

# Arbitrage institutionnel international, un succès croissant.



**Pierre TERCIER**, Professeur émérite de l'Université de Fribourg, Président honoraire de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale

Porté sur les fonts baptismaux dès les années 1920 avec la création de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, l'arbitrage commercial international a véritablement pris son essor à partir des années 1980. Depuis trente ans, cette procédure originale n'a cessé d'évoluer avec la pratique pour mieux coller aux exigences du commerce international.

**E**n 1923, soit quatre ans seulement après sa fondation, la Chambre de commerce internationale (ICC) créait à Paris la Cour internationale d'arbitrage et proposait le premier Règlement régissant la procédure. Cette initiative allait constituer un tournant capital dans le développement des méthodes de résolution des litiges commerciaux. Elle entraînait pleinement dans les objectifs des fondateurs, ces « marchands de paix » pour reprendre le titre qu'ils aimaient alors à se donner : créer les conditions de base au maintien de la paix entre les nations, dans la foulée des espoirs qui suivirent la fin de la Première Guerre mondiale (« *Never Again !* »). Or, l'une des voies consistait précisément à mettre à la disposition des professionnels un instrument juridictionnel proche de la pratique et autant que possible détaché des Cours nationales. L'idée était originale de par sa forme aussi générale ; elle était aussi visionnaire puisqu'elle anticipait la globalisation des relations commerciales pour consacrer une globalisation des mécanismes juridictionnels. L'arbitrage commercial international tel que nous le connaissons aujourd'hui était né. Pendant des années pourtant, la pratique ne s'est que timidement développée : l'arbitrage restait considéré comme un mécanisme exceptionnel réservé aux grandes entreprises, pour la plupart établies en Europe, et confié à quelques personnalités à l'autorité reconnue.

La situation a brutalement évolué à partir des années quatre-vingt. Le nombre de nouvelles affaires a triplé pour passer de 250 en 1980 à 759 en 2012. Parallèlement, l'enseignement de la matière s'est généralisé, les colloques et les ouvrages se sont multipliés, de plus en plus de juristes en ont fait leur spécialité. L'arbitrage et, avec lui, les méthodes alternatives de résolution des disputes (ADR, Dispute Boards, Expertise), connaissent aujourd'hui leur heure de gloire. Les raisons de ce phénomène – car c'en est un – sont multiples. Elles tiennent notamment à la mondialisation des relations commerciales, à une meilleure connaissance des mécanismes qui le régissent et à une méfiance croissante à l'endroit de certaines juridictions étatiques. En simplifiant, on peut avancer que cette évolution s'est faite dans quatre directions principales :

**1/ L'internationalisation.** Longtemps confiné à l'Europe et l'Amérique du Nord, l'arbitrage connaît un peu partout un développement réjouissant. La raison tient largement à l'essor des relations commerciales et au besoin de résoudre les litiges en dehors des juridictions étatiques. Les parties aux procédures viennent de tous les pays (en 2012, les parties à de nouvelles affaires provenaient de 137 pays différents), et l'origine des arbitres rend elle aussi mieux compte de l'évolution générale (en 2012, ils représentaient 76 nationalités différentes), comme la fixation du siège des tribunaux arbitraux (dans 92 villes de 52 pays différents).

Le mouvement a évidemment été favorisé par le succès de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères. L'idée en avait été lancée, elle aussi, dès les années vingt, sous l'égide de la Société des Nations et à l'initiative de l'ICC ; elle donna lieu au Protocole de Genève relatif aux clauses d'arbitrage (1923) et à la Convention de Genève pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1927). Ces textes furent remplacés en 1958 par la Convention de New York, qui a été aujourd'hui ratifiée par 149 pays ; le texte consacre la globalisation de la résolution des litiges, puisque toute sentence rendue dans l'un des États-membres sera (presque) automatiquement reconnue par les autorités de tous les autres.

Pour autant, il y a encore un long chemin à parcourir avant que l'arbitrage soit également représenté sur tous les continents. Il est manifeste en particulier que le continent africain, en dépit de louables efforts, ne connaît pas encore à cet égard un développement comparable aux autres.

**2/ La généralisation.** Exceptionnelle à l'origine, l'institution s'est progressivement généralisée, voire banalisée. Le régime est désormais familier à la plupart des acteurs du monde commercial au point d'être de plus en plus reconnu comme le mode habituel de règlement des litiges internationaux. L'usage n'en est plus limité aux grandes entreprises : les États et les entreprises para-étatiques y ont maintenant largement

recours, au point de constituer un dixième des parties à de nouvelles affaires ouvertes à l'ICC. Il est aussi de plus en plus utilisé par les petites et moyennes entreprises.

Cette évolution s'est traduite dans les textes de lois nationales qui régissent l'arbitrage et en fixent les contours. La Commission des Nations Unies pour le commerce international a préparé une loi modèle («loi modèle CNUDCI») dont la plupart des pays désireux de se joindre au mouvement ont, pour l'essentiel, repris le système. D'autres pays sont allés plus loin encore ; citons le récent décret français du 13 janvier 2011, qui consacre un régime particulièrement favorable à l'arbitrage.

Toutefois, ce phénomène de généralisation comporte lui aussi ses risques, en particulier en raison des coûts liés à l'arbitrage, qui peuvent rendre difficile voire impossible l'accès à la Justice. D'immenses progrès restent à accomplir si l'on ne veut pas que l'institution déborde totalement de son cadre.

### 3/ La professionnalisation.

Longtemps réservé à quelques personnalités et/ou cabinets d'avocats, l'arbitrage a gagné en professionnalisme. Le régime devient un secteur autonome des services juridiques, et non plus seulement une facette complémentaire des cabinets classiques. Cela vaut d'abord pour les arbitres auxquels les parties font appel. Leur nombre va croissant, même s'il est vrai que les affaires les plus importantes restent confiées à un cercle relativement limité. Cela vaut aussi pour les cabinets de conseils qui se spécialisent. Le nombre de ceux qui sont actifs, dans les grands litiges en particulier, est lui aussi relativement restreint, avec un incontestable avantage aux cabinets anglo-américains. Cette évolution n'est pas sans risques, pour le style des arbitrages d'abord, mais au plan financier également. Une évolution devrait toutefois se dessiner qui redonnera toutes leurs chances aux cabinets d'importance moindre, entraînant nécessairement des coûts moindres eux aussi. L'évolution va également dans le sens d'une certaine standardisation des procédures. Sans doute l'arbitrage peut-il et doit-il être adapté aux particularités du cas, mais il est manifeste que les règles suivies dans les procédures ont tendance à se



### Les grandes dates de l'arbitrage international.

- **1923.** La Chambre de commerce internationale (ICC) crée la Cour internationale d'arbitrage à Paris.
- **1958.** La Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères consacre la globalisation des litiges. Entrée en vigueur en 1959, elle est aujourd'hui ratifiée par 149 pays.
- **1985.** La Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) propose une loi modèle qui vise à aider les États à réformer et à moderniser leurs lois sur la procédure arbitrale afin de tenir compte des caractéristiques et besoins particuliers de l'arbitrage commercial international.
- **2011.** En France, le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 apporte d'importantes modifications au droit français de l'arbitrage interne comme international. Une réforme qui réduit l'écart qui s'était creusé entre les textes et la pratique de l'arbitrage en France, reflétée par une jurisprudence moderne très favorable à ce type de procédure. En facilitant l'accès des praticiens étrangers au droit de l'arbitrage français, elle permet à Paris de demeurer une des places privilégiées de l'arbitrage.

rapprocher. Des documents (*soft law*) ont d'ailleurs été élaborés pour «guider» les arbitres (*Guidelines*), et reviennent en fait à fournir un cadre quasi-normatif. Le risque existe que l'on impose par ce biais un style d'arbitrage, ne correspondant pas nécessairement aux attentes de toutes les cultures.

### 4/ L'institutionnalisation.

Pendant longtemps, l'arbitrage fut directement confié aux personnes choisies par les parties et la formule de l'arbitrage *ad hoc* est toujours possible et toujours utilisée. Elle semble toutefois céder le pas aux arbitrages dits institutionnels : une organisation privée propose ses services pour accompagner les parties et les arbitres durant la procédure. Ces services peuvent être limités, par exemple au lancement de la procédure, mais ils peuvent aussi être relativement développés. C'est le cas du «système d'arbitrage de l'ICC», qui offre incontestablement les services les plus complets, sans priver pour autant les arbitres de leur liberté de décision. L'institution doit faciliter le déroulement de la procédure, contrôler les aspects financiers, voire garantir un certain label de qualité. Cette évolution renforce encore le passage à la privatisation de la juridiction commerciale internationale. Ce sont les arbitres qui rendent la justice, une prérogative traditionnellement reconnue aux organes étatiques. Et ce sont les institutions qui exercent l'encadrement initialement

confiés aux juges nationaux (juges d'appui) ; ainsi de la nomination des arbitres en cas de défaut d'une partie, la procédure de récusation, la fixation des délais, le contrôle des coûts.

Sans doute, le régime n'échappe pas au droit, puisque les procédures restent soumises à un certain contrôle judiciaire, que ce soit celui des juridictions du lieu du siège ou celui où la sentence doit être exécutée. Il n'empêche que ce contrôle est réduit à l'essentiel : s'assurer que les arbitres avaient la compétence requise, que le tribunal a été correctement constitué et que les principes essentiels de la procédure ont été respectés. A ces conditions, la sentence est définitive et exécutoire, sauf dans les cas très extraordinaires où elle violerait l'ordre public international.

Parce qu'il est issu de la pratique, l'arbitrage moderne correspond certes pleinement aux exigences du commerce international : La décision est prise en dehors des voies juridictionnelles nationales par des personnalités «neutres», selon une procédure originale et proche de la pratique, en principe plus rapide que les voies habituelles. Cette vision idyllique ne doit pas dissimuler les risques : échappant toujours plus à l'encadrement étatique, l'arbitrage n'est pas à l'abri du dérapage dès lors que l'exercice de la justice devient un «business». C'est là un authentique défi qu'il appartiendra notamment aux institutions d'arbitrage de maîtriser. ■