. Sur ce point, v. les actes du Colloque du 18 décembre 2009 à Sciences-Po « Contrats publics et arbitrage international », Editions Bruylant, à paraître
9. En dernier lieu, Cass.1ère civ., 6 mai 2009, Bull. civ. I n°86
10. Qu'en est-il de la violation de l'ordre public interne en matière d'arbitrage interne ?
11. V. Dominique HASCHER, *Arbitrage du commerce international*, Dalloz, Répertoire de droit international, n°170 et 172
12. V. par exemple, pour l'expiration du délai d'arbitrage, Cass. 1ère civ., 6 décembre 2005, Bull. civ. I n°462
13. Cette faculté de renonciation à ce qui est, même s'il ne dit pas son nom, un recours en annulation, est contraire aux principes du droit de l'arbitrage
14. Et repris à l'identique dans l'article 30.6 du règlement d'arbitrage de la CCJA
15. Pourtant prévue à l'article 26 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage
16. V. sur cette question, la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris 18 décembre 2008, *Sarl Avelines Conseil c/ Masuy*, *Rev. Arb.* 2009 p. 232 ; 12 février 2009 *Avax c/ Tecnimont* Ibid p.186 et s.
17. Ce qui, incontestablement, nuit à sa lisibilité.

ANTOINE ADELINÉ

« Arbitrage et Médiation »

« LA THÉBAÏDE OU LES FRÈRES ENNEMIS » ?



Avocat à la Cour & Solicitor
Associé, Contentieux et Arbitrage
Hammonds Hausmann
Chargé d'enseignement à SciencesPo.

« *Tout n'est pas dit quand un code a parlé* »
Victor Hugo, *Les Misérables*

INTRODUCTION

« *La Thébaïde ou les frères ennemis* ». On connaît la pièce de Racine, elle finit mal. « Arbitrage » et « Médiation » ; faux jumeaux et vrais rivaux ? La question de la rivalité ou de la complémentarité, pour ne pas dire des relations un peu incestueuses entre ces deux modes de résolution des conflits, est rarement posée de façon directe. L'arbitrage et la médiation relèvent d'une justice « alternative » (par opposition à la justice étatique, judiciaire, traditionnelle), mais ils ne sont ni entièrement substituables, ni directement concurrents. Cette autre justice est à la fois séculaire,¹ et d'une actualité brûlante².

Les commerçants sont généralement pragmatiques. Ils savent prendre des risques mais ils n'aiment ni les incertitudes procédurales ni les aléas judiciaires. Depuis quelques années on assiste en France (avec deux décennies de retard sur le monde anglo-saxon) à un vrai bon en avant en matière de médiation ; le passage d'une « justice douce », gadget un peu utopique, à la médiation moderne, technique éprouvée et souple permettant de gagner du temps et de l'argent tout en privilégiant les approches « gagnantes-gagnantes ». Cependant, à grande échelle, le recours à la médiation reste sinon confidentiel du moins limité³. Parallèlement le recours à l'arbitrage ne

décline pas. L'institution est certes critiquée pour sa lourdeur et son coût (notamment l'arbitrage international), mais reste incontournable s'agissant de la résolution des grands contentieux commerciaux internationaux.

Le succès croissant des modes « alternatifs⁴ » de règlement des conflits n'est pas un hasard. Le droit respire de plus en plus mal et la justice traditionnelle souffre de maux séculaires bien connus : coût, lenteur, lourdeur, complexité, accès difficile, absence de prévisibilité. Il y a 250 ans déjà, Voltaire ironisait sur le fait qu'il avait été ruiné deux fois dans sa vie : une fois parce qu'il avait perdu un procès, une deuxième fois, parce qu'il avait ... gagné un procès⁵. Ces travers du système judiciaire sont aujourd'hui de moins en moins tolérés.

Il n'est plus souhaitable que perdre l'appréhension traditionnelle du conflit commercial accepté comme un mal nécessaire, dont la gestion est déléguée à un conseil trop souvent lointain, en application de règles du jeu (de procédure) pas toujours claires. Lorsque le contrat devient un instrument de prévision et de sécurisation économique, sa fragilisation par l'aléa et les incertitudes judiciaires devient intolérable.



Après une indispensable clarification sémantique (I) et l'analyse des différences de régime (II) on relèvera certaines convergences entre l'arbitrage et la médiation (III).

I) CLARIFICATIONS SEMANTIQUES

La définition juridique de l'arbitrage n'est plus discutée. Il s'agit de « *l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci* » (C Jarosson). Cette qualification exclusive fonde un régime spécifique, bien connu des arbitragistes. La médiation pour sa part fait partie de la famille élargie des « Modes Amiables de Règlement des Conflits » (« MARC). Les anglo-saxons utilisent l'acronyme « ADR » « Alternative Dispute Resolution ».

Elle peut être appréhendée comme une méthode de résolution des litiges basée sur un processus structuré impliquant l'intervention d'un tiers neutre et indépendant et qui n'aboutit pas à une décision exécutoire s'imposant aux médiés. La médiation repose sur 5 piliers: (1) le volontariat, (2) la participation personnelle des intéressés, (3) l'assistance d'un tiers neutre impartial indépendant des parties et du juge, (4) une mission de confiance, (5) l'absence de pouvoir juridictionnel du médiateur.

II) DEUX PROCESSUS ET DEUX PHILOSOPHIES

A) Quand y avoir recours (avantages comparés et critères de choix)?

L'arbitrage et la médiation relèvent d'une justice alternative, mais ne sont ni entièrement substituables, ni directement concurrents. Les avantages de l'arbitrage sont bien connus: sa confidentialité, sa souplesse, sa relative rapidité, le choix des arbitres par les parties. A l'inverse on peut lui reprocher son coût (notamment pour l'arbitrage institutionnel), le risque de partialité des arbitres, et les difficultés de l'arbitrage multipartite. La médiation a des avantages comparables mais paraît plus attractive en termes de coût, durée et souplesse. Ses atouts majeurs sont de permettre d'éviter l'aléa judiciaire, et de préserver la relation d'affaire tout en favorisant les accords « gagnants- gagnants ».

S'agissant du choix entre arbitrage et médiation, le premier critère est de savoir s'il importe d'obtenir une décision (sentence) exécutoire, avec des voies de recours très limitées. Si c'est le cas, le recours à l'arbitrage s'impose. Pour la médiation, si elle aboutit, les parties seules pourront donner à leur accord une force contractuelle, et le cas échéant exécutoire, grâce à un protocole transactionnel.

L'arbitrage a une double nature à la fois juridictionnelle et contractuelle alors que la médiation est d'essence entièrement contractuelle. On change de paradigme. Par rapport au juge ou à l'arbitre, le médiateur ne tranche rien; bien au contraire. C'est un facilitateur de négociation. La médiation est d'abord un processus de re-construction et co-construction du dialogue, dans le but de trouver un accord satisfaisant pour les médiés.

B) Quel régime ?

L'arbitrage est balisé par un régime procédural bien connu dont certains justiciables et praticiens dénoncent aujourd'hui la lourdeur. La médiation a cela de déroutant pour les juristes qu'elle n'obéit à aucunes règles procédurales contraignantes préétablies. Le processus lui-même dure rarement plus d'une ou deux journées, les réunions plénières entre le médiateur et les parties pouvant être jalonnées de caucus privés.

Les phases essentielles de la médiation peuvent être résumées comme suit : (1) une session conjointe introductive, (2) l'identification du problème, (3) la détermination des besoins, (4) la recherche d'options, (5) la formalisation d'un engagement et la conclusion de l'entretien, avec le cas échéant, la rédaction d'un protocole transactionnel.

Dans un arbitrage ce sont les avocats qui sont en première ligne et cherchent à emporter la conviction d'un ou plusieurs arbitres neutres, en vertu de principes juridiques⁶. Dans une médiation on échappe à la dialectique du procès. La partie se joue à trois, sans polarisation sur les enjeux juridiques. Le médiateur et les parties mènent le jeu et se livrent en réalité à une négociation assistée. L'avocat dont la présence n'est pas obligatoire, veille utilement à la protection des intérêts de son client⁷, mais reste en retrait.

Les principes directeurs du procès (notamment le principe du contradictoire), bien évidemment applicables à la procédure arbitrale, ne s'imposent pas dans la médiation, ce qui donne

à cette dernière une souplesse unique. Cela ne veut pas dire que la médiation soit synonyme d'arbitraire et de manipulation, au contraire. Le médiateur doit rester scrupuleusement impartial. Durant le processus on constate une autorégulation responsable, et le développement progressif d'une empathie générale et partagée.

C) Les clauses contractuelles d'arbitrage et de médiation

1) L'efficacité comparée des clauses d'arbitrage et de médiation

Jusqu'en 2003 la portée juridique des clauses de médiation était floue et incertaine. Depuis un arrêt de la chambre mixte de la cour de cassation⁸ l'inexécution d'une clause contractuelle de conciliation (et par extension de médiation), dès lors qu'elle est claire, se heurte à une fin de non recevoir. La médiation acquiert ainsi une respectabilité contractuelle. Cette décision a été confirmée par un arrêt du 8 avril 2009⁹. S'agissant des clauses d'arbitrage, le débat est bien balisé. L'opposabilité de la clause compromissaire est consacrée par les textes, et l'arbitre peut statuer sur sa propre compétence en application du fameux principe « *kompetenz-kompetenz* ».

2) L'articulation des clauses de facilitation, médiation et arbitrage

Dans beaucoup de contrats internationaux complexes et/ou à exécution successive, on retrouve des chaînes/cascades de clauses prévoyant par exemple successivement, l'intervention d'un « Comité de résolution des conflits »



(« *Dispute Review Board* »), d'un « tiers évaluateur » puis, au stade final de l'escalade contentieuse, une clause de médiation et ou d'arbitrage. L'approche est pleine de bon sens mais en pratique la mise en œuvre et l'articulation des diverses clauses peut se révéler délicate. La simplicité est toujours préférable. Certaines clauses ambiguës se situent à la confluence de l'arbitrage, de la médiation, et de l'expertise. Cela a généré une casuistique jurisprudentielle, les juges se livrant généralement à une interprétation téléologique des clauses ambiguës.

III) DES CONVERGENCES

A) Une justice alternative ? (équité, amiable composition, médiation et « négociation raisonnée »)

Il faut ici se garder des confusions et d'un certain angélisme. On a pu dire justement que l'arbitrage est, en retrait des institutions judiciaires, une « *voie pacifique* »¹⁰. Henri Motulski considérait que l'arbitrage « *représentait un pas de plus vers l'harmonisation des intérêts sociaux et qu'il apparaissait comme une justice lénifiante* ». Parfois l'arbitre statue comme amiable compositeur, sans être tenu d'appliquer les règles de droit. Il y a ici incontestablement une certaine convergence avec la médiation.

Mais convergence partielle seulement, car l'essentiel est ailleurs. Plus que le résultat -aussi consensuel et équilibré soit-il-, c'est le processus qui fait toute l'originalité de la médiation. Le médiateur n'est pas là pour trancher ou pour trouver un équilibre idéal. C'est avant

tout un spécialiste de négociation dite intégrative, coopérative ou « raisonnée », au service des médiés¹¹.

B) Les modes hybrides et fusionnés

Les praticiens et universitaires (souvent anglo-saxons) ont proposé et développé de multiples modes de résolution des conflits hybrides, encore mal connus et peu pratiqués en France. Parmi les plus célèbres, à la croisée de l'arbitrage et de la médiation, citons : (1) la « *Med-Arb* » ; la technique combine la médiation qui se transforme automatiquement en arbitrage si elle échoue, (2) la « *Med than Arb* » ; il s'agit de la même technique, mais le médiateur et l'arbitre sont deux personnes différentes, (3) l'« *Arb-Med* » ; une tentative de médiation initiale est introduite dans un arbitrage, (4) le « *Mini trial* » ; dans un premier temps les avocats des parties échangent des mémoires et pièces, puis plaident devant les représentants des parties assistés le cas échéant d'un conseiller neutre, afin de permettre à ces derniers, dans un deuxième temps, de négocier pour tenter de trouver une transaction, (5) l'« *arbitrage non exécutoire* » ; les parties soumettent leur différend à l'arbitrage mais n'excluent pas le recours au tribunal de droit commun si la sentence ne les satisfait pas.

C) Le nouveau et très dynamique marché de la résolution des conflits

S'agissant de l'arbitrage, l'offre nationale et internationale est variée et connue. Il existe de très nombreuses institutions d'arbitrage,

généralistes ou spécialisées. Pour l'arbitrage international, la cour internationale d'arbitrage de la CCI reste l'institution incontournable.

En ce qui concerne la médiation, plusieurs centres institutionnels proposent aujourd'hui des services de qualité. Citons parmi les plus connus, à Paris, le « *Centre de médiation et d'arbitrage de Paris* » (CMAP), à Londres le « *Centre for Effective Dispute Resolution* » (CEDR). La CCI propose depuis 1998 des services de médiation (« *Règlement ADR* »). C'est un signe qui ne trompe pas.

Si intellectuellement la mise en concurrence de l'arbitrage et de la médiation n'est pas toujours satisfaisante, cela devient une réalité commerciale. Le marché de la résolution des conflits prend son autonomie et suscite de nombreuses convoitises. Le temps des monopoles est révolu. Les « MARC » eux même ne sont pas à l'abri de la concurrence. Je pense notamment au développement du nouveau et baroque «droit collaboratif» qui nous vient d'outre-atlantique.

En amont de la médiation et des « MARC », on voit se développer (notamment dans les contrats internationaux à exécution successive) les « *alliances stratégiques* ». Il s'agit de favoriser le dialogue, la souplesse, et le partenariat entre les cocontractants, afin de limiter, ab initio, les blocages et les recours judiciaires intempestifs, souvent paralysants et traumatisants.

Plus en amont encore, la prévention du risque juridique et judiciaire se généralise. Des normes, systèmes de contrôle, et procé-

dures souvent sophistiquées sont mises en place dans les entreprises bien gérées, afin de déceler les dysfonctionnements organisationnels sources de conflits. On mentionnera aussi le nouvel eldorado du « coaching » et de la médiation de projet. Il faut toutefois se garder d'un optimisme naïf. Le développement des « MARC » répond à une demande et à des besoins pratiques évidents, mais pose de graves questions théoriques et symboliques.¹²

CONCLUSION

Arbitrage et médiation ; la Thébaidé ou les frères ennemis ? Faux jumeaux ? Vrais rivaux ? Un peu tout cela, mais avec des points de convergence comme cette intuition commune si juste « qu'une extrême justice est souvent une injure¹³ » (on retrouve curieusement cet alexandrin dans la tragédie de jeunesse de Racine). L'époque est à la diabolisation du conflit, et la médiation, fausse jumelle de l'arbitrage, va dans le sens de l'histoire. Dans de nombreux cas elle pourrait être sinon une alternative, du moins un préalable utile à l'arbitrage.

Lorsque la négociation frontale est dans une impasse il est toujours temps de faire intervenir un tiers neutre et indépendant pour tenter de renouer les fils du dialogue et aider les médiés à trouver un accord satisfaisant. Ni juge, ni arbitre, ni Saint Louis, ni Salomon, ni Psy, le médiateur n'a aucun imperium.

C'est un facilitateur, un technicien, un artisan, (un artiste ?) du dialogue et de la négociation coopérative et raisonnée. ● ● ●

Le processus est confidentiel et, dans plus de deux cas sur trois, les parties finissent par trouver un accord. Un chiffre qui parle de lui même. Pour paraphraser Georges Braque, les preuves fatiguent la vérité mais aussi la justice¹⁴ !

A terme, trois dangers majeurs paraissent menacer la médiation. D'une part certaines dérives que connaît aujourd'hui l'arbitrage (notamment international), à savoir une « processualisation » excessive et artificielle. On chasse la procédure par la porte de l'entreprise elle revient par la fenêtre du palais !

D'autre part la tentation de transformer la médiation en *deus ex machina* sociale, ou en bouée de sauvetage institutionnelle. La médiation ne doit pas être instrumentalisée politiquement ou bureaucratiquement comme un moyen miracle de moderniser le système judiciaire ou de favoriser la démocratie dans la Cité. Cette confusion des genres est un piège mortel car la mission est hélas impossible (blocages structurels, problèmes d'indépendance, absence de vraie séparation des pouvoirs, etc.) Trop d'ambition peut tuer. Gardons toujours à l'esprit la lucidité caustique de Chamfort : « *Les anglais vénèrent la loi et méprisent l'autorité; les français c'est l'inverse* ».

Enfin, sur le terrain, il faudra trouver un *modus operandi* pour d'importantes questions e.g. l'harmonisation des diplômes, la formation et la certification de médiateurs respectés. Rien de pire que les guerres civiles, quoi de plus risible que la discorde chez les médiateurs !

Mais il faut terminer sur une note optimiste. « *Mon but n'est pas de convaincre mon adversaire mais de m'unir à lui dans une vérité plus haute* » disait St Thomas d'Aquin. Quatre siècles plus tard, moins angélique, le Cardinal de Retz, confirmait cependant : « *On est plus souvent dupé par la défiance que par la confiance* ». La confiance n'est elle pas précisément le grand pari de la justice alternative ?!

Notes

1. La distinction XC du Décret de Gratien (Recueil de droit canon rédigé vers 1140) précise « *Les évêques ne doivent point aimer les contestations et doivent chercher à accorder ceux qui ont des différends* ».
2. A Paris, le 22 novembre 2005, 45 grandes entreprises et fédérations professionnelles ont signé la « Charte de la médiation inter-entreprises ».
3. Un exemple : en 2009, les deux centres de médiation français les plus connus, le « CMAP » (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris) et le « Service de Règlement des différends » de la CCI ont traité respectivement trois cents et une trentaine de dossiers de médiation. Les statistiques globales recensant l'ensemble des médiations ad hoc sont par nature inexistantes du fait de la nature confidentielle de la Médiation.
4. On pourrait dire aussi « amiables », « appropriés », « adéquats », « astucieux »... !
5. La Bruyère ne dit pas autre chose. « *Orante plaide depuis 10 ans entiers en règlement de juges pour une affaire juste, capitale, et où il y va de toute sa fortune ; elle saura peut être dans 5 années quels seront ces juges, et dans quels tribunal elle doit plaider le reste de sa vie ...* » (« Les caractères »).
6. À moins qu'exceptionnellement, l'arbitre ne statue en amiable compositeur.
7. Il rédige généralement le protocole transactionnel formalisant l'accord final des parties. Ab initio il a aussi pour devoir d'informer et d'éclairer son client sur l'existence, les avantages et les limites de la médiation.
8. Cass. Ch Mixte 14 février 2003 ; Dalloz 2003, juris p1386 note P Ancel.
9. Cass Civ 1ere 8 avril 2009, JCP G no 43 note O. Cuperlier
10. Cornu et Foyer « *Procédure civile* » p. 63.
11. L'école de Harvard a brillamment théorisé ce type de négociation, dite sur le fond, coopérative, ou « négociation raisonnée » (en anglais, « *principled negotiation* »). Les représentants les plus célèbres en sont Fisher et Urry ("Getting to Yes", 1981). On peut résumer l'approche en quatre principes : (1) En ce qui concerne les acteurs, il convient de traiter séparément les questions de personnes et les différends(2) Donner la priorité aux intérêts en jeu plutôt qu'aux positions. Les intérêts sont les moteurs silencieux de l'action. (3) La recherche de solutions susceptibles d'apporter un avantage mutuel. (4) Le recours à des critères objectifs de négociation.

12. Si Sur le terrain des institutions, la fin du monopole de la justice étatique correspond à une re-féodalisation de la société. Le pouvoir juridictionnel est devenu, au prix d'une lutte de plusieurs siècles en Europe, un attribut du roi, la marque du souverain ; ce dernier en délègue l'exercice à ses magistrats. Juger, dans cette hypothèse, c'est dire le droit au nom du souverain, le roi ou la nation. La logique des « M.A.R.C. » remet en cause ce modèle occidental romano-canonique de l'Etat détenteur et régulateur exclusif du droit. Si l'on veut bien admettre que la justice au sens le plus fort du terme est d'essence religieuse et participe d'un « mystère » (l'expression est du Roi Charles V), les tentations et tentatives fonctionnalistes et managériales d'abolition du conflit et de sa mise en scène ne sont pas sans risques. Hannah Arendt avait relevé que c'est le propre de la pensée totalitaire de concevoir une fin des conflits.

13. Tiré de l'adage latin bien connu ; « *Summun jus summa injuria* » (Cicéron, de Officiis, I, 10,33)

14. Le rôle des juristes pour reprendre une formule de Pierre Legendre est : « *d'entretenir une mystique de l'utopie enclavée dans une logique de dogme* ». La réforme de la justice

est une œuvre, urgente nécessitant des précautions d'archéologue. Les M.A.R.C. peuvent y contribuer, à condition qu'on ne les tienne pas pour des remèdes miracles.

BENJAMIN GUELFY

Arbitral tribunal is competent despite the lack of ratification of the treaty containing the arbitration clause

« YUKOS VS. RUSSIAN FEDERATION » INTERIM AWARD
ON JURISDICTION AND ADMISSIBILITY



Elève en Master Droit Economique
Spécialité Contentieux économique et arbitrage

The Interim Award on Jurisdiction and admissibility¹ adopted by a Tribunal of the Permanent Court of Arbitration of the Hague under the UNCITRAL rules last November 30th declaring that the Tribunal has jurisdiction on the merits of the case may seem revolutionary *prima facie* since it forces Russia to apply the arbitration clause contained in the Energy Charter Treaty (ECT) that was signed in 1994 but never ratified by the Duma (Russian Parliament).

This is actually the last episode of a long and delicate fight between Mr. Khodorovsky who was once Russia's richest man and owner of oil-giant *Yukos*, and the Russian government.

Problems arose back in 2003 when Russia's Tax authorities launched a series of investigations for tax fraud and embezzlement against Khodorovsky and Yuko's management which eventually led to nine-year prison sentences² and massive tax reassessments that brought Yukos into bankruptcy, allowing State-owned Gazprom and Rosneft to buy its assets. Actions have already been brought in Russian Courts as well as in the European Court of Human Rights.

As a last resort, the main stock-holders created trusts they incorporated in other signatory States of the Energy Charter Treaty to benefit from its investment protection clauses and claimed the expropriation of Yukos to obtain Russia's condemnation to over 100 billion US dollars in damages, making this the "biggest arbitration in history"³. Three parallel arbitrations were initiated under article 26 (1) of the ECT Treaty⁴. The tribunal was constituted but Russia objected *in limine litis* the lack of jurisdiction of the Tribunal, arguing that the ECT was not binding given the absence of parliamentary ratification. This case has brought back into discussion the legal effects of treaties during the provisional application (1.) by adopting a controversial solution regarding the enforceability of the

arbitration clause contained in the treaty (2.).

1. The status of "provisional application" in International Law.

Traditionally, treaties that had been signed but not yet ratified by national competent authorities (mainly the Legislative power), were considered not to produce the *pacta sunt servanda* effect. State's provisional application was a matter of *bonne foi*⁵ of each contracting party, regulated by customary law. This solution was codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties adopted in 1969⁶ with its article 25 allowing signatory States to provide the "provisional application" of treaties. However, under the Vienna convention, provisional application was not the equivalent of *pacta sunt servanda*, an effect that was reserved only to "treaties *in force*" (article 26). Scholars consider that provisional application clauses can be analyzed as rules of soft law inserted in a hard law instrument that has not yet come into legal existence⁷.

Their role is to prepare the advent of the new treaty, not to accelerate the adoption. This is coherent with the fact that signatory States can terminate *ad nutum* their provisional application and as a result, an international tribunal cannot enforce provisional measures and State's responsibility cannot be engaged on these grounds⁸.



Instead, the binding force of the Treaty relies on parties' *bonne foi* and it is framed in the Executive Power's prerogatives⁹. This rule has been inserted in article 18 of the ECT which praises that States must "*refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when: (...) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty ...*" [emphasis added]. That is to say that under provisional application, States must avoid taking actions against the treaty and a contrario, there is not a positive obligation that bounds States with the treaty's provisions. This is *de lege lata*, the sole obligation for States during this lapse of time.

As we have seen, the intensity of State's obligation under provisional application is located somewhere between the prohibition of acting against the treaty and the respect of Parliament's rights. For illustration, in France the "*décret de publication*" that gives enforceability to a new treaty and makes it binding vis-à-vis of State's administrations is only issued after the Treaty is accepted by the Parliament. Before such publication, the Treaty cannot be invoked before local Courts.

2. The binding effect of arbitration clauses during the provisional application of a Treaty.

In the "Yukos vs. Russia" Interim Award the Tribunal first discusses the scope of application of

the "*provisional application clause*" contained in the ECT (art.45(1)). This article provides that "*each Signatory agrees to apply [the] Treaty provisionally*" but it frames this application "*to the extent that such provisional application is not inconsistent with [each State's] laws or regulations*". Arbitrators conclude that Russia's laws and regulations are not inconsistent with the principle of provisional application of treaties itself since both USSR and Russia have regularly applied treaties on a provisional basis. Furthermore, the "*Russian law on International treaties*" recognizes the provisional application¹⁰. If the Russian legislator authorizes the Executive to conclude treaties and to apply them provisionally and the ECT provides for provisional application then the entire ECT is applicable despite its lack of ratification; all the obligations contained are enforceable. In addition, the Tribunal brings into light Russia's active participation in the ECT since "*a national of the Russian Federation remains – or remained – Deputy Secretary General of the Energy Charter Secretariat [sic]*"¹¹. Such participation was another sign of its consent to be bound by the treaty, leading to the enforceability of the ECT.

The tribunal then analyzes its jurisdiction *ratione personae* and *ratione materiae* concluding that Yukos Limited is an "investor" from another "contracting State" and that its claims concern an "investment" that it is protected by the ECT.

Consequently, the dispute resolution clause (art. 26) is applicable to Yuko's claims against Russia and the tribunal is competent on the merits of the case.

As we can see, the tribunal's reasoning seems to focus mainly on the clauses of the Treaty. However, the treaty was never ratified by the *Duma*. Going back to the status of provisional application of treaties Mr. Geslin concludes his thesis by saying that under provisional application "*[S]eules seront exécutées [les obligations] pour lesquelles le gouvernement dispose d'une compétence autonome et non partagée. Et ce qu'il y ait ou non autorisation législative*" [emphasis added]¹². That is to say that the existence of a general and previous authorization made by the legislator does not change the nature of provisional engagements for which a law is required since the non-ratified ECT has not yet entered into force.

It is curious that being confronted to a non-ratified treaty, the Tribunal does not turn to International Law regulations to determine the scope of enforceability of its provisions. Instead, it reinforces its position by quoting a previous ICSID case in which the tribunal had found that "*such provisional application imports the application of all its provisions as if they were already into force, even though the treaty's proper or definitive entry into force has not yet occurred*"¹³.

The sentence may seem paradoxical for it admits the weak intensity of the treaty's obligations but still uses a fiction "*as if they were*" to declare the provisions fully enforceable. This is the only jurisprudence or arbitral case law that reached the same conclusion. It is inquisitive that Maître Yves Fortier was the President of both tribunals in *Kardassopoulos* and in the *Yukos* case.

Russia's Law – the same is true of French Law¹⁴ despite being considered as a "*pro-arbitration*" country – requires a specific Law to enable the arbitration of State's interests¹⁵. The Executive's duty of *bonne foi* towards the ECT's provisional application could not lead him to impose an arbitration agreement regardless of the *Duma's* prerogatives. Being a dispute resolution clause, one may argue that its nature stands for a provisional application more easily than any other substantive obligation contained in the treaty.

Indeed article 26 only provides for a mechanism, an alternative dispute resolution system. We disagree with this analysis. Pro-arbitration interpretation of contracts and treaties is understandable but not when it goes beyond the sovereign rights of Parliament. Renunciation to national court's jurisdiction is a risk for every State and it represents a heavy obligation; it is therefore understandable that Parliaments reserve the right to authorize such renunciation.



3. Final considerations.

The basis on which the Tribunal has declared itself competent may seem fragile and turn out to be particularly problematic if claimants ever seek to enforce an eventual award in Russia. Russian courts may find that the award is “contrary to the public policy of the Russian Federation” a ground for refusing recognition of an arbitral award in Russia¹⁶. Indeed the “incapacity” of one of the parties to the arbitration denies the recognition of an award under Russian Law¹⁷. Thus, collecting a hypothetical condemnation that represents over 10% of Russia’s GDP without the State’s cooperation seems difficult, not to say impossible¹⁸.

Finally, this award takes us back to the problem that represents the lack of a superior or appeal tribunal in international arbitration capable of unifying these solutions as suggested by Me. Emmanuel Gaillard¹⁹. There are hundreds of non-ratified treaties in the world and the status of their enforceability before their entry into force seems crucial both for States and for investors particularly concerning the arbitration agreements contained.

However, the legal *rationale* in this award seems hardly applicable to other cases for it focuses exclusively on the treaty’s clauses and leaves aside the theoretical problem of International Public Law. Furthermore, this is the

second case in which such solution is applied and in both cases the President of the tribunal appears to be the same person as seen *supra*.

Some journalists have suggested that this award constituted a major opportunity for other companies (mainly Shell and British Petroleum) that are also seeking indemnification for Russia’s policy on oil-matters in recent years. Again, we see this solution as hardly transposable to other cases. *Yukos v. Russia* will roughly become the *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka* of the early XXth century.

Notes

1. “Yukos Universal Limited – and – The Russian Federation” PCA Case No. AA 227 *Interim Award on Jurisdiction and Admissibility*. A copy of the award can be found at www.ita.law.uvic.ca/
2. Award § 49 & sq.
3. KRAMER Andrew “A Victory for holders of Yukos” *The New York Times*, 1/12/2009 <http://www.nytimes.com/2009/12/02/business/global/02yukos.html>
4. Energy Charter Treaty signed in Lisbon on the 17th December 1994.
5. Law scholars consider this rule was established in the “Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia” PCIJ, August 25th 1925. SEE COMBACU Jean and SUR Serge “*Droit International Public*” 8ème edition, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2008 (§119).
6. Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted by the UN General Assembly on the 23rd may 1969)
7. HILLGENBERG H. “A fresh look at soft law” *European Journal of International Law*, 1999, vol 10 n°3 p.499.
8. In his thesis Albane Geslin provides a thorough study on the non-binding effects of treaties under provisional application SEE “L’accord d’application provisoire: un acte juridique non contraignant” in GESLIN Albane “La mise en application provisoire des traités”, Publication de la Revue Générale de Droit International Public, Editions A. Pedone, Paris 2005 (p.287 and sq.)
9. Executive power can only apply on a provisional basis treaty’s provisions that are consistent with the Constitution and the Laws of the State. By acting differently, there would be a violation of Parliament’s rights.
10. Award, § 381 & sq.
11. Award §390 and sq.
12. “Only obligations for which the government had an autonomous competence shall be executed. This regardless of the existence of a legislative authorization” GESLIN Albane “*La mise en application provisoire des traités*” op. cit. (p.327)
13. *Kardassopoulos v. Georgia* ICSID Case no. Arb/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007.
14. Article 2060 of the French Civil Code.
15. Paragraphs 2 and 4 of the Law of the Russian Federation on Commercial arbitration.
16. Art. 36 (2) of the Law of the Russian Federation on International Commercial arbitration.
17. Art. 36 (1) of the Law of the Russian Federation on International Commercial arbitration.
18. KRAMER Andrew “A Victory for holders of Yukos” op. cit.
19. *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, Janvier2009, chron. 2 Chronique des sentences arbitrales Chronique par Emmanuel Gaillard ;

ARNAUD CONSTANS

L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit français



Elève en Master Droit Economique
Spécialité Contentieux économique et arbitrage

Le fort développement de l'arbitrage ces dernières années a vu l'émergence de problématiques nouvelles, parmi lesquelles figure celle de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres. Peu traitée, cette question n'en demeure pas moins centrale à l'heure où un nombre réduit d'arbitres se doit de traiter un volume de contentieux de plus en plus conséquent. Ces arbitres sont d'ailleurs amenés à articuler une vie professionnelle et la fonction d'arbitre. Comme l'indiquait le professeur Fouchard en 1978, « *il faut admettre que tout arbitre, par hypothèse, est un « cumulard » ; et que le plus souvent, sa fonction principale crée pour lui, tout à fait normalement, un réseau de relations et d'intérêts. Les interférences avec les litiges dont il peut connaître sont des plus diverses, et il est difficile de régler à l'avance leurs conséquences* »¹.

La transposition de ces deux notions d'indépendance et d'impartialité au domaine de l'arbitrage a fait l'objet de vastes débats. Initialement conçus par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme pour être appliqués aux juges étatiques, ces standards se sont peu à peu imposés en droit de l'arbitrage. Certains auteurs ont fait valoir que ces notions recouvraient des réalités distinctes suivant qu'elles s'appliquent aux juridictions étatiques ou aux tribunaux arbitraux². Nous nous contenterons simplement de relever que l'indépendance caractérise l'absence de tout

lien de dépendance entre l'arbitre et les parties, alors que l'impartialité se définit comme une « *disposition de l'esprit* » consistant à « *donner pertinence aux faits, aux arguments et interprétations qu'on va développer devant eux* »³. Le thème de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre peut être abordé de deux manières : soit au travers des procédures dont dispose une partie pour faire sanctionner le défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un arbitre, soit en s'intéressant à l'appréciation concrète du degré d'indépendance de l'arbitre.

Nous avons privilégié la première approche. Nous nous proposons de dresser un bref tableau de l'état du droit positif sur la question de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Il s'agira en premier lieu de se pencher sur l'évolution des textes et de la jurisprudence depuis les années 1960 (1.) avant de décrire rapidement les solutions que propose le droit français pour assurer la confiance des parties à un arbitrage (2.).

1. L'émergence d'une prise en compte du devoir de révélation des arbitres dans les années 60

Pendant longtemps, le prestige des arbitres les plaçait au dessus de tout soupçon. De ce fait, la thématique de l'indépendance des arbitres faisait l'objet de peu d'attention ;

ainsi, le règlement de 1922 de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) ne faisait-il aucune référence aux exigences d'indépendance ou d'impartialité pesant sur les arbitres. En outre, la pratique des arbitres-avocats, assez courante dans les pays anglo-saxons, s'opposait à ce que ces qualités soient exigées des arbitres. A titre d'exemple, le règlement de la prestigieuse London Court of International Arbitration (LCIA) précisait que "*nothing shall prevent an arbitrator from becoming the advocate of the party by whom he has been appointed*". Dans le sillage de nombreux textes de portée internationale, aussi bien des règlements d'arbitrage que des Conventions internationales (A), la jurisprudence française a commencé à s'attaquer au problème de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres dans les années 1960 (B).

A. L'indépendance et l'impartialité prescrite dans des textes de portée internationale

Les notions d'indépendance et d'impartialité en matière juridictionnelle ont été consacrées par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948. Mais c'est bien l'article 6 §1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH) qui posa avec acuité le problème de l'indépendance des arbitres. En effet, si l'article 6§1 dispose que cette exigence ne vaut que pour les tribunaux

institués par la loi, il reste muet quant à son application aux tribunaux arbitraux. Une partie de la doctrine a considéré que l'article 6§1 ne concernait pas l'arbitrage⁴. Et les formulations employées par la Commission des droits de l'Homme plaident en ce sens⁵. Pourtant, Me Mourre a adopté une position plus mesurée, et fait valoir que le recours à l'arbitrage ne valait renonciation qu'à certaines garanties prévues par l'article 6§1, notamment la publicité⁶. Un autre auteur a estimé que l'article 6§1 s'applique indirectement à l'arbitrage, puisque la renonciation « *à la compétence des juridictions étatiques vaut aussi longtemps que le droit de chacun à un tribunal indépendant et impartial est respecté* »⁷. En dépit de ces hésitations doctrinales, et de la position adoptée depuis quelques temps par la Cour de cassation, il semble toutefois raisonnable de penser que la formulation de l'article 6§1 a incité les arbitres et les juges étatiques à se conformer à l'exigence d'indépendance et d'impartialité⁸.

Quant aux règlements d'arbitrage, ils sont nombreux à édicter l'exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres, ou du moins l'exigence de révéler les faits de nature à induire un doute quant à l'arbitre. L'article 2.7 du règlement CCI de 1988 dispose en effet que « *tout arbitre nommé ou confirmé par la Cour doit être indépendant et impartial* ».



La LCIA, longtemps réfractaire à cette idée, a amendé son règlement si bien que son article 3.1 dispose que « *all arbitrators conducting under these rules shall be and remain at all times wholly independent and impartial, and shall not act as advocate for any party* ». La CNUDCI posait quant à elle les mêmes exigences dans son règlement de 1976.

B. Les constructions jurisprudentielles des années 60 et 70 ont imposé de plus grandes exigences aux arbitres

Disposant que les arbitres « *ne pourront être récusés si ce n'est pour cause survenue depuis le compromis* », l'article 1014 de l'ancien Code de Procédure Civile (CPC) ne dotait pas les juges des outils adéquats pour sanctionner les comportements tangents de certains arbitres peu scrupuleux⁹. D'ailleurs- et c'est toujours le cas- aucun texte de droit interne ne faisait reposer sur l'arbitre la moindre exigence d'indépendance ou d'impartialité. Les juges, se trouvant alors dans une situation plutôt incommode, ont fait droit à des moyens inventifs et élaborés pour sanctionner le défaut d'indépendance. La chambre commerciale de la Cour de cassation devait faire le premier pas en 1964 en considérant que l'ignorance par une partie d'une circonstance de nature à induire un doute sur l'indépendance d'un arbitre « *était de nature à entraîner la nullité du compromis pour erreur*

sur la qualité substantielle de la personne ».

La tâche était plutôt simple lorsqu'il s'agissait d'un manque d'indépendance né postérieurement au compromis d'arbitrage : l'article 1014 CPC permettait de récuser l'arbitre. Mais quid si une cause de récusation était antérieure au compromis ? La Cour de cassation a alors admis qu'une partie pût former un appel nullité contre l'ordonnance d'exequatur pour violation des droits de la défense, ou plus simplement faire opposition à l'ordonnance d'exequatur du fait du vice de consentement entachant le compromis d'arbitrage. Le recours à des notions classiques du droit permettait aux juges de sanctionner le défaut d'indépendance des arbitres.

La question était plus complexe en présence d'une clause compromissoire : la désignation des arbitres étant un acte unilatéral, on ne pouvait pas faire valoir que la nomination d'un arbitre était entachée d'un vice de consentement. Pourtant, la Cour de cassation l'admit et considéra que la désignation d'un arbitre était un « *élément substantiel de la convention d'arbitrage, procéd[ant] de la volonté commune des parties lesquelles prennent en considération les qualités des personnes qu'elles appellent à juger leur litige* »¹⁰. Ainsi, un vice de consentement au stade de la désignation d'un arbitre pouvait annihiler la convention d'arbitrage.

D'ailleurs, l'arrêt cité revêt une importance toute particulière, puisqu'il consacra le principe selon lequel viciait le consentement l'ignorance d'une circonstance de nature à faire naître un doute quant à « *l'indépendance d'esprit de l'arbitre* ». Soucieuse de protéger les parties contre des pratiques peu loyales, la Cour d'Appel de Paris, suivie par la Cour de cassation, a jugé qu'une partie signataire d'un compromis d'arbitrage et non informée de circonstances de nature à établir un défaut d'indépendance de l'arbitre n'avait pas à prouver son ignorance. En outre, la charge de la preuve de la connaissance de ces circonstances reposait sur la partie adverse¹¹.

Bien ancrées en jurisprudence, les exigences relatives à l'indépendance et d'impartialité des arbitres sont prises en compte de diverses manières, dont nous présenterons les plus courantes sans prétendre à l'exhaustivité.

2. Les solutions existantes pour s'assurer que les parties ne soient pas laissées dans l'ignorance de l'absence d'indépendance ou d'impartialité d'un arbitre

Enclenché par la jurisprudence dans les années 1960, le mouvement vers un plus strict encadrement des conditions de désignation et de sanction des circonstances de nature à créer un doute quant à l'impartialité des arbitres fut poursuivi par le législateur. Outre

les dispositions prévues dans les règlements d'arbitrage, la loi et la jurisprudence apportent aujourd'hui un certain nombre de garanties en vue de protéger les parties à l'arbitrage contre un arbitre indépendant ou impartial, qu'il s'agisse du devoir de révélation (A), des possibilités de récuser un arbitre (B) ou de s'opposer à l'exequatur d'une sentence (C).

A. L'article 1452 du Code de Procédure Civile relatif à l'obligation de révélation

L'article 1452 CPC, apparu à la faveur du décret 81-500 du 12 Mai 1981, peut être conçu comme la suite logique de la jurisprudence ci-dessus mentionnée : puisque toutes circonstances non révélées à une partie et de nature à créer un doute sur l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre peuvent entraîner la nullité du compromis d'arbitrage, les arbitres étaient ipso facto contraints à un devoir de révélation sur leurs liens avec les parties. La Cour Suprême des Etats-Unis était d'ailleurs parvenue à cette conclusion dès les années 60¹², en remarquant qu'une atmosphère de confiance était atteinte plus facilement « *via la révélation par l'arbitre de toute transaction financière qu'il a eue ou pour laquelle il est en négociation avec l'une ou l'autre des parties* ». Les règlements d'arbitrage imposaient eux aussi un devoir de révélation¹³.



Comme le relève un auteur, le devoir de révélation a l'avantage de « purger (...) la procédure arbitrale d'une annulation »¹⁴. Fondé sur cette idée, l'alinéa 2 de l'article 1452 CPC dispose que « l'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties ».

Un manquement à ce devoir de révélation peut entraîner l'annulation de la sentence s'il constitue une présomption « suffisante de défaut d'indépendance ou d'impartialité ». Les juges se doivent donc d'apprécier au cas par cas si un arbitre a satisfait à son devoir de révélation, cette tendance étant renforcée par l'arrêt de la Cour de cassation du 28 Avril 1998, énonçant que les causes de récusation de l'article 341 CPC sont indicatives et non limitatives. Un arrêt de la première chambre civile Cour de cassation¹⁵ a permis d'étendre l'obligation de révélation, en approuvant la Cour d'appel de Paris qui avait jugé que le juge d'appui peut faire injonction à une partie de communiquer le nombre d'arbitrages dans lesquels il avait précédemment choisi l'arbitre nommé.

En d'autres termes, le juge d'appui peut désormais s'assurer de la bonne application de l'article 1452 CPC, ce qui semble s'éloigner de sa mission traditionnelle qui est de désigner un ou plusieurs arbitres « si la constitution

*du tribunal arbitral se heurte à une difficulté de fait de l'une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation »*¹⁶.

B. Les causes de récusation d'un arbitre

Longtemps, la récusation de l'arbitre s'est heurtée à une difficulté pratique : les causes de récusation d'un arbitre doivent-elles être identiques à celles d'un juge ? Jusqu'en 1998, la Cour de cassation a répondu par l'affirmative, ce qui limitait les causes de récusation d'un arbitre à la liste limitativement énumérée par l'article 341 CPC¹⁷.

Pour les professeurs Loquin et Dubarry, ces causes de récusations étaient « suffisamment larges pour préserver la loyauté de l'instance arbitrale ». Pourtant, Me Moreau faisait valoir qu'« il est parfois exigé de l'arbitre que son indépendance ne puisse être suspectée »¹⁸, et que les cas de récusation de l'ex-article 378 CPC (aujourd'hui 341) étaient trop restrictifs. La Cour de cassation en vint effectivement à considérer que les conditions de récusation de l'article 341 CPC sont indicatives et non limitatives¹⁹. Les arbitres et les juges, dans le cadre de la récusation, doivent ainsi apprécier au cas par cas non pas si un juge est indépendant ou impartial, mais aussi si une partie à l'arbitrage pouvait raisonnablement douter de l'indépendance et de l'impartialité d'un arbitre²⁰.

Comme l'ont relevé plusieurs auteurs, cette exigence découle de la nature contractuelle de l'arbitrage ; une erreur quant aux qualités substantielles d'un arbitre est de nature à vicier le consentement.

Les institutions d'arbitrage prévoient, dans leurs règlements, la possibilité de récuser un arbitre. La plupart du temps, la cour ou le comité d'arbitrage est alors appelé à se réunir pour statuer sur la récusation de l'arbitre²¹. Le juge français reconnaît aux institutions d'arbitrage le droit de procéder elles mêmes à la récusation²².

C. Le recours en annulation pour violation de l'article 1502 ou 1484 CPC

Dans l'hypothèse où une partie n'aurait pas eu connaissance de faits de nature à provoquer un doute sérieux quant à l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre lors de l'instance arbitrale, elle pourrait exercer un recours en annulation contre cette sentence ou contester l'exequatur. Il lui sera possible d'invoquer soit une violation du contradictoire, soit la nullité de la convention d'arbitrage, soit la composition irrégulière du tribunal arbitral²³. A l'inverse, une partie qui aurait eu connaissance de tels faits lors de l'instance est réputée avoir renon-

cé à s'en prévaloir²⁴, et ne peut donc obtenir l'annulation de la sentence sur ce fondement²⁵.

La nature spécifique de l'arbitrage, à mi chemin entre le contractuel et le juridictionnel, a incité les juges puis le législateur à consacrer une exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres²⁶. Les parties à un arbitrage disposent désormais de divers outils leur permettant de se prémunir contre un arbitre dont l'indépendance ou l'impartialité poserait question. Comme nous l'avons vu, du fait du caractère non limitatif des causes de récusations de l'article 341 CPC, les juges sont amenés à observer au cas par cas si un arbitre est ou non indépendant ou impartial, ou si, du moins, il a accompli son devoir de révélation. Une prochaine contribution pourrait tenter une synthèse de la jurisprudence pour observer comment procèdent les tribunaux pour évaluer ces données.

Notes

1. P.Fouchard, Rev. Arb. 1979, p.457
2. M.Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, Paris 2001, p.122 et suiv.
3. M.A Frison Roche, *L'impartialité du juge*, D.1999 p.52; voir aussi Partick Courbe, *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre*, D.1999, p.497 ; E.Loquin, *Les garanties de l'arbitrage*, P.A. 20 Octobre 2003, n°197, P.13 ; l'impartialité est appréciée objectivement par les tribunaux : Cass com 3 Novembre 1992, Bull civ IV, n°345 p.246, D.1993 p.538 ; RTD civ 1993 p.882, note J.Normand
4. Ch. Jarrosson, *L'arbitrage et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Rev.arb. 1989, p.573
5. Commission des Droits de l'Homme, 27 Novembre 1996, D.R 87-B, p.112 ; C.E.D.H, 27 Février 1980, Deweer c/ Belgique
6. A.Mourre, *Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Gaz.Pal, 2 Décembre 2000, n°337, P.16
7. M.Henry, Ibid; dans ce sens, Rev.arb 2009 p.797, comm : « *Il n'entre pas dans les pouvoirs de la Cour Européenne d'obliger les arbitres à respecter l'article 6§1. La Cour s'adresse aux Etats signataires de la CEDH, et, à travers eux, à leurs organes, notamment leurs organes juridictionnels* ».
8. A.Mourre, Ibid, P 24 « *quant à l'indépendance et l'impartialité du Tribunal, les exigences posées par la jurisprudence française en matière d'arbitrage international son conformes aux exigences de la Convention* ». L'arrêt Dultco s'inscrit dans ce raisonnement, Cass 1ère civ, 8 Juin 1999, Rev. Arb.2000, p.119, note E.Loquin ;
9. B.Moreau, *La récusation des arbitres dans la jurisprudence récente*, Rev.Arb.1975, p.223
10. Cass 2ème civ, 13 Avril 1972, Ury c/ SA Galleries Lafayette ; Rev.Arb. 1975 p.235 ; J.C.P 1972.II.17189
11. Cass 2ème civ, 20 Février 1974 F.O.C.A C/ Hydrocarbon Engineering et autre; Rev. Arb.1975p.238 et suiv. ; RTD civ, 1974, p.255
12. Cour Suprême des Etats-Unis, Commonwealth Coating Corps c/ Continental casualty Co et al – US- 21L Ed 2d 301
13. Article 9 du Règlement de la CNUDCI de 1976
14. M.Henry, Ibid, p.230
15. Cass 1ère civ, 20 Juin 2006, Bull 2006 I N°311 p.269; Rev.arb 2007 p.463 note J.Ortscheidt
16. Article 1444 alinéa 1er du Code de Procédure Civile
17. Cass 2ème civ, 14 Novembre 1990, Bull civ II n°230, p.117 ; RTD com 1992, p.167

18. B. Moreau, Ibid ; dans le même sens, Ch.Jarrosson , Rev.arb. 1991, p.75
19. Cass 1ère civ, 28 avril 1998, pourvoi n°96-11637, D.1998 p.131
20. CA Paris, 1ère ch.civ, 23 Mars 1995, Soc. Maec SA, Soc. Domiticom Sarl c/ P. Mumbach ; RTD com. 1995, p.588 note Dubarry et Loquin
21. Article 11 du Règlement de la CCI ; Article 8 du Règlement de l'Association Française d'Arbitrage (AFA) ; Article 12 de la loi type de la CNUDCI
22. CA Paris, 15 Janvier 1985, Opinter;
23. E.Loquin, *Les garanties de l'arbitrage*, Ibid
24. Rev Arb. 1996, p.352 note P.Fouchard
25. A moins que la revelation n'ait été imprécise, CA Paris 12 février 2009, J&P Avax c. Tecnimont, Gaz Pal 21 Mars 2009, n°80 p.53, note Mourre et Pedone
26. Etant entendu que les parties peuvent renoncer à cette exigence.

BENJAMIN GUELFY, HADRIEN BOURRELLIS, ROMAIN DETHOMAS

« *Aspects philosophiques du droit de
l'arbitrage international*¹ »
d'Emmanuel Gaillard

Benjamin Guelfy
Elève en Master Droit Economique
Spécialité Contentieux
économique et arbitrage

Hadrien Bourrellis
Master Finance & Stratégie
Licence de Droit, Université
Paris II Panthéon-Assas

Romain Dethomas
Elève en Master Droit Economique
Spécialité Contentieux
économique et arbitrage

Ce livre est celui d'un praticien, Emmanuel Gaillard, expert chevronné de la pratique du droit de l'arbitrage international, mais aussi celui d'un professeur de droit à l'origine d'une doctrine ayant eu une influence capitale sur les développements récents de la jurisprudence française en la matière.

C'est fort de ce double regard qu'il tente de réconcilier deux mondes qui se sont longtemps ignorés. Dans un effort de théorisation et de classification des diverses perceptions de l'arbitrage international, il démontre que celles-ci s'appuient sur des postulats philosophiques qui renvoient à des « croyances » et des « idéologies » distinctes et parfois opposées. Etant donnée l'importance que peut avoir l'opinion d'un arbitre sur le déroulement de l'arbitrage, la compréhension de ces « aspects philosophiques » peut se révéler cruciale.

Emmanuel Gaillard distingue tout d'abord la représentation, la plus réductrice, de l'arbitrage international comme composante d'un ordre juridique étatique donné. Si elle a déjà été maintes fois présentée, cet ouvrage en dévoile l'originalité: le fait qu'elle soit adoptée par un courant objectiviste – l'arbitrage, qui tire sa légitimité du souverain qui le permet sur son territoire, ne saurait être régi autrement que par les lois dudit Etat – mais aussi par un cour-

ant subjectiviste – le choix du for par les parties indique leur volonté d'être jugées selon les règles de cet Etat. Cette représentation découle d'un positivisme étatique qui l'ancre dans la pyramide kelsennienne classique de hiérarchie des normes ainsi que de la recherche de l'ordre juridique, que le contrôle de l'Etat du siège de l'arbitrage assure le mieux.

L'arbitrage international peut ensuite être vu comme fondé sur une pluralité d'ordres juridiques étatiques. Cette conception multocalisatrice de l'arbitrage découle également d'un positivisme étatique puisqu'elle part du principe que l'ensemble des ordres positifs pouvant être amenés à s'intéresser à la sentence lui donnent sa valeur juridique. Elle est surtout issue d'un modèle westphalien en ce que la souveraineté de chaque Etat est centrale : chacun se prononçant sur la validité de la sentence dans son ordre juridique, celle-ci doit prendre en compte les normes de chacun des Etats susceptibles de s'y intéresser.

Emmanuel Gaillard présente enfin la représentation, plus ambitieuse et plus originale, d'un arbitrage puisant sa juridicité dans un ordre juridiquetiers, véritable ordre juridique arbitral autonome. C'est une conception qui s'éloigne complètement du positivisme étatique et relève d'un

1. Publié aux Livres de Poche de l'Académie de droit international de La Haye, juillet 2008.

courant positiviste transnational, l'arbitre recherchant les tendances qui pourraient découler de l'activité normative de la communauté des Etats (et non des normes unanimement acceptées par les Etats). Mais ce positivisme transnational doit se juxtaposer à une perspective jus naturaliste – issue notamment de la *lex mercatoria* – lui conférant toute sa légitimité.

Dans une deuxième partie, l'auteur relève les conséquences que les conceptions des acteurs peuvent avoir sur des éléments pratiques de l'arbitrage. Ainsi une vision monolocalisatrice de l'arbitrage permettra aux juridictions étatiques d'exercer un rôle de contrôle sur le déroulement, le respect des droits processuels ainsi que sur les caractéristiques de la sentence. L'arbitrage sera conçu comme un démembrement de la justice étatique, l'assimilant à un juge encadré par la loi du for. L'arbitre sera lié par la rigueur des lois de police et de l'ordre public de l'Etat, le dépassement de ce cadre justifiant des anti-suit injunctions.

En revanche, une vision westphalienne dans laquelle l'indifférence est érigée en vertu émancipe la sentence arbitrale qui devient autonome et sera soumise au contrôle de chaque Etat. Son indépendance lui permet d'être, à priori valable dans tous les ordres juridiques et l'annulation dans un Etat, fut-ce l'Etat où

siégea l'arbitrage, n'aura aucun impact sur sa validité dans un Etat tiers. Cependant, cette vision est limitée par l'écueil du *lex executionis*, où la quête par l'arbitre d'une reconnaissance aussi large que possible (afin de rendre sa sentence conforme à autant de législations que possible) nuit à la qualité de sa décision.

L'auteur en arrive au constat que seule une émancipation de l'ordre juridique arbitral permet un fonctionnement optimal de l'institution, sa légitimité étant puisée dans un a priori – la volonté des parties dans leur clause compromissoire – et dans un a posteriori, un droit indépendant, propre au commerce international et reconnu par tous les Etats.

Cette analyse normologique des courants – compris comme ensembles cohérents de croyances et de principes – qui traversent le droit de l'arbitrage international constitue donc une grille de lecture, véritable outil pour l'arbitre qui cherche à prendre une décision effective ou pour la partie qui souhaite anticiper la solution retenue dans une sentence. Au-delà de cette nomenclature se dégage une distinction entre un certain particularisme conflictualiste – maintenant le lien entre la loi de l'Etat du for et la sentence – d'une part, et l'universalisme consensualiste – tendant à l'en détacher – d'autre part.



Ce consensus au sein d'une communauté internationale post westphalienne légitimerait l'idée d'un ordre juridique arbitral autonome. Si l'auteur s'affirme comme un spectateur subtilement neutre de ces différents mouvements, un certain sens du progrès transparait néanmoins dans l'idée que l'arbitrage international ne peut prospérer que dans un monde où les Etats accepteraient l'existence d'intérêts privés évoluant dans une sphère supranationale.

Ainsi sont soulignées plusieurs avancées en matière d'ordre public international, d'intégration des sentences dans l'ordre juridique du siège ou encore au sujet des lois récentes sur l'arbitrage, qui permettent aux parties de renoncer à tout recours en annulation devant les juridictions du siège. Celles-ci traduisent l'admission

progressive d'un ordre juridique arbitral. Il est intéressant de constater que cette vision est portée avec une force particulière en France, ce qui transparait tout particulièrement dans la jurisprudence de la Cour de cassation (avec son arrêt *Putrabali*² de 2007, entre autres). Tout en rendant justice à la complexité d'un débat qui n'en est qu'à ses prémises, l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard s'inscrit dans cette volonté de faire triompher l'universalisme dans les rapports juridiques internationaux.

2. Cour de Cassation, 1ère Chambre Civile, 29 juin 2007, n°06-13.293.

ARTHUR MILLERAND & VALENTINE BLEICHER

*Vers une révolution judiciaire :
faut-il supprimer le juge d'instruction ?*

Arthur Millerand
Elève en Master 1 de Droit Economique

Valentine Bleicher
Elève en Master 1 de Droit Economique

Figure ô combien controversée depuis sa création en 1808, le juge d'instruction a été à objet de fantasme et de critiques. « À la fois Salomon et Maigret », pour reprendre les mots de Robert Badinter, le juge d'instruction a une double casquette qui fait à la fois sa force et sa faiblesse. Afin d'éviter cette posture intrinsèquement schizophrène vue par certains comme une atteinte au principe d'indépendance du juge, il convient de mettre fin à ce système archaïque en clarifiant les rôles et les pouvoirs de chacun. La Commission Léger a proposé de supprimer celui que Balzac qualifiait d' « homme le plus puissant de France » et de donner ses pouvoirs au Parquet, supervisé par un nouveau personnage, le juge de l'enquête et des libertés.

Au lendemain du rapport de la Commission Léger et à l'aube de la publication du projet de loi sur la suppression du juge d'instruction, l'Association des Élèves et Diplômés Juristes de SciencesPo a souhaité s'interroger : faut-il supprimer le juge d'instruction ?

Pour tenter de cerner les contours du droit positif de demain et nourrir ce débat qui enflamme tant les cœurs et les esprits et déchaîne les passions, nous avons réuni autour d'une table Madame Edith Boizette (Président de la Chambre de l'Instruction de Paris et ancien Doyen du Pôle Financier de Paris), Monsieur Jean-Claude Marin (Procureur de la République de Paris), Maître Jean-Yves Le Borgne

(Vice-Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris) qui rappelle que sa position est personnelle et n'engage le barreau d'aucune façon, David Touvet (Magistrat de liaison de la Chancellerie à La Haye) et Maître Bruno Thouzellier (Avocat, Ancien Président de l'Union Syndicale des Magistrats et Maître de Conférence à SciencesPo) qui est intervenu en tant que modérateur.

A titre liminaire, il ne faut pas manquer de noter que ce débat doit être un débat institutionnel et non pas un débat de personnes. Il ne faut pas non plus perdre de vue que ce débat doit s'inscrire dans la question plus large de la réforme de l'ensemble de la procédure pénale ; en effet, la philosophie procédurale actuelle est bien différente de celle du XIXe siècle qui a été à maintes reprises remaniée, modifiée et liftée à tel point que sa « matière première a disparu et [que l'] on ne voit plus que les emplâtres ». S'il y a donc une certitude à avoir, c'est bien qu'il faille réfléchir à la place du juge d'instruction dans notre logique procédurale tout cherchant à restaurer la cohérence de notre Code de Procédure Pénale. Que souhaitons-nous comme procédure pénale pour notre XIXe siècle ? Il ne s'agit en effet pas de simplement remplacer le juge d'instruction par le Procureur de la République et par le juge de l'enquête et des libertés, mais bien d'imaginer une nouvelle procédure pénale avec une autre stature du juge, une autre place de la défense, un autre équilibre entre l'accusation, le juge et les parties.



Dans un premier temps, il apparaît pertinent de s'interroger sur la nécessité de réformer : faut-il supprimer le juge d'instruction ?

Le rapport de la Commission Léger propose sa suppression. Maître Le Borgne analyse ce rapport comme la concrétisation d'un changement d'orientation philosophique de la procédure pénale ; il ne s'agit plus seulement de rechercher le coupable et rééquilibrer la société après le trouble qu'a constitué l'infraction, mais également à répondre à un impératif d'apparence en accord avec l'adage anglo-saxon : « Il ne suffit pas que la justice soit juste, encore faut-il qu'elle en ait l'air ». Le rapport Léger veut privilégier l'apparence en donnant la première place à la notion de « procès équitable » en restructurant l'équilibre judiciaire. Mais, il convient de dépasser la simple proposition de suppression du juge d'instruction et de s'interroger : pourquoi faudrait-il supprimer, ou ne pas supprimer, cette figure emblématique de notre enquête préliminaire ?

Selon Edith Boizette, ce qui dérange est le pouvoir d'enquête du juge d'instruction, son « pouvoir de fouiner », pouvoir que certains souhaiteraient déplacer vers le Parquet. Madame Boizette met ainsi le doigt sur les dangers d'un tel transfert de pouvoir puisque les magistrats du Parquet n'ont pas les mêmes objectifs qu'un juge d'instruction, notamment en ce qu'ils peuvent arrêter leurs recherches « sur la demande

de quelqu'un... ». Madame Boizette s'inquiète également de ne trouver dans le rapport de la Commission Léger, aucune réponse à la question de savoir qui procédera aux interrogatoires, et souligne que s'il s'agissait de la police, ce serait là une source grandissante d'incertitudes.

Selon Edith Boizette, le Juge d'Instruction a sa raison d'être et sa valeur ajoutée, il est indispensable pour les enquêtes difficiles, il est un véritable « chef d'orchestre [mettant] en musique l'ensemble d'une partition » et ne doit donc pas être supprimé.

Face à Madame Boizette, Maître Le Borgne et Monsieur Marin plaident au contraire pour la suppression du juge d'instruction en constatant qu'il ne reste que peu de pas à faire pour supprimer ce personnage qui s'est vu retirer ses pouvoirs d'incarcération et qui subit au fil des réformes, le transfert du système d'investigation vers Procureur de la République sous l'autorité du juge des libertés et de la détention (notamment en matières de terrorisme et de délinquance financière). Maître Le Borgne affirme qu'il est nécessaire de séparer les fonctions et de mettre ainsi fin à l'aporie qui consiste à croire que celui qui poursuit et enquête peut être dans le même temps un juge indépendant ; un juge réputé indépendant ne peut en effet avoir une capacité de coercition à l'égard des parties.

Enfin, en supprimant le juge d'instruction, il n'agit que d'aller au bout de la tendance actuelle. Monsieur Marin fait d'ailleurs remarquer (relativement à « l'Affaire Clearstream ») que le rôle du juge d'instruction dans l'accusation est parfois choquant et profondément contradictoire : comme nous le reprochent nos amis Anglo-saxons, « qu'est ce que c'est que ce juge [qui] n'est pas un juge arbitre ? ». Dès lors, dans la perspective d'un Code de Procédure Pénale Européen, il faut s'interroger : serons-nous le modèle ? Sûrement pas ! Car, si l'on parle d'un Procureur Européen, on ne parle pas d'un Juge d'Instruction Européen.

Pour approfondir cette vision communautaire, mettre en perspective le débat et apporter un regard extérieur en offrant des enseignements comparatistes, David Touvet, magistrat de liaison à La Haye, explique comment fonctionne le système pénal hollandais qui est fondé sur les mêmes bases philosophiques et partage les mêmes racines que notre système criminel. Aux Pays-Bas, l'équivalent du juge d'instruction, le *rechter-commissaris*, est une figure hybride possédant trois grandes catégories de compétences. Il autorise sur demande du Parquet, des actes comme des perquisitions ou des interceptions de correspondance ; il dispose de prérogatives d'enquête qui peuvent l'amener à recourir à la comparution forcée d'un témoin ou effectuer une perquisition – fonctions proches du juge d'instruction français ; et, depuis 2000, il peut

tenir sur demande la défense, une « mini instruction » qui permet d'équilibrer la conduite des investigations lors de la procédure. Plutôt que de supprimer le juge d'instruction, les Néerlandais ont décidé de le reformer et de l'adapter en évitant les principaux écueils que sont l'intervention parcellaire et la mise à l'écart par le Parquet. Le juge d'instruction aux Pays-Bas est une figure très différente de celle existant en France, mais elle donne à réfléchir sur les erreurs à ne pas commettre dans la réflexion française.

Le débat s'est poursuivi en prenant pour acquis la décision de supprimer le juge d'instruction et donc en réfléchissant aux conséquences de ce choix de réforme, et notamment à la question de l'accès à la justice et à l'enquête. En effet, aujourd'hui la plainte avec constitution de partie civile permet aux victimes d'avoir accès à un juge d'instruction lorsque le Parquet décide de classer une affaire. Dans la perspective d'une suppression du juge d'instruction, comment préserver cet accès à la justice, cet accès au juge, cet accès à l'enquête judiciaire pour les victimes d'infraction(s) ?

Cette problématique essentielle pour nos libertés, nos libertés publiques et nos libertés individuelles fait écho dans l'actualité. En effet, il y a quelques mois, les associations de victimes ou de familles de victimes de l'amiante ont contesté cette proposition de suppression du juge d'instruction en constatant que leurs dossiers



n'auraient pas pu être traités comme ils le sont aujourd'hui si le juge d'instruction n'existait pas.

Le rapport Léger prévoit selon les modalités aujourd'hui déjà en vigueur que, si le Parquet ne donne pas de suite au dépôt de plainte d'une victime, celle-ci pourra aller devant un juge de l'enquête qui ordonnera ou refusera l'ouverture d'une enquête.

Maître Le Borgne et Monsieur Marin s'accordent sur la nécessité de conserver un garde fou à l'opportunité des poursuites, bien que comme le souligne Monsieur Marin « personne ne peut imaginer un Parquet omnipotent sans contre-pouvoir de l'opportunité des poursuites ». En effet, comme l'a souligné le Général De Gaulle, « ce n'est pas à soixante ans que [l'on va commencer] une carrière de dictateur ». Il faut donc conserver cette possibilité de constitution de partie civile autour du futur juge de l'enquête et des libertés (« le JEL »), sans pour autant restaurer un juge d'instruction sous forme de juge de l'enquête et des libertés. Il faut donc lui conférer un pouvoir de contraindre par voie d'injonction. Maître Le Borgne propose que ce pouvoir d'injonction attraie à l'exécution de toutes les mesures d'enquête et que soit donnés au juge de l'enquête et des libertés la capacité et le pouvoir de suivre les dossiers afin d'assurer une continuité la procédure et de ne pas tomber dans l'écueil d'une intervention parcellaire et fragmentaire. Monsieur Marin

propose quant à lui que ce pouvoir d'injonction soit partiel et porte sur des « actes précis au Procureur de la République, lequel devra rendre compte de la loyauté dans l'exécution de cette injonction, loyauté qui sera garantie par un accroissement des droits de la défense ».

Selon Edith Boizette, la proposition faite par le rapport de la Commission Léger revient à transférer au juge de l'enquête et des libertés les pouvoirs fraîchement retirés au juge d'instruction. Elle pose ici la question du devenir du principe de refus d'informer qui est aujourd'hui limité par la Cour de Cassation : « par ce simple transfert de pouvoir du juge d'instruction au juge de l'enquête et des libertés, ne retomberons-nous pas sur le même problème ? ».

Madame Boizette souligne également qu'il est craindre que la dichotomie qui serait engendrée par la suppression du juge d'instruction et qui cisillerait les dossiers en confiant toute l'enquête au Parquet et les seuls pouvoirs juridictionnels au juge de l'enquête et des libertés, soit négative non seulement pour le mis en examen, les parties civiles et les victimes, mais également pour l'ensemble des investigations nécessaires. En effet, il semble au Président de la Chambre de l'Instruction de Paris « indispensable que [...] l'on trouve en face de soi un [seul] interlocuteur [...] qui reste le même et qui soit l'interlocuteur privilégié de toutes les parties à la fois ».

Selon Edith Boizette, une telle modalité est cohérente si l'on fait attention à ne pas accroître le temps de l'audience pour finalement aboutir à la conclusion que l'enquête est incomplète et nécessite un supplément d'enquête. Elle souligne en effet que pour qu'une mesure d'enquête mise en place porte ses fruits, il faudra confier un pouvoir d'investigation complète à la figure en charge de l'enquête puisque celle-ci sera la plus impliquée et la mieux à même de connaître le dossier.

Finalement, comme l'indique le titre de ce colloque, cette réforme du juge d'instruction est une véritable « révolution », non pas une simple révolution de la stature du juge mais une « révolution » de l'ensemble de la procédure pénale. En effet, la réforme du juge d'instruction est indissociable de la nécessité

de cohérence de notre Code de Procédure. Il ne s'agit non pas de repenser le rôle du juge d'instruction de façon isolée, mais bien de repenser cette figure dans le cadre plus large de la refonte de notre procédure pénale. Et, comme le dit si justement Monsieur Marin, dans le contexte actuel mouvant de notre environnement pénal, procédural, national, conventionnel et international, l'enquête préliminaire va devoir bouger et de nouvelles phases de contradictoire être imaginées. « Il ne faut pas avoir peur de poser toutes les problématiques, et surtout en s'extirpant du creuset qui est notre creuset processuel depuis deux siècles ».

« *Les Petits-déjeuners de l'AJSP* »

Au vu du succès des « Conférences de l'AJSP » et de La Revue des Juristes, l'AJSP cherche à développer des activités pour renforcer la cohésion entre les anciens et les étudiants.

Nous désirons organiser des rendez-vous matinaux entre les étudiants de l'École de Droit de SciencesPo et les professionnels. Il s'agit de se réunir, dans une atmosphère informelle et conviviale, pour faire profiter les étudiants de l'école de Droit des expériences des anciens. Ces petits-déjeuners visent l'ensemble des acteurs du monde juridique (avocats, juristes d'entreprise, magistrats...) et se veulent ouverts :

- *présentation du métier, d'un cabinet ou d'une entreprise.*
- *partage d'une passion ou un projet associatif.*
- *ateliers de correction de CV.*
- *tout autre thème de votre choix.*

Si le petit-déjeuner a par nature vocation à se dérouler dans un « café parisien », nous pouvons, à votre convenance, organiser sa tenue dans vos locaux.

Nous espérons que ce nouveau pôle d'activité servira à lier les anciens aux étudiants pour continuer à agrandir et dynamiser la communauté réunie autour de Sciences Po.

La réussite de cette entreprise dépend de vous !

Si vous souhaitez participer à l'un des « Petits-déjeuners de l'AJSP », ou obtenir des informations, nous vous remercions de contacter l'association à l'adresse suivante :

lauranne.poulain@sciences-po.org

L'Association des Élèves et Diplômés Juristes de SciencesPo

Appel à contribution : Droit et Innovation

Alors que les nouvelles technologies de l'information et de la communication connaissent un développement exponentiel, la Revue a décidé de consacrer son prochain numéro au droit et à l'innovation, sous toutes leurs formes et dans leurs relations les plus étroites. Du droit de l'innovation à l'innovation dans le droit, la Revue vous propose un voyage estival vers le futur !

Pour ce numéro, nous souhaiterions amener nos lecteurs à se questionner à la fois sur la façon dont l'innovation est perçue et encadrée par le droit (ex. propriétés intellectuelles, droit du vivant et des biotechnologies, droit de l'Internet), et sur la façon dont le droit est rattrapé par l'innovation, que ce soit sur le plan de la pratique professionnelle (ex. cabinets d'avocats en ligne, e-discovery, e-justice, lutte contre la cybercriminalité), de la recherche (nouveaux réseaux, nouvelles méthodes de recherche basées sur l'usage du numérique et des technologies) ou de l'enseignement (serious gaming, outils numériques d'apprentissage du droit, nouvelles relations étudiants-enseignants). Enfin, les contributions s'intéressant davantage aux enjeux socio-politiques du numérique (ex. accès au droit, Net neutralité, protection des données et de la vie privée) sont également au cœur de la problématique que nous vous proposons d'aborder.

Si vous souhaitez participer à ce numéro, nous vous remercions de nous écrire à revue@ajsp.fr :

- Au plus vite et avant le 20 mai afin de nous soumettre le thème de votre article ;*
- Les articles devront être envoyés avant le 31 juillet.*

Nous nous tenons à votre disposition pour toute information complémentaire et attendons donc avec grand plaisir vos contributions.

Les responsables de la Revue des Juristes de Sciences Po

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO

REVUE ÉDITÉE PAR L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES
ET DIPLÔMÉS JURISTES DE SCIENCES PO (AJSP)

27 RUE SAINT-GUILLAUME - 75007 PARIS

EMAIL : REVUE@AJSP.FR

SITE : HTTP://AJSP.FR

- DIRECTEUR DE LA PUBLICATION :
ROMAIN DETHOMAS

- SUPERVISION SCIENTIFIQUE DU DOSSIER :
MATHIAS AUDIT

- COMITÉ DE RÉDACTION :
ROMAIN DETHOMAS, ALEXANDRE KOENIG,
CLÉMENT BIRNBAUM

- RÉALISATION GRAPHIQUE :
CLÉMENT BIRNBAUM