

3^e Conférence pour une Communauté Euro-Méditerranéenne de l'arbitrage international

(CNUDCI-OCDE-Ispramed - Milan – 18 janvier 2017)

Table ronde sur les caractéristiques de l'arbitrage dans l'espace euro-méditerranéen

Rapport général

par

Charles JARROSSON

Professeur à l'Université de Paris II

Directeur de la Revue de l'arbitrage

Coordinateur scientifique de l'ISPRAMED

1. Le but que poursuit cette Conférence est exprimé par son intitulé général : « *pour une Communauté euro-méditerranéenne de l'arbitrage international* ». Créer une telle Communauté est donc l'objectif à atteindre. La 1^{re} Table ronde a montré que les mécanismes de règlement des conflits peuvent avoir un impact direct sur les échanges économiques et donc notamment sur les investissements au sein de cette Région.

2. Il est donc naturel que notre 2^e Table ronde s'attache aux caractéristiques de l'arbitrage dans l'espace euro-méditerranéen. Le sujet est vaste, il faut le cerner plus précisément. Géographiquement, nous nous intéresserons aux pays bordant la Méditerranée, avec parfois un élargissement vers des pays du Moyen-Orient qui n'ont pas d'accès direct à la Méditerranée, mais qui se trouvent en bonne partie dans la même situation que ses riverains.

3. Les divers intervenants ont choisi des angles particuliers. Certains ont choisi d'aborder la question sous l'angle de l'exposé de leur droit national, seul ou comparé avec d'autres droits voisins. C'est ainsi que Maître Bennar Aydogdu exposera les principales caractéristiques du droit turc de l'arbitrage et les efforts de la Turquie pour s'imposer comme place d'arbitrage, en montrant que le droit turc se veut un peu comme la charnière entre l'Europe et les pays du Moyen-Orient. De son côté, le Professeur

Mostefa Trari Tani présentera les caractéristiques de l'arbitrage dans la sous-région d'Afrique du Nord (Algérie, Maroc, Tunisie, Mauritanie, Libye et Egypte).

4. Il est une autre piste, orientée plus directement vers la pratique, et plus précisément celle de l'arbitrage institutionnel. Elle sera explorée par M. Nassib Ziadé qui décrira et analysera les défis et perspectives qui s'ouvrent pour les institutions d'arbitrage à vocation régionale dans les pays du Moyen-Orient et par M. Stefano Azzali qui présentera l'expérience de la Chambre arbitrale de Milan et les objectifs d'ISPRAMED dont on verra qu'ils se conjuguent très exactement à ce que j'aurai l'occasion de vous dire, juste avant de lui passer la parole.

5. Il me revient de présenter, en ouverture de cette 2^e Table ronde, une vue générale des caractéristiques de l'arbitrage dans l'espace euro-méditerranéen dans la perspective de son développement. Je le ferai en ayant à l'esprit que la réflexion sur la création d'une Communauté de l'arbitrage international n'est que l'une des pierres d'un édifice plus vaste, celui d'une Communauté méditerranéenne, juridique, mais également culturelle. L'histoire a montré combien les divers pays du pourtour méditerranéen ont entretenu en ces domaines des liens constants.

Dans le domaine juridique, l'Empire romain a montré qu'une communauté et même qu'un droit commun était possible, puisque le droit romain s'appliquait sur les deux rives de la Méditerranée, alors désignée de manière imagée comme le *Mare Nostrum*.

Qu'en est-il aujourd'hui ? Je me propose d'approcher la réponse en faisant d'abord un *constat* (I) et en envisageant ensuite les *perspectives* qui s'ouvrent (II).

I. - Constat

6. On ne peut pas dire qu'il existe aujourd'hui un droit commun méditerranéen de l'arbitrage. Il y a en revanche des droits nationaux de l'arbitrage dans chacun des pays riverains. Le commerce intra-méditerranéen, et tout particulièrement celui des petites et moyennes entreprises, pourrait largement se développer s'il était davantage sécurisé, c'est là une évidence. Cette sécurisation passe non seulement par l'octroi de crédits, d'informations sur la manière d'exporter, mais aussi – et c'est ce qui nous intéresse – par l'instauration d'un mode de règlement des litiges qui présente les garanties

d'indépendance et de rapidité nécessaires aux exportations comme aux investissements. Où en sommes-nous ?

7. Lorsque l'on s'intéresse aux caractéristiques de l'arbitrage dans l'espace euro-méditerranéen, on aperçoit divers facteurs, orientés en sens contraires. Certains vont dans le sens d'un rapprochement (on pourrait parler de forces centripètes), tandis que d'autres conduisent les divers droits dans le sens d'un éloignement (forces centrifuges), ou dans le maintien d'une diversité certaine. Quelques mots sur chacune de ces forces permettent d'éclairer la situation.

A) Les forces centripètes

8. J'en vois trois principales qui concernent les règles de fond du droit des contrats (1°), les conventions internationales relatives au droit de l'arbitrage (2°) et les principes fondamentaux du droit de l'arbitrage (3°).

9. 1°) *Le recours à l'arbitrage se fait sur le fondement d'une convention*, qu'il s'agisse d'une clause incluse dans le contrat ou d'une convention conclue lorsque le litige est né. On peut donc commencer par relever que les droits de fond (les droits substantiels) applicables au droit des obligations ont, pour la plupart des pays bordant la Méditerranée, une origine commune dans le droit romain. En effet, une partie importante des pays qui nous intéressent ont partagé ce que l'on a justement appelé le *jus commune*, et qui est issu de la redécouverte au XI^e siècle du droit romain tel que compilé par Justinien cinq siècles plus tôt, notamment dans son Digeste. Ce *jus commune* est la résultante des travaux des glossateurs qui ont alors commencé leur œuvre à l'Université de Bologne au XI^e siècle, puis des post-glossateurs au XIV^e siècle et ensuite de l'École du droit naturel aux XV^e-XVI^e siècles. Voici donc déjà une base commune.

10. Il en existe une 2^e, qui a consisté en la diffusion des codes napoléoniens (et principalement du Code civil), soit rapidement vers les pays voisins (Italie, Espagne, et pour citer des pays non riverains de la Méditerranée : Portugal, Belgique et Pays-bas), soit plus tardivement à l'occasion de la colonisation (Maroc, Algérie, Tunisie, Syrie, Liban), soit encore pour des raisons de circulation du modèle juridique français (Égypte et pays du Golfe, notamment par le biais du grand professeur égyptien Sanhoury). Dans

une moindre mesure, la codification allemande et suisse a également eu une influence en Grèce et en Turquie.

11. 2°) *Les conventions internationales sur l'arbitrage.*- Si l'on en vient maintenant plus spécifiquement au droit moderne de l'arbitrage, il faut relever que tous les pays bordant la Méditerranée ou presque sont des Etats membres de la Convention de New York de 1958 (la Libye fait exception) ou de celle de Washington de 1965. Tous ces pays ou presque ont édicté une législation relative à l'arbitrage qui, souvent, puise aux mêmes sources, que ce soit celle de la loi-type de la CNUDCI (c'est le cas de la Tunisie par ex. qui, comme plus de 73 Etats s'est inspirée ou a repris la loi-type) ou qu'il s'agisse d'un emprunt à un autre droit (c'est le cas du droit libanais au regard du droit français par ex.).

12. 3°) *Les principes du droit de l'arbitrage.*- Au-delà des instruments internationaux relatifs à l'arbitrage, il existe certains principes du droit de l'arbitrage international sur lesquels je reviendrai, mais qui peuvent être cités ici, comme l'autonomie ou l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal, comme la nécessaire indépendance de l'arbitre, comme l'aptitude des personnes morales de droit public à recourir à l'arbitrage qui sont partout reconnues au moins à titre de principe.

13. Pourtant, et malgré ce qui vient d'être décrit, on ne peut dire qu'il existe entre ces pays, un droit unifié. C'est parce que, à côté de ces forces centripètes, qui pourraient rapprocher les droits de l'arbitrage les uns des autres, il existe des forces centrifuges qui les éloignent.

B) Les forces centrifuges

14. C'est apparemment paradoxal, mais la mise en œuvre du droit de l'arbitrage suppose souvent le recours à la justice étatique. C'est particulièrement vrai pour l'arbitrage *ad hoc*, en début de procédure, lorsque l'une des parties ne veut pas nommer un arbitre ou lorsqu'il s'agit de récuser un arbitre. C'est également vrai en cours de procédure, s'il faut remplacer un arbitre ou obtenir une mesure provisoire, et après la

sentence, lorsque vient le temps de l'exécution de la sentence et des voies de recours exercées contre elle.

15. Or, si les droits de fond (les droits substantiels) peuvent être proches, les droits de la procédure resteront toujours différents, dans les textes et dans la pratique. En effet, le droit de la procédure est plus facilement spécifique. Il dépend davantage des spécificités politiques et institutionnelles du pays en cause. Ainsi, un Etat fédéral aura nécessairement une organisation judiciaire différente de celle d'un pays centralisé. Un pays qui connaît une division entre juridictions judiciaires et administratives ne pourra partager une même procédure avec un pays qui ignore cette division. Un pays qui distingue dans sa législation l'arbitrage interne et l'arbitrage international n'aura pas le même système de voies de recours.

Ces spécificités de l'organisation de la justice vont avoir une répercussion immédiate. On comprend dès lors que s'agissant du droit de l'arbitrage, on va assister à une forte diversité, non seulement du point de vue de l'existence ou des pouvoirs du juge que l'on appelle le juge d'appui, c'est-à-dire le juge qui peut être saisi selon une procédure rapide et dont le rôle est de permettre de débloquent l'arbitrage surtout au début de la procédure (nomination, récusation ou remplacement d'un arbitre, prorogation du délai d'arbitrage), mais aussi pour les étapes ultérieures.

16. Si l'on prend l'exemple de l'exequatur, on ne peut qu'être surpris de constater combien en pratique le rôle du juge de l'exequatur varie entre des pays qui, pourtant ont tous adhéré à la Convention de New York. Certains juges de l'exequatur opèrent un contrôle assez approfondi, et leur décision fait l'objet d'un recours en appel ou même en cassation, le tout pouvant durer des années. Dans d'autres pays, comme la France, le juge de l'exequatur opère un contrôle extrêmement léger et l'exequatur est obtenu en 48h. Le véritable contrôle est centralisé au niveau de la cour d'appel et est limité.

17. Il faut avoir en tête, c'est fondamental, qu'un droit se juge à son application et non seulement à ce qui est officiellement écrit dans les codes ou les lois. Cela est particulièrement vrai en matière d'arbitrage international, matière où l'on a besoin de réponses concrètes.

C'est ce qui me conduit à envisager maintenant les perspectives ouvertes à l'arbitrage dans l'espace euro-méditerranéen.

II. - Perspectives

18. Si l'on veut être efficace, dans la perspective qui nous intéresse, celle du développement de l'arbitrage international dans le monde méditerranéen, il faut être pragmatique et pas trop ambitieux. Il n'est à mon avis pas souhaitable de rechercher un droit uniforme, car même si l'on devait l'imaginer possible – ce qui prendrait au moins vingt ans – ce mouvement qui consisterait à partir des textes devrait être impérativement complété par des moyens propres à s'assurer de l'unité et de l'homogénéité de leur application pratique par les tribunaux.

19. Laissons donc tomber l'uniformité qui est inatteignable. Quelle direction prendre alors ?

Il reste deux voies principales.

20. L'une d'elles est celle suivie par la CNUDCI : proposer une loi-type que les Etats sont libres d'aménager à leur guise. L'avantage est que l'on peut espérer que les Etats vont limiter au maximum les modifications. Mais ce n'est pas toujours le cas : la loi iranienne s'est par exemple trop éloignée de la loi-type, jusqu'à contredire parfois son esprit. Même en admettant que la loi-type soit adoptée sans grandes modifications, il subsiste une limite qui réside dans l'application effective de la loi. On l'a dit, le même texte peut être appliqué de manière très divergente selon les pays.

21. Il me semble qu'une deuxième voie peut être suivie et qui a pour caractéristique de n'être pas exclusive de la 1^{re}. Il s'agit de chercher une harmonisation, non seulement des textes, mais surtout des solutions pratiques et de leur application concrète.

Il faut savoir – et admettre – qu'il restera toujours une irréductible spécificité du droit de l'arbitrage d'un pays par rapport aux autres. Par exemple pour le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international, car la notion et le domaine de l'ordre public international restent affectés par des considérations qui varient selon les Etats. De même, le recours à l'arbitrage par les personnes morales de droit public dépend de considérations moins juridiques que politiques et l'harmonisation dépend donc d'une volonté politique.

22. L'harmonisation reste possible en dépit de tous ces éléments. Elle peut être recherchée par des emprunts réciproques, par des échanges d'expériences.

Il me semble qu'il existe un mouvement, assez lent, mais continu, d'harmonisation naturelle. Elle s'opère à partir d'un phénomène d'imitation des règles et des pratiques des Etats dans lesquels l'expérience d'arbitrage est importante et ancienne. Lorsque la Cour de cassation française a, en 1963 et au lendemain du 1^{er} Congrès international de l'arbitrage international, affirmé l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat qui la contient, cette règle était limitée au droit français. Elle s'est rapidement répandue et, aujourd'hui, il n'est pas de pays où il existe une réelle pratique de l'arbitrage et où cette règle n'a pas été reprise. De même, certains règlements d'arbitrage l'ont reprise (c'est le cas du règlement CCI).

23. Pourquoi certains pays sont-ils des places d'arbitrage internationales importantes ? Si on recherche les raisons de cet état de fait, on trouve divers éléments de réponse. Une loi qui ne limite pas exagérément le domaine de l'arbitrage, et surtout une jurisprudence étatique qui assure le respect d'un certain nombre de règles sur chacune desquelles je voudrais dire quelques mots rapides. A chaque fois, on verra si une harmonisation par l'exemple et l'imitation est plus ou moins facilement réalisable.

24. - L'existence d'un juge d'appui ne s'improvise pas, mais même si un tel juge n'est pas individualisé dans les textes, il est possible pour le juge étatique saisi, de chercher à intervenir au minimum et dans le sens de l'efficacité de la convention d'arbitrage, en ordonnant à la partie défaillante de nommer un arbitre ou en le menaçant de la faire à sa place à défaut.

25. - L'absence de contentieux pré-arbitral devant le juge étatique : ce contentieux porte généralement sur la validité de la convention d'arbitrage et pose donc la question de savoir qui, du juge étatique ou de l'arbitre est compétent. La jurisprudence peut renvoyer la question de la connaissance de la compétence de l'arbitre à l'arbitre lui-même en application du principe selon lequel tout juge est juge de sa propre compétence. Ce comportement est une conséquence de la règle selon laquelle une convention d'arbitrage a pour effet d'ôter au juge étatique sa compétence. Toutefois, j'ai

bien conscience que cette règle, souvent dénommée effet positif de la compétence-compétence, n'est pas partagée par beaucoup de pays.

26. - La limitation des interventions judiciaires au cours de l'instance arbitrale. C'est là un résultat plus facile à atteindre, surtout dès lors que l'arbitrage est institutionnel et que le règlement prévoit la compétence des arbitres pour ordonner de telles mesures. En effet, si le règlement, ou la clause d'arbitrage, contient une telle stipulation, cela signifie que les parties ont au moins tacitement retiré au juge le pouvoir d'ordonner ces mesures (sauf si, par leur nature, elles étaient réservées par une disposition d'ordre public au juge).

27. - L'attachement à l'indépendance de l'arbitre : la règle est universellement proclamée, mais pas universellement mise en pratique de manière uniforme. C'est ici véritablement une question de pratique que la jurisprudence peut aider à résoudre par des décisions claires et équilibrées. Il faut sanctionner les récusations dilatoires et rester ferme sur les principes qui relèvent de la simple honnêteté. Mais ici encore, la situation est très simplifiée si l'arbitrage est institutionnel car il est facile d'adopter des critères communs pour le choix des arbitres, leur récusation ou leur remplacement.

28. - La rapidité des procédures de contrôle de la sentence. C'est une question d'organisation pratique de la justice, mais c'est aussi un effet indirect des textes. Rien n'est pire que l'abus des voies de recours qui paralyse l'exécution des sentences. Et rien n'est pire qu'un contrôle qui dure des années. Cette question, il ne faut pas se le cacher, dépasse le domaine de l'arbitrage. On peut tout de même signaler que le fait qu'une cour d'appel décide de centraliser les questions d'arbitrage devant la même chambre qui aura donc des magistrats qui vont rapidement se spécialiser est de nature à améliorer les décisions et à les accélérer.

29. - La limitation du contrôle à des cas précisément énumérés et exclusifs d'une révision au fond. Ici encore c'est assez largement a priori une question qui relève du législateur, mais souvenons-nous que les pays qui nous intéressent aujourd'hui sont parties à la Convention de New York : l'article V § 1 e) de cette Convention limite donc les cas de nullité : reste à les appliquer en pratique avec discernement.

30. Tous ces objectifs peuvent passer par la formation des magistrats et des avocats, et par l'information : par exemple faire connaître et faire circuler la jurisprudence des cours qui ont l'habitude de l'application des différents griefs retenus par l'article V, organiser des séminaires de pratique arbitrale et de pratique judiciaire de résolution des affaires d'arbitrage, c'est-à-dire du contentieux pré-arbitral, péri-arbitral et post-arbitral.

31. L'harmonisation est plus facile à réaliser si l'arbitrage se déroule dans le cadre d'une institution d'arbitrage, car les règlements d'arbitrage sont rédigés avec moins de contraintes que les textes de lois d'une part et car leur rédaction est souvent inspirée par les mêmes modèles.

En outre, le recours aux institutions d'arbitrage permet de leur conférer des tâches qui, dans un arbitrage *ad hoc*, relèveraient du juge étatique. En privilégiant l'arbitrage institutionnel on privilégie donc un arbitrage internationalisé et homogénéisé.

32. C'est là tout le rôle et l'ambition d'ISPRAMED : coordonner, harmoniser, mais pas uniformiser. Sur ce sujet, je laisse la parole au deuxième intervenant de noter Table ronde : M. Stefano Azzali.