

SEMINAIRE SUR LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT ET LE  
REGLEMENT DES DIFFERENDS INVESTISSEURS / PAYS D'ACCUEIL

**Rabat 5-7 juin 2013**

**Le règlement des différends entre investisseurs et États**

Ferhat Horchani

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de  
Tunis

[horchani.ferhat@gmail.com](mailto:horchani.ferhat@gmail.com)

# Intérêt de la question

- Règlement des litiges et climat de l'investissement
- Peu d'attention dans les APPI anciens
- Réhabilitation de l'investissement international.
- Multiplication des APPI et des litiges
- Rôle de certaines Conventions: CIRDI, MIGA, Convention de 1958...

# Variété des litiges selon ses parties

- Litiges État(s)-État(s):
  - Accords bilatéraux
  - Accords multilatéraux
- **Litiges États Hôtes-investisseurs**
- **Litiges investisseurs ressortissants des deux États ( d'accueil et d'origine)**
- **Litiges États Hôtes-Organismes d'assurance (MIGA...)**
- **Litiges Investisseurs-Organismes d'assurance...**

# Variété des litiges selon leur objet

- Litiges relatifs à l'interprétation et ou à l'application des conventions
- Litiges relatifs à la méconnaissance des Conventions
- Litiges contractuels
- Les deux derniers peuvent être concomitants
- Litiges relatifs au traitement
- Litiges relatifs à la protection. Déclin du contentieux sur les nationalisations mais recrudescence de celui résultant des troubles, guerres, de la protection de l'environnement etc.
- Litiges relatifs aux indemnisations
- Litiges relatifs aux assurances.
- Généralement litige relatif à la reconnaissance d'un droit ou à son étendue.

# Mécanismes de règlement des litiges État- État

- Règlement diplomatique ou non-juridictionnel:
- Consultations, négociation
- Règlement réputé échoué à partir d'un délai
- Arbitrage inter-étatique
- Composition du tribunal
- Tiers-désignateur en cas de défaut d'une partie ou des arbitres
- Application du droit international
- Décision obligatoire et définitive

# Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (1)

- **Règlement amiable**
- **Conciliation et médiation**
- **Transaction: non juridique, non-obligatoire**
- **Procédures libres ou dans le cadre d'une institution: CCI, CIRDI, OMPI etc.**
- **En cas d'échec recours à la procédure juridictionnelle**
- **Recours aux tribunaux étatiques ( bon fonctionnement de la justice, procès équitable, transparence)**
- **Parfois recours obligatoire**
- **Souvent c'est l'investisseur qui choisit soit ce recours soit l'arbitrage**
- **Choix irréversible (en principe)**

# Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (2)

## 1- Arbitrage ad-hoc:

- ✓ Soit libre
- ✓ Soit par référence à un modèle: règlement de la CNUDCI

## 2- Arbitrage institutionnel: règlement d'un centre:

- Régional
- International : CCI, CIRDI...
- Dans les APPI recours fréquent au CIRDI parfois à l'arbitrage CCI

# Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (3)

- Autonomie de l'arbitre:
- Compétence –  
Compétence
- Autonomie à l'égard des parties
- Autonomie à l'égard des tribunaux internes
- Exclusivité de l'arbitrage:
- Renonciation à tout autre recours
- Renonciation à la protection diplomatique

# Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (4)

- Immunité du consentement:
  - Autonomie de la clause compromissoire : contrat autonome
- Obligations des arbitres:
    - Indépendance et impartialité
    - Respect des règles de la procédure: procès équitable. Règles d'ordre public

# Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (5)

- **Droit applicable ( Ad-hoc):**
- **Principe de l'autonomie de la volonté**
- **Application d'un droit étatique ou de plusieurs droits, du droit international et des usages: lex mercatoria**
- **Droit applicable (Arbitrage institutionnel): Cirdi**
- **Article 42 :**
- **Droit choisi par les parties sinon**
- **Droit de l'État hôte ainsi que les principes du droit international**

# Mécanismes de règlement des litiges État- Investisseur (6)

- Sentence:
- Obligatoire mais non exécutoire d'elle-même (sauf sentence CIRDI)
- Nécessité de l'exequatur (convention de New-York de 1958)
  - **Sentence définitive: pas d'appel**
  - **Contrôle restrictif du juge national en matière d'annulation ou de refus d'exequatur ( en cas de d'absence d'une convention d'arbitrage, de non respect d'une règle de procédure, de contrariété avec l'ordre public)**

# Annulation de la sentence

- Convention CIRDI

# Fonctionnement des clauses CIRDI dans les APPI

- *La plupart des APPI* contiennent une clause CIRDI: recours exclusif ou alternatif
- ALENA
- Traité sur la Charte de l'énergie
- **Peu d'affaires sur la base d'une clause compromissoire**
- **Ou d'un compromis**
- **Ou d'un code des investissements**
- **La plupart sur la base d'un Traité bi ou multilatéral**
- **Consentement dissocié anticipé ou carte blanche**

# Compétence du CIRDI (1)

- Hypothèse lorsque le consentement trouve son fondement dans un APPI
- Les arbitres doivent examiner et s'assurer de leur compétence dans les deux accords.
- **Article 25 : trois conditions:**
  - **Différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement**
  - **Entre un ressortissant et un État**
  - **Consentement écrit**

# Compétence du CIRDI (2)

## condition de l'investissement

- **Affaire Fedax c. Venezuela: billets à ordre:**
- **Le Tribunal:**
- **art.25 : pas d'exigence que l'inv. soit direct**
- **Définition de l'investissement: apport, durée, risque, développement économique**
- **Affaire CSOB c. Slovaquie:**
- **Prêt bancaire destiné à couvrir des pertes( pas d'apport)**
- **Le Tribunal: obligation faisant partie d'une transaction générale assimilable à un Inv. au sens de l'art.25**

# Compétence du CIRDI (3)

## condition de l'investissement

- **Affaire Salini c. Maroc:**
- **Construction d'une portion d'autoroute**
- **Maroc: contrat d'entreprise**
- **Tribunal: constate : l'apport, durée, risque, développement.**
- **Éléments interdépendants: Inv. au sens de l'art.25**
- **Affaire Mihaly c. Sri-Lanka:**
- **Dépenses pré-contractuelles:**
- **Le Tribunal: circonstances de l'espèce: ce n'est pas un Inv.**
- **Si circonstances différentes: Inv au sens de l'art.25**

# Compétence du CIRDI (4)

## Étendue du litige

- **Affaire CGE c. Argentine:**
- **Résiliation d'un contrat conclu avec une province contenant la juridiction des tribunaux locaux**
- **Recours au CIRDI sur la base du traité**
- **Compétence du Tribunal**
- **Même type de décision dans d'autres affaires:**
- **Compétence pour examiner les demandes relatives à la violation du traité mais non celles du contrat**

# Compétence du CIRDI (6)

CNPF et clause de règlement plus favorable

- **Affaire Maffezini c. Espagne:**
- **Mécanisme de règlement des litiges lié à la protection des Inv.**
- **Une clause de règlement des litiges plus favorable peut être étendue en vertu de la CNPF.**
- **Mais caractère exceptionnel**
- **Libellé de la CNPF**
- **Ordre public**
- **La CNPF ne peut contourner une obligation précise d'épuisement des recours locaux**



الأمم المتحدة  
اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا - اسكوا

ورشة عمل وطنية حول المفاوضات الخاصة بالاتفاقيات الثنائية للاستثمار  
Rabat 5-7 juin 2013

**Le règlement des litiges**

**Par Ferhat HORCHANI**

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis

horchani.fehat@gmail.com

## Objet du litige :

- Il peut s'agir d'un véritable **litige**: c'est à dire tout différend qui pourrait surgir au sujet de l'interprétation ou de l'exécution du contrat.
- Il peut s'agir d'une **réclamation** « claim » qui ne dissimule pas nécessairement un litige.
- C'est le cas dans le contrat de construction , des réclamations formulés par l'entrepreneur auprès du maître de l'ouvrage quant à la prolongation d'un délai d'exécution, ou de l'augmentation du prix contractuel...
- Si cette réclamation n'est pas contredite il n'y a pas litige: le Système FIDIC régleme ces réclamations.

# Recours amiables

- les parties doivent s'efforcer de négocier à l'amiable avant de recourir à l'arbitrage.
- si ces méthodes sont prévues par le contrat , il est préférable que les délais du règlement amiable soient spécifiés dans le contrat.
- Généralement il n'est pas judicieux de prévoir ces méthodes dans le contrat : cela peut rallonger inutilement la procédure en cas de litige et leur absence n'empêche pas les parties de résoudre leur litige à l'amiable:(

# ADR (Médiation/conciliation...)

- méthodes qui consistent à confier le règlement d'un litige à une personne neutre,( le médiateur, le conciliateur) qui examine les demandes des parties et les aide à parvenir à un règlement négocié du contentieux.
- L' accord qui met fin à leur différend n'aura pas, contrairement à l'arbitrage, de force exécutoire.
- L'efficacité de ces méthodes dépend du bon vouloir des parties, qui sont libres de se soumettre ou non aux recommandations du conciliateur ou du médiateur. Elles peuvent aussi transposer ces propositions dans un accord signé. Certains contrats internationaux envisagent l'approche en deux étapes: d'abord la médiation ou la conciliation puis, si elle ne réussissent pas, la procédure d'arbitrage

# ADR: Médiation/conciliation...

- ◎ Ces méthodes peuvent être soit ad-hoc soit administrées dans le cadre de règlement ou d'institutions:
- CCI: règlement ADR de 2001 qui a remplacé l'ancien règlement de conciliation de 1988: (Médiation, Consultation d'un Tiers, Mini-trial, combinaison de méthodes):

[www.iccadr.org](http://www.iccadr.org)

# ADR: Médiation/conciliation...

- Règlement de Médiation de l'OMPI adopté en 1994 : Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI a reçu plus de 70 demandes de médiation contre 100 demandes d'arbitrage):

[www.wipo.int/amc/fr/mediation/](http://www.wipo.int/amc/fr/mediation/)

- Règlement de conciliation du CIRDI:

[www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org)

# ADR: Médiation/conciliation...

- Les ADR dans le cadre du Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire

[www.crcica.org.eg/adr\\_rules.html](http://www.crcica.org.eg/adr_rules.html)

- International Center for Dispute Resolution of the American Arbitration Association :

<http://www.adr.org>

Etc...

# Arbitrage

- L'arbitrage consiste de la part de deux ou plusieurs parties à confier le règlement du litige qui les oppose, ou qui est susceptible à les opposer, à une ou plusieurs personnes de leur choix qui trancheront définitivement ce litige.
- l'arbitrage présente la solution recherchée, à condition de l'avoir clairement prévu dans les contrats et en gardant à l'esprit que cette solution comporte des coûts.

# Arbitrage

- ◎ L'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement des différends commerciaux en dehors des tribunaux étatiques qui aboutit à une décision liant les parties. C'est un moyen flexible et privé de régler des litiges par lequel les parties choisissent les arbitres et déterminent le lieu, les règles, la langue et la procédure. Tout cela a un prix, payé par les parties, qui reçoivent en retour une décision qui sera reconnue et appliquée presque partout dans le monde.

# Arbitrage

- ◎ Par rapport à une procédure devant un tribunal étatique, une procédure d'arbitrage laisse une grande **autonomie** aux parties en ce qui concerne l'adaptation de la procédure aux besoins spécifiques de leur cas.
- ◎ L'arbitrage confère la **confidentialité** des débats à l'égard des tiers et des administrations (notamment l'administration fiscale), contrairement à une procédure devant un tribunal étatique.
- ◎ Notamment en matière de litiges techniques, l'arbitrage peut être confié à des spécialistes : il n'y a pas l'exigence que l'arbitre soit un juriste. Donc, on peut même nommer un ingénieur comme arbitre.

# Fondement de l'arbitrage

- L'arbitrage est fondé sur le **consentement** des parties. s'il n'existe pas d'accord d'arbitrage, il n'y a pas d'arbitrage
- Le consentement peut être **classique** : la convention d'arbitrage : La CA se définit comme *l'acte juridique par lequel deux ou plusieurs parties décident de confier à une juridiction arbitrale le litige qui les oppose ou qui est susceptible de les opposer*. Ainsi la CA, peut intervenir dans **trois** circonstances différentes :

# la convention d'arbitrage

- 1- l'accord est normalement exprimé dans le contrat : **clause compromissoire**. Cela suppose une dose de prévoyance de la part des négociateurs. En matière de contrats internationaux c'est ce qui correspond à la pratique la plus fréquente, car l'on décide du mode de règlement des litiges au moment de la rédaction du contrat. Si les parties optent pour un arbitrage institutionnel la CA sera généralement **très courte et très simple**. C'est ce que souhaitent les institutions d'arbitrage qui généralement proposent des modèles de clauses (des clauses type).
- 2- l'accord peut être formalisé après la naissance du litige : **compromis**. il est conclu (après la rédaction du contrat) lorsque les parties décident de recourir à l'arbitrage une fois que le litige est naît.
- 3- Le consentement peut trouver aussi sa source non pas dans le contrat mais dans un **autre instrument** : loi interne, traité bilatéral entre l'Etat partie au litige et l'Etat national de la personne privée partie à ce litige.

## Problème des treaty claims- contract claims

- Clause de recours à un tribunal et étatique dans un contrat
- Contrat couvert par un traité qui prévoit le recours à l'arbitrage: umbrella clause
- Autres hypothèses: contrat :arbitrage ad-hoc.  
Traité : arbitrage CIRDI ( avantages)
- compétence des arbitres du traité pour connaître des violations contractuelles entre Etat- Investisseur

# Problème des treaty claims- contract claims

- **quel mécanisme juridictionnel faut-il appliquer?** Celui stipulé au contrat et qui donne compétence aux tribunaux étatiques sans possibilité de recourir à l'arbitrage faute d'accord entre les parties, ou celui stipulé au *BIT*, permettant de soumettre le différend à un tribunal arbitral (CIRDI notamment)?
- **Est-ce que une clause de respect des engagements ou « *umbrella clause* » a pour effet de transformer les violations du contrat en violations du traité et peut donner par là même compétence au juge du traité pour connaître des violations du contrat.**
- Jurisprudence divisée

# la convention d'arbitrage

- Une CA produit traditionnellement un double effet :
  - 1-Un effet **positif** : la CA fonde la compétence du TA et donc aucune des parties ne peut se soustraire à la CA. Le seul moyen d'échapper à l'application d'une CA est que les parties décident d'un commun accord à y renoncer.
  - 2-Un effet **négatif** : la CA provoque l'incompétence des juridictions étatiques. Cela veut dire que la CA prive de leur compétence les juridictions étatiques qui auraient été compétentes à l'égard du contrat s'il n'y avait pas eu la CA.

# la convention d'arbitrage

- ⊙ **Contestation de la compétence du TA** : Cette contestation a à la fois des aspects purement procéduraux et des aspects de fond

1- Aspects procéduraux : C'est le problème de **la compétence de la compétence**.

- ⊙ Cette question a soulevé beaucoup de controverses dans le passé, mais elles sont aujourd'hui résolues. La solution que l'on trouve dans toutes les lois sur l'arbitrage (**art. 16.1 dans loi type de CNUDCI**), est devenu un **principe général du droit de l'arbitrage international**. Selon ce principe le TA, dont la compétence est contestée, a lui-même le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence
- ⊙ Ainsi la conséquence la plus importante de l'application du principe de la *compétence de la compétence* est qu'en principe les juges étatiques ne partagent pas avec les arbitres cette compétence. Cependant le contrôle du juge pourra quand même s'exercer **in fine** (lorsque la sentence arbitrale sera rendue) car il sera toujours possible de soutenir devant le **juge de l'annulation** que le TA est incompétent. Ce sera un recours contre la sentence et non une interférence des juges par rapport aux arbitres. Là le juge étatique pourra examiner en fait et en droit s'il y avait vraiment une compétence arbitrale ou non.

# la convention d'arbitrage

2- Aspects de fond : Il s'agit du ***principe de l'indépendance*** (ou de l'**autonomie**) de la CA, qui est également devenu un ***principe général du droit de l'arbitrage international***.

- Pour éviter que ce moyen de défense fragilise les CA et l'arbitrage lui-même on a admis le principe de l'indépendance de la CA. Ainsi la CA est juridiquement indépendante du contrat qui la contient et par conséquent elle n'est pas affecté par une vicissitude du contrat. Donc si le contrat est nul la CA n'est pas nulle pour autant. Si le contrat a été résilié la CA survit à la résiliation du contrat. **La CA a sa propre vie** ! La CA ne peut être attaqué que pour les défauts qui lui sont propres.

# le choix des arbitres

- Les parties ne choisissent pas leurs juges, mais elles désignent leurs arbitres. L'arbitrage est flexible et neutre : Dans l'arbitrage, les parties peuvent désigner par exemple un arbitre qui n'a pas leurs nationalités , et l'arbitrage peut se dérouler en un lieu neutre.

# le choix des arbitres

## 1) Arbitrage ad hoc

Dans un arbitrage ad hoc, aucune institution n'assiste les parties. C'est pourquoi elles doivent déterminer les règles de procédure, comment les arbitres seront désignés, où l'arbitrage aura lieu, sa durée, etc. Vu la complexité de ces choix, en 1976 la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI-UNCITRAL) a élaboré un ensemble spécial de règles d'arbitrage connues sous le nom de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Ce Règlement a été appliqué un peu partout dans le monde. **Il est recommandé pour les arbitrages ad hoc.** Toutefois, la CNUDCI n'offre pas d'assistance pour ces arbitrages.

# Arbitrage ad hoc

## ◎ **Clause-type d'arbitrage ad hoc de la CNUDCI**

*«Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.»*

# Arbitrage ad hoc

- Dans la clause ci-dessus, il est recommandé aux parties de désigner une «**autorité de nomination**», à savoir une personne ou une institution qui nommera un arbitre au cas où l'une des parties ne le fait pas.
- les parties peuvent ajouter:
  - «(a) *L'autorité de nomination sera...* [nom de l'institution ou de la personne];
  - (b) *Le nombre d'arbitres est fixé à...* [un ou trois];
  - (c) *Le lieu de l'arbitrage sera...* [ville ou pays];
  - (d) *La langue (les langues) à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera (seront)...*

# Arbitrage ad hoc

- Si on est en présence d'un arbitrage **ad hoc** et qu'il n'y a pas le choix d'un règlement d'arbitrage (comme la CNUDCI), il est très important que les parties donnent un certain nombre d'éléments dans leur CA. Pour qu'on puisse mettre en œuvre la clause sans trop de difficulté, il y a des éléments quasiment indispensables. Notamment il faudrait que les parties se soient exprimées sur le nombre d'arbitres et qu'elles aient donné des éléments sur le mode de désignation des arbitres. De plus, les parties devraient avoir fixé le siège (ville ou pays)

# Arbitrage institutionnel

Il existe plus de 100 centres d'arbitrage dans le monde qui se consacrent à l'arbitrage international a plupart de ces institutions proposent des clauses-types qui sont à insérer dans les contrats:

- Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle <http://www.arbiter.wipo.int>
- Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements <http://www.worldbank.org>
- Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire <http://www.crcica.org.eg>
- Centre régional d'arbitrage de Kuala Lumpur; e-mail: [klrca@putra.net.my](mailto:klrca@putra.net.my)
- Commission chinoise internationale d'arbitrage économique et commercial <http://www.cietac.org>
- Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale <http://www.iccwbo.org>
- Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm <http://www.chamber.se>
- International Center for Dispute Resolution of the American Arbitration Association <http://www.adr.org>
- London Court of International Arbitration <http://www.lcia-arbitration.com>

# Arbitrage institutionnel

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

## Clause-type d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI)

جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أو عدة حكام يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام .

# L'élaboration d'une clause arbitrale

Ce qui est à éviter:

- Les entreprises devraient **éviter de copier** une clause d'un autre contrat. Chaque nouveau contrat crée une situation nouvelle, dont les litiges éventuels doivent être identifiés et anticipés
- Elles devraient aussi vérifier auprès de l'institution arbitrale concernée que leur clause est correctement rédigée.

# L'élaboration d'une clause arbitrale

- Les bonnes pratiques:
  - Une clause arbitrale ne doit pas être nécessairement longue et détaillée pour être efficace.
  - Les deux principes de base qui devraient guider les rédacteurs d'une clause portant sur le règlement des différends sont la **simplicité et la précision**, c'est-à-dire simplicité des termes et précision des éléments figurant dans le texte (portée de la clause, arbitrage ad hoc ou institutionnel, nombre d'arbitres, lieu et langue de l'arbitrage, etc.).
  - L'expérience montre que plus la clause est détaillée et semble parfaite, plus grand est le risque qu'elle soit source de problèmes.

# L'élaboration d'une clause arbitrale

- **Exemple d'une clause trop spécifique qui peut paralyser la procédure:**  
«[...] les arbitres désignés par les parties seront appelés d'abord à tenter un règlement à l'amiable du différend. Au cas où ils n'y parviendraient pas, ils choisiront un **troisième arbitre qui sera un avocat d'affaires spécialisé dans les contrats, originaire d'un pays tiers et s'exprimant couramment en arabe, en espagnol et en anglais.**»
- Les deux «arbitres désignés» vont probablement avoir des difficultés à trouver un «troisième arbitre» qui réponde aux exigences exprimées dans le texte! Ainsi, contrairement à l'intention de départ, des conditions trop précises ou compliquées peuvent avoir pour résultat des procédures trop longues et coûteuses.
- De même les parties devraient éviter de dépecer le règlement arbitral ( par exemple confier les litiges techniques à un expert): coût, délais...

# Arbitrage institutionnel

- Arbitrage accéléré: règlement de l'OMPI: règle au fond certains litiges...
- Règlement de référé pré- arbitral: solution urgente provisoire du litige : n'empiète pas sur la compétence d'aucune juridiction étatique ou arbitrale pour juger l'affaire au fond

## Qualités des arbitres :

- ① *Les arbitres doivent-ils présenter certaines **qualités** ?*
- ① Dans une CA les parties peuvent exiger des arbitres certaines qualités particulières : maîtrise d'une certaine langue ou avoir une expérience dans telle branche du droit ou dans telle matière de litige. Ainsi s'il y a litige en matière de propriété industrielle, on exigera une compétence en matière de droit des brevets.
- ① Souvent les parties n'exigent aucune qualité particulière et la possibilité de choisir des arbitres devient très large.
- ① Mais il y a **deux** qualités générales exigées de tout arbitre :

# Qualités des arbitres :

- - **L'impartialité**
- - **L'indépendance**
- Le problème pour les arbitres vient de leur indépendance par rapport aux parties, notamment par rapport à la partie qui l'a désignée. On peut nommer une personne que l'on connaît à condition que des relations affectives, d'amitié et surtout d'affaires n'existent pas.
- L'arbitre n'est pas l'avocat de la partie qui l'a désigné

# Indépendance des arbitres

- importance de procéder aux vérifications nécessaires quant à l'indépendance des arbitres dès leur nomination et non durant le délai de recours :risque de considérer que les griefs sont tardifs : (arrêt du Tribunal fédéral du 20 mars 2008 dans le cadre du TAS)
- Dans certaines institutions les personnes pressentés pour être arbitre sont obligées de faire une *déclaration écrite d'indépendance* (**Chambre de Commerce Internationale**)

# Constitution du TA

- Généralement le nombre des arbitres doit être **impair**. Il y a d'ailleurs dans certains pays des lois qui interdisent de constituer un TA avec un nombre pair d'arbitres. Dans les situations les plus fréquentes il y a soit un TA avec un arbitre unique choisi d'un commun accord par les parties, soit il y a un TA composé de 3 arbitres (chaque partie désigne un arbitre et ces 2 arbitres désignés désignent eux-mêmes le 3eme arbitre, qui sera président du TA.

# Difficultés de constitution du TA

- Il est parfois difficile de constituer un TA soit en raison de la mauvaise foi ou de la mauvaise volonté d'une des parties, soit en raison de l'impossibilité des parties de s'entendre ou de la négligence d'une partie.
- il y a 2 solutions
  - Dans un arbitrage **institutionnel** : l'institution de l'arbitrage, se reconnaît elle-même le pouvoir pour aider à la constitution du TA.
  - Dans un arbitrage **ad hoc** : il faut faire appel à une autorité de nomination, mais il faut que cela ait été prévu par la CA. Autrement il reste l'unique possibilité de s'adresser à **un juge étatique** (le juge d'appui). Cette compétence est généralement reconnue au juge étatique du pays du siège de l'arbitrage.

## Les pouvoirs du TA

- ① le TA étant une juridiction, donc de façon générale les pouvoirs du TA seront ceux de n'importe quelle juridiction. Les arbitres auront donc aussi besoin de disposer d'un certain nombre de pouvoirs.
- ② Cependant l'arbitre n'a pas les pouvoirs du juge( organe de l'Etat): et qui dispose des attributs reconnus à toute personne qui rend la justice : *L'imperium* c'est à dire le pouvoir de rendre des décisions exécutoires ; le juge peut directement mettre en œuvre la force publique pour les appliquer. Les arbitres n'ont pas ce pouvoir car ils sont des juges privés.
- ③

# Les pouvoirs du TA

- Mais comme le juge l'arbitre a le pouvoir de dire le droit.
- De plus le TA rend des ordonnances qui s'imposent aux parties au cours de la procédure arbitrale: ce défaut d'imperium n'affecte pas beaucoup les arbitres. Même si ces ordres ne sont pas exécutoires, les parties y obéissent généralement.

# Coût de l'arbitrage

- Les frais de procédure comprennent les honoraires et dépenses des arbitres, les honoraires et dépenses des experts nommés par le tribunal arbitral et les honoraires et dépenses des conseils (et éventuellement des experts) des parties.
- S'ajoutent à cela, pour l'arbitrage institutionnel, les coûts administratifs de l'institution.

# Coût de l'arbitrage

- Lors d'arbitrages internationaux, **une provision sur frais** est demandée en début de procédure, qui sert à couvrir les honoraires et dépenses des arbitres ainsi que les frais administratifs jusqu'à la fin de l'arbitrage. Cette avance est fixée soit en fonction du montant en litige, d'après un barème d'honoraires, soit sur une base horaire ou journalière; elle est payée à parts égales par les parties. Si l'une des parties omet de payer sa part de provision, l'autre partie devra se charger du paiement. En général, les provisions sur frais d'arbitrage doivent être intégralement payées avant que la sentence arbitrale finale ne soit rendue. Dans cette sentence, les arbitres diront qui devra supporter la charge des frais d'arbitrage et ils tiendront compte, en général, de l'issue du litige. Dans les arbitrages internationaux, la partie gagnante se voit attribuer souvent un remboursement total ou au moins partiel de ses frais.

# Coût de l'arbitrage

- Généralement les coûts supportés par les parties pour présenter et appuyer leurs dossiers constituent la part la plus importante de l'ensemble des frais.
- Exemple arbitrage CCI:
  - Coûts pour présenter le dossier( honoraires d'avocat, de conseils, preuves, expertises, etc): **82 %**
  - Honoraires et frais des arbitres: **16 %**
  - Frais administratifs de la CCI: **2%**

# Coût de l'arbitrage

- D'où importance de **réduire les coûts**( CCI):
  - Convention d'arbitrage: simplement et clairement rédigées
  - Stipuler le lieu de l'arbitrage, sa langue, les règles de droit applicables
  - Le nombre des arbitres ne dépend pas systématiquement de l'importance du contrat ou de sa complexité mais de la nature du litige: un arbitre unique peut suffire.
  - Se réserver l'hypothèse de choix d'un arbitrage accéléré

# Coût de l'arbitrage

- Choisir des conseils compétents et disponibles
- Un arbitre unique est moins coûteux
- Arbitres disponibles
- Dans les cadre d'institutions ( CCI) lui confier la tâche de nomination des arbitres et/ou coopérer avec elles ( facilitera la constitution du TB, réduit la récusation, garantie de compétence...)
- Eviter la manœuvres dilatatoires, le nombre inutiles de procédures et des pièces, les arguments juridiques insoutenables, les prétentions démuserées...
- Utiliser les nouvelles technologies
- Envisager à tout moment de la procédure arbitrale un accord amiable en vue de mettre fin au litige.
- Adopter une attitude positive et proactive avec l'adversaire et le TB: voir [Rapport CCI technique pour maitriser le temps et les coûts dans l'arbitrage, 2007](#)

# Le rôle du siège de l'arbitrage

- Importance du lieu où siège une juridiction. Une procédure dans son propre pays engage en général moins de frais (de déplacement, de traduction...). De plus il détermine le tribunal d'Etat qui sera compétent en cas de recours contre la sentence
  - Il est dans l'intérêt des parties de prévoir la langue de la procédure.

# Le droit applicable par les arbitres

- le droit applicable à la procédure:
  - les parties peuvent fixer les règles que devront suivre les arbitres dans la procédure. Mais si les parties ne se sont pas prononcées sur les règles de procédure les arbitres auront une grande liberté. Cette souplesse laissée aux arbitres peut parfois être gênante si les deux parties viennent de deux cultures juridiques différents.
  - Dans le cadre d'une institution c'est la procédure prévue par le règlement qui s'applique.

# Le droit applicable par les arbitres

- **Droit applicable au fond du litige**
- Diversité des règles appliquées.
- En général on trouve toujours, comme pour la procédure, un système à **deux étages**.
- Le 1<sup>er</sup> **niveau** : on considère que les arbitres doivent appliquer au fond du litige le droit désigné par les parties ; les arbitres ne peuvent aller contre la volonté des parties. On admet aussi généralement (comme à la CNUDCI) le choix de règles non étatiques à appliquer pour le fond du litige.
- Au **2<sup>ème</sup> étage**, si les parties ne se sont pas exprimées sur le choix du droit applicable, il revient aux arbitres de déterminer eux-mêmes le droit applicable. Selon les règlements d'arbitrage ou des lois applicables on indique des règles ou des méthodes plus ou moins précises pour déterminer le droit applicable.

# La sentence :

- Comme toute procédure juridictionnelle L'arbitrage, se termine par la décision des arbitres. Sauf convention contraire, l'arbitrage se conclut par une décision exécutoire et définitive
- Cette décision est rendue dans **une sentence arbitrale** . Dans tout arbitrage il y a au moins une SA finale. Mais dans des affaires complexes il peut y avoir aussi des SA partielles.
- La sentence est définitive ce qui rend impossible en principe les voies de recours traditionnels comme l'appel et la cassation, sauf en cas exceptionnel.

# La sentence :

- La SA est un acte juridictionnel privé qui a force obligatoire, sans avoir force exécutoire. Elle est obligatoire entre les parties car les parties l'ont voulu en concluant la CA.
- Dans l'immense majorité des cas les SA sont exécutées spontanément.

Il peut y avoir deux sortes de problèmes quand la SA est rendue :

- - Une partie n'exécute pas car elle ne peut ou ne le veut pas.
- - Une partie estime que la sentence est gravement viciée et elle veut former un recours contre la SA.

La reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales à l'étranger sont garanties par des Conventions internationales.

- *la Convention de New York en 1958* sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Sa caractéristique principale est qu'elle est une convention de l'ONU. Elle a une vocation mondiale ratifiée par la plupart des Etats. Son but est de fournir un régime uniforme et homogène sur le régime de reconnaissance de sentences arbitrales. La convention favorise **l'efficacité de l'arbitrage** car les sentences peuvent circuler mondialement.

## Rapports entre justice étatique et arbitrage

- *Rapport de **coordination***
  - Les deux modes de règlement de conflits ne s'ignorent pas et ne sont pas en opposition. La coordination s'effectue au niveau des conventions d'arbitrage. L'acte d'arbitrage est indispensable et pour cela il faut que les juridictions étatiques reconnaissent l'arbitrage.
  - *La **collaboration*** et l'appui: la justice étatique prête souvent sa collaboration à l'arbitrage :

# Rapports entre justice étatique et arbitrage

- En cas de ***difficultés de constitution*** du tribunal arbitral.
- Dans la mise en action de ***mesures provisoires*** ( bloquer un compte bancaire...). Les arbitres n'ont pas l'imperium.
- La prévalence d'une justice sur l'autre : elle joue au profit de la justice étatique tant qu'à l'exécution d'une sentence arbitrale: recours (annulation) d'une sentence arbitrale devant aux tribunaux étatiques. ( exception du CIRDI)

# Reconnaissance et exequatur

- **Utilité**

- En pratique la **reconnaissance** d'une SA se rencontre assez rarement. Elle permet à une personne d'invoquer une SA dans un ordre juridique déterminé en faisant admettre le contenu de cette SA. Par exemple si la personne déboutée A , veut refaire sa demande devant un autre juge étatique d'un autre pays, la personne qui a gagné le procès peut demander la reconnaissance de la sentence qui a déjà débouté A : il n'y a pas besoin de mesure d'exécution.

# Reconnaissance et exequatur

- **L'exequatur** est un type d'action en justice. C'est une demande formée devant les tribunaux d'un Etat pour que le juge accorde l'exequatur à la sentence. Une demande d'exequatur n'est pas une voie d'exécution sur la sentence. Il s'agit d'un stade intermédiaire, c'est un préalable à l'exécution forcée. Si l'adversaire n'exécute pas la sentence, l'intérêt de l'exequatur est de pouvoir la faire exécuter. La sentence avec l'exequatur constitue un titre exécutoire.

# Reconnaissance et exequatur

- le système d'exequatur établi par la Convention de New York de 1958 :
  - celui qui a obtenu une SA dont il veut demander l'exequatur dans un Etat déterminé doit produire la SA devant le juge compétent de l'Etat en cause. Ce juge devra accorder l'exequatur à la SA sous réserve des règles suivantes :
    - L'**adversaire** peut invoquer certains motifs pour s'opposer à l'exequatur de la SA.
    - **Le juge** peut relever d'office certains motifs pour les opposer à la sentence arbitrale.

# Reconnaissance et exequatur

- Ainsi le demandeur de l'exequatur n'a pas à prouver que la SA est parfaite et qu'elle mérite l'exequatur. Mais la CNY donne des moyens à l'adversaire et au juge de refuser l'exequatur
- la charge de la preuve repose sur le défendeur à l'exequatur (instance contradictoire). La loi type de la CNUDCI aux arts. 35 et 36 a pratiquement recopié la CNY. Elle préconise que les Etats qui ont ratifié la CNY reproduisent les dispositions de cette Convention. Or la CNY comporte l'art VII qui dit qu'aucune partie n'est privée du droit de se prévaloir de règles plus favorables à l'exécution des sentences arbitrales. Ainsi des Etats partis à la CNY ont le droit de s'écarter de la CNY pour adopter des dispositions plus favorables à l'exequatur des SA.

# Les voies de recours

- En matière d'arbitrage, il n'y a pas de recours possible devant une autre instance arbitrale. L'arbitrage est un système de juridiction non-hiérarchisé, il n'y a pas de recours arbitral possible contre une sentence arbitrale. Le principe du double degré de juridiction n'existe pas pour l'arbitrage.
- Ce qui est possible est un ***recours en annulation*** (CNUDCI, art. 34, « recours exclusif contre une sentence arbitrale ») → le recours à une instance étatique. Dans la plupart des lois nationales on trouve des dispositions déterminent la compétence des tribunaux nationaux en matière d'annulation.

# Les voies de recours

## ***Les caractéristiques du recours***

- Le recours est formé devant une juridiction de second degré d'un tribunal national. → cour d'appel
- Le recours est d'ordre public. Donc les parties ne peuvent pas renoncer de faire recours, même si un tel recours était expressément exclu dans la sentence arbitrale. Cette disposition est nulle.
- Le recours est différent d'un appel. Dans le cas d'un appel, l'affaire est rejugé ***de fait et de droit***, ce qui ne s'applique pas à un recours en annulation. ***Le recours ne porte pas sur le fond de la sentence***. Le juge du recours en annulation n'a pas le droit de vérifier l'application correcte du droit. Il peut seulement décider si la sentence est atteinte d'un vice.

# Motifs d'annulation d'une sentence arbitrale

Il y a **5 cas d'annulation** d'une sentence arbitrale

- 1) **L'incompétence du tribunal arbitral** → si le tribunal arbitral qui a rendu la sentence n'était pas compétent de rendre un tel jugement.
- 2) **La constitution irrégulière du tribunal arbitral** → Deux exemples de vices graves :
  - Si les parties n'ont pas été traitées sur un pied d'égalité dans la constitution de tribunal.
  - S'il est démontré qu'un des arbitres ne présentait pas les qualités exigées. (indépendance de l'arbitre) . Ce vice ne peut être invoqué après la fin de la procédure. Si une partie a eu connaissance de ce défaut, elle ne peut pas l'invoquer après qu'elle ait perdu le procès d'arbitrage.
- 3) **Le non-respect de leur mission par les arbitres** → Si les arbitres ont statué sur un point qui n'était pas demandé à eux.
- 4) **Le non-respect des droits de la défense** → ou le non-respect du principe de la contradiction et l'égalité des parties.
- 5) **La contrariété de la sentence à l'ordre public international du juge d'annulation :**

# *Motifs d'annulation d'une sentence arbitrale*

(ou du juge de l'exécutoire) → la sentence arbitrale ne doit pas conduire à une solution contraire à l'ordre public international de l'Etat en question. Mais l'ordre public international de l'Etat est un ordre vague :

- Cet ordre est constitué de principes considérés comme fondamentaux pour l'Etat. Ex : blanchissement d'argent, corruption → une sentence arbitrale donnant effet à un contrat de corruption peut être annulée. Un contrat de travail qui est proche d'un contrat de servitude est contraire à l'ordre public international de l'Etat du for.
- *Lois de police* → dispositions internationales impératives : règles de droit de la concurrence (ordre économique)

- Merci de votre attention