

L'arbitrage international

Mondialisation ou pas, le droit applicable aux contrats commerciaux internationaux reste avant tout un droit national. Il n'existe pas, en effet, de consensus autour de règles juridiques internationales. En conséquence, à la signature d'un contrat, l'entreprise doit choisir, à la fois, un droit national applicable et un tribunal qui traitera les litiges éventuels. Ce choix est crucial en cas de contentieux et il s'avère souvent épineux tant il est difficile de trouver un terrain neutre entre des parties de nationalité différente. C'est dans ce contexte que s'est développé l'arbitrage international, qui offre une solution efficace là où la justice publique ne peut répondre aux besoins des entreprises.

**par Mathias Collot
et Laurent Debeaud**

PEKIN 21 MARS 1991 21:00

Vous entamez satisfait la dernière page du contrat de construction d'un

barrage que votre société FranceTP va signer avec une société publique chinoise. Pour vous qui représentez le groupe dans ce pays, c'est l'aboutissement d'un an de négociations serrées où tous les éléments, délais et prix notamment, ont fait l'objet de négociations âpres et épuisantes. Après plusieurs hésitations de la part de vos partenaires chinois, ceux-ci semblent enfin décidés à signer et vous ont donné rendez-vous, à cet effet, pour le lendemain.

Votre téléphone sonne : le directeur juridique vous appelle de Paris pour vous donner l'avis du siège sur le contrat. Il remarque que vos partenaires chinois, qui ont rédigé l'ébauche du contrat, n'ont pas inséré de clause de règlement de litiges et cela lui semble préjudiciable. Il vous propose alors d'introduire "une clause compromissoire prévoyant un arbitrage à Singapour, suivant le règlement de la CCI". Mais, comme il n'est pas sûr que vos partenaires chinois l'acceptent, il vous donne, comme deuxième solution, une clause de « type CIETAC ». Malgré ses explications, vous n'y comprenez pas grand chose et vous ne vous voyez pas aller négocier cette clause, dont vous ne maîtrisez pas les subtilités, avec vos partenaires chinois qui pourraient se froisser de ce contretemps : pour vous, le plus important ce sont d'abord les prix et les délais négociés !

Votre réticence est d'autant plus grande qu'un de vos amis travaillant dans une entreprise concurrente est impliqué depuis dix ans dans un arbitrage dont on parle beaucoup dans sa société, étant donné les coûts et la lourdeur de la procédure. Vous acceptez tout de même les propositions du directeur juridique, mais le lendemain, face au manque d'enthousiasme de vos interlocuteurs sur le sujet et peut-être en raison de votre incompréhension de l'importance d'une telle clause, vous décidez de ne pas remettre en cause les éléments déjà négociés et signez le

contrat sans la clause de règlement de litiges.

PARIS 03 AVRIL 1995 13:00

Vous recevez une assignation devant le tribunal de Pékin, suite à la plainte déposée par la société chinoise qui réclame 40 millions de dollars pour non-respect des délais. Le directeur juridique vous prévient que votre cas est perdu d'avance et regrette que vous n'ayez pas réussi à convaincre l'entreprise chinoise quatre ans plus tôt...

L'intérêt de deux ingénieurs pour un sujet juridique aussi pointu que l'arbitrage international a pu surprendre, voire amuser certains juristes que nous avons rencontrés au cours de notre étude. Deux étudiants en droit consacrant leur mémoire à la théorie de la relativité restreinte n'aurait pas reçu un autre accueil de la part de chercheurs en physique... Pourtant, des non-juristes sont aujourd'hui amenés à manipuler des concepts juridiques et à se prononcer sur des contrats dont la complexité croît avec l'internationalisation des affaires et la place grandissante de l'arme juridique. Il ne leur appartient pas de se substituer aux juristes et de se prononcer eux-mêmes sur les points juridiques du contrat, mais ils se doivent de détecter les points importants qui méritent attention. Or, si l'arbitrage a fait l'objet d'une abondante littérature, celle-ci est principalement destinée à des experts du droit international, qui, seuls, sont capables de maîtriser l'art subtil de ce mode de résolution de litige. C'est dans ce contexte que nous avons conduit notre étude, en nous fixant pour objectif de sensibiliser le non-spécialiste à ces problématiques juridiques, et de le guider dans le monde complexe de l'arbitrage en évitant de le perdre dans les subtilités que seul un juriste averti pourra lui expliquer.

Les principes de l'arbitrage

Si l'arbitrage commercial international se veut un domaine d'experts, il repose sur quelques notions fondamentales simples.

L'arbitrage commercial est un mode de résolution de litige dans lequel deux entreprises s'en remettent à un tribunal privé qu'elles constituent elles-mêmes en nommant le plus souvent un ou trois arbitres. Ces derniers rendent une sentence qui s'impose aux parties, laquelle est dite exécutoire, parce que chacune des entreprises peut faire appel à la puissance publique pour la faire appliquer.

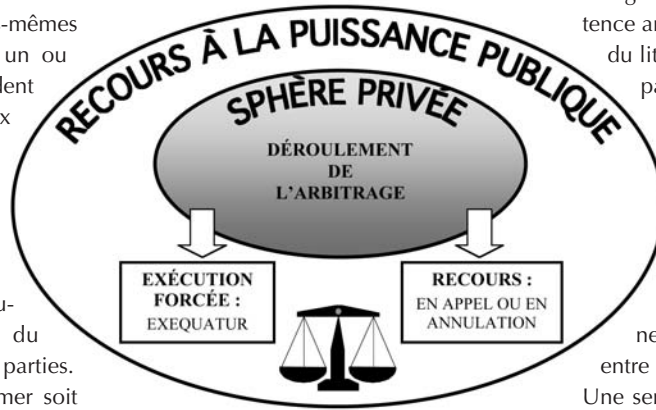
Le recours à ce mode de résolution résulte nécessairement du consentement exprès des deux parties. Ce consentement peut s'exprimer soit sous forme d'une clause du contrat, appelée clause compromissoire, soit par la signature d'un compromis suite à l'apparition du litige.

Notons également qu'on distingue différents types d'arbitrage. Tout d'abord, l'arbitrage international s'oppose à l'arbitrage interne, à caractère strictement national, qui est généralement régi par des lois différentes. Il faut noter, par exemple, que de nombreux pays se montrent plus libéraux envers l'arbitrage international. On distingue aussi l'arbitrage ad hoc, entièrement organisé par les parties du litige, de l'arbitrage institutionnel, dans lequel les parties font appel à une institution d'arbitrage. Celle-ci offre la sécurité d'un règlement standard et d'une aide en cas de blocage de la procédure, mais rend l'arbitrage plus coûteux.

Une justice privée offrant de nombreuses garanties

Le négociateur d'un contrat a aujourd'hui à sa disposition plusieurs modes de résolution de litige et fera son choix en fonction du litige et du degré d'efficacité et de souplesse recherché. Il peut avoir recours à la justice étatique, rendue par des tribunaux d'Etat : les jugements s'imposent comme pour

l'arbitrage aux parties mais, à l'international, l'application du jugement peut être compliquée et se limiter au seul pays où il a été rendu, ou bien à quelques pays prévus dans des conventions bilatérales ou multilatérales. Si le négociateur choisit un mode de résolution « privé », il a principalement le choix entre l'arbitrage, la conciliation, procédure amiable au cours de laquelle



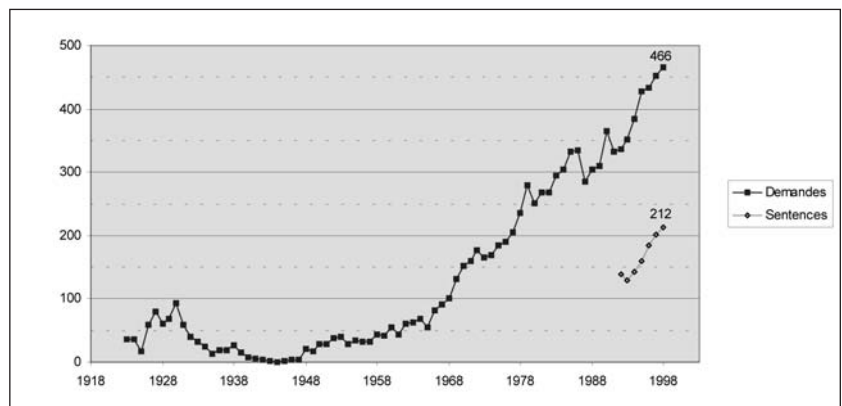
le un tiers, le conciliateur, tente de parvenir à un accord entre les parties, et la médiation, très proche de la conciliation, mais dans laquelle le médiateur a un rôle plus actif que le conciliateur. A la différence de la sentence arbitrale, la décision d'un médiateur ou d'un conciliateur n'a rien d'obligatoire.

En fait, l'arbitrage est une justice privée qui offre cependant de nombreuses garanties et qui peut donc être considéré comme solution intermédiaire entre la conciliation, solution amiable mais pas forcément efficace, et la justice étatique. Nous l'avons dit, la sentence arbitrale est tout d'abord exécutoire : en cas de refus d'une partie d'appliquer cette sentence, l'autre partie pourra faire appel à

la puissance publique d'un Etat. Elle devra pour cela demander l'exequatur de la sentence devant les tribunaux de cet Etat, celle-ci étant régie pour un arbitrage international par la convention de New York, consacrée à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Cette convention est actuellement en vigueur dans plus de 120 pays signataires. Le tribunal chargé d'accorder l'exequatur à la sentence arbitrale ne doit pas juger le fond du litige, mais simplement le respect par le tribunal arbitral de règles de procédure et de l'ordre public national et international. On peut citer, parmi ces règles, le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire : tous les éléments doivent pouvoir donner lieu à un débat contradictoire entre les parties.

Une sentence arbitrale peut aussi faire l'objet d'appel : celui-ci a normalement lieu devant les tribunaux d'appel de l'Etat où a été rendue la sentence arbitrale, et consiste en un réexamen de tout le litige. Cependant, les parties renoncent souvent à leur droit d'appel pour limiter les possibilités de recours, très coûteux en temps et en procédure. Dans ce cas, il reste aux parties la possibilité de faire un recours en annulation de la sentence, également devant les tribunaux d'appel de l'Etat où elle a été rendue. Comme pour l'exequatur, le tribunal ne jugera alors pas le fond du litige, mais le respect par les arbitres des règles de procédure et de l'ordre public national ou international.

L'arbitrage trouve son intérêt dans l'équilibre entre la sphère privée qui lui



Evolution des demandes d'arbitrage et des sentences CCI.

donne sa souplesse et la sphère publique qui lui confère son efficacité. Il est, aujourd'hui, utilisé pour des litiges très variés. Certains secteurs économiques, en particulier, y ont souvent recours, comme le commerce maritime ou le secteur du bâtiment et travaux publics, et c'est également une solution couramment utilisée dans les litiges liés à de grands contrats internationaux.

Loin de faire obstacle au développement de cette justice privée, la plupart des Etats favorisent l'arbitrage. Pour les litiges internes, il peut être un moyen de soulager des tribunaux surchargés et il offre des possibilités inégalées en matière de commerce international : sa promotion devient même une condition nécessaire pour tout pays jugé « à risque » souhaitant développer ses échanges commerciaux internationaux. De plus, l'Etat ne perd pas totalement le contrôle de cette justice privée et garde un droit de regard sur les éléments qu'il juge essentiels, lorsque les deux parties font appel ou bien demandent l'exequatur ou l'annulation d'une sentence arbitrale.

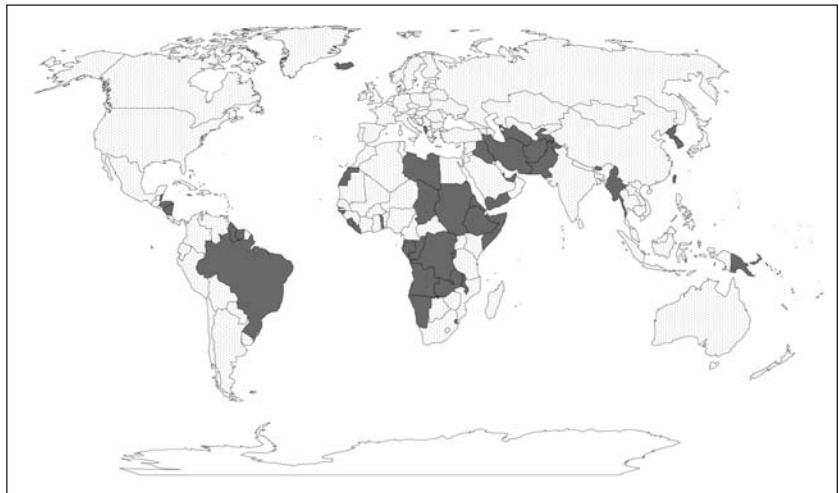
La dernière caractéristique notable de l'arbitrage est le recours à des arbitres. Ce sont les parties qui choisissent librement les arbitres. Il peut s'agir de spécialistes du droit : professeurs de droit, anciens magistrats, avocats ou juristes d'entreprises, ou bien d'experts de domaines techniques ou financiers : experts en construction, experts-comptables, etc.

Lorsque les parties font appel à un arbitre unique, elles doivent le nommer d'un commun accord, ou bien faire appel à une institution d'arbitrage ou un tribunal étatique pour le nommer, si elles n'y parviennent pas. Lorsque le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre, puis le troisième arbitre, président du tribunal, est nommé par ces deux arbitres.

Les institutions d'arbitrage ont très souvent une liste d'arbitres dans laquelle les parties peuvent choisir ceux qui seront les plus compétents pour trancher leur litige.

On peut, enfin, remarquer que les arbitres à l'international forment un

L'arbitrage trouve son intérêt dans l'équilibre entre la sphère privée qui lui donne sa souplesse et la sphère publique qui lui confère son efficacité



Pays ayant ratifié la convention de New York (en clair, à la date du 8 juin 2000).

monde assez fermé, une élite de juristes européens et experts en droit international. Leur nombre restreint explique que l'on retrouve très souvent les mêmes noms pour les arbitrages importants. Si certains critiquent le caractère sectaire de ce « club » très fermé, il a l'avantage de ne proposer que des arbitres brillants et expérimentés, dont la réputation est directement engagée au sein du « club ».

Le contexte international

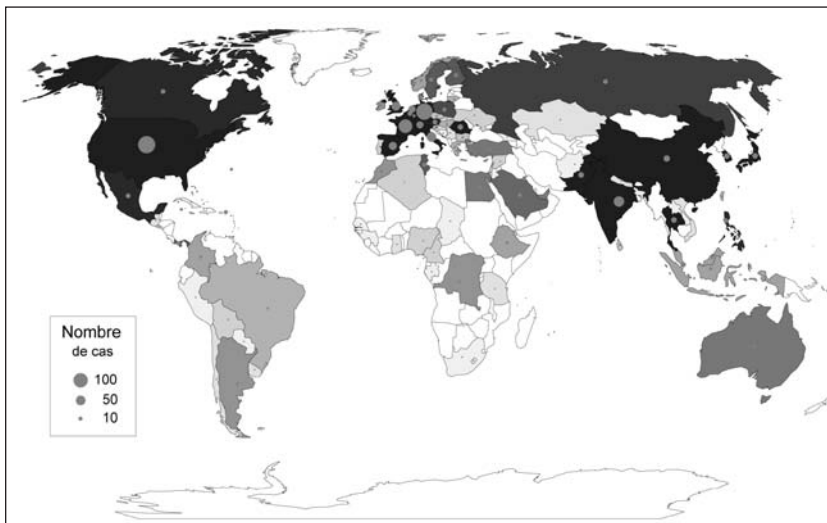
Les entreprises qui sont aujourd'hui de plus en plus nombreuses à s'engager à l'international ne peuvent pas le faire sans prendre en considération les risques encourus. Les échanges économiques font ainsi naître un besoin de sécurité juridique bien réel, parce qu'il n'existe pas de droit mondial du commerce et que les sources de droit concernant le commerce international sont avant tout nationales. La première conséquence apparaît sous la forme de problèmes de conflit de loi, c'est-à-dire de détermination de la loi applicable à un contrat et au litige qui lui est lié.

Le premier effort des Etats a donc été d'éviter ces problèmes, en signant des conventions internationales, principalement pour prévenir l'apparition de

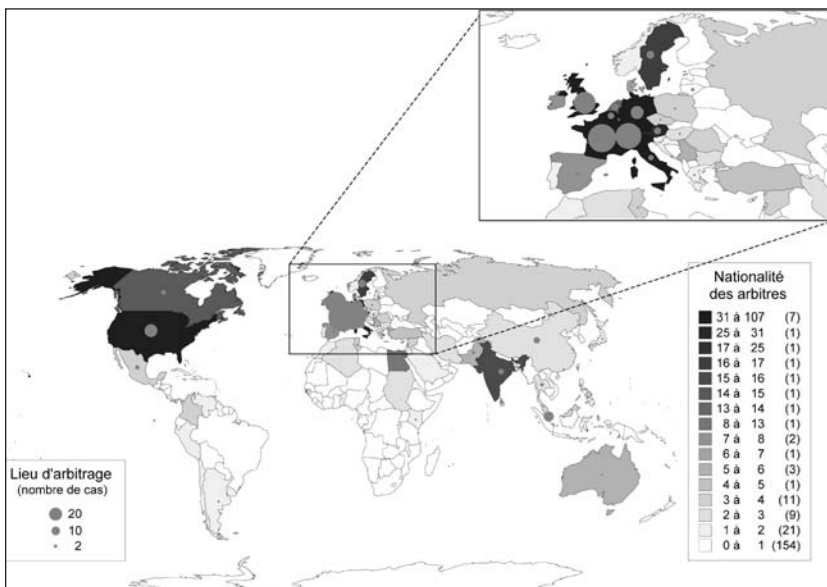
conflits spécifiques (conventions fiscales), traiter un secteur particulier (brevets) ou définir des règles uniformes. Sur ce dernier point, on peut citer l'une des plus importantes conventions, la convention de Vienne (1980) concernant "les ventes internationales d'objets mobiliers corporels" et qui règle, par exemple, des problèmes de transfert de propriété ou de validité de contrat.

Ces conventions jouent un rôle important et le négociateur doit impérativement connaître celles se rapportant à son domaine, même si on s'aperçoit parfois vite de leurs limites : par exemple, l'autre partie au contrat n'est pas forcément issue d'un pays signataire de la convention. Dans d'autres cas, ces conventions peuvent laisser aux parties une liberté contraire au besoin de sécurité cherchée. Enfin, face à la multiplicité des contentieux qui peuvent faire suite à un contrat, ces conventions sont loin d'être suffisantes. Ainsi, les problèmes liés aux nationalisations des exploitations pétrolières en Libye ne pouvaient pas être traités intégralement par une convention et le recours ad hoc à d'autres sources de droit a été nécessaire.

Pour compléter ces conventions, les Etats ont pensé à créer un droit commercial mondial qui serait une étape supplémentaire vers plus d'uniformisation. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial inter-



Nationalité des parties dans les demandes d'arbitrage CCI, reçues en 1998.



Lieux d'arbitrage et nationalité des arbitres pour les demandes d'arbitrage CCI, reçues en 1998.

national (la CNUDCI), travaillant dans cette direction, a joué un rôle important dans de nombreuses conventions et, en particulier, dans l'élaboration de la convention de Vienne. Cependant, la création de ce droit mondial relève encore du vœu pieux et, la plupart du temps, un litige sera traité par un droit national et dans un tribunal national, si les parties n'ont pas prévu d'alternative.

Cet état de fait est inquiétant pour les entreprises, car on peut constater que, même si la mondialisation a nivelé bien des domaines, les systèmes juridiques nationaux sont encore loin d'être uniformes et sont chargés de toute l'histoire et la culture du pays.

En s'aventurant hors de leur droit et des leurs tribunaux nationaux, les entreprises seront donc certainement dépay-sées et déstabilisées : ainsi, dans les pays arabes, une entreprise française devra prendre en compte la Charia, la loi musulmane, qui est intégrée à des degrés différents dans les lois. Plus simplement, la common law des pays anglo-saxons ne sera parfois pas moins dépay-sante pour un juriste français.

Mais les entreprises courent surtout de hauts risques en cas de litige. Tout d'abord, il ne faut pas oublier que dans de nombreux pays, le droit - et plus encore le droit commercial - et l'organisation judiciaire ont longtemps été laissés à un état de sous-développe-

ment inquiétant. C'est le cas de nombreux régimes du Tiers Monde, dans lesquels l'autarcie n'a pas favorisé le développement de pratiques commerciales internationales et, donc, le développement d'un droit adéquat. De plus, la faiblesse des revenus des fonctionnaires rendant la justice favorisait la corruption, et les liens flous entre l'Etat et les tribunaux rendaient l'issue des litiges très incertaine. Enfin, l'histoire et la culture expliquent aussi l'état inquiétant des systèmes juridiques dans certains pays. En Arabie Saoudite, par exemple, le développement de l'industrie pétrolière a rendu flagrante l'inexistence d'un système satisfaisant : l'Etat a alors choisi de faire appel à des juristes égyptiens et de s'inspirer aussi des pratiques juridiques américaines. En Chine, même si l'ouverture économique force l'Etat à adapter son système juridique, la culture et notamment le confucianisme expliquent une défiance naturelle des Chinois face aux règles juridiques occidentales, car la médiation et la honte sociale ont longtemps joué un rôle plus important que les tribunaux étatiques en tant que garant de la cohésion sociale.

Mais il est intéressant de noter que de nombreux directeurs juridiques rencontrés et interrogés sur l'insécurité juridique à l'international donnent en exemple les systèmes juridiques de pays en voie de développement, mais aussi des systèmes juridiques développés mais non moins dangereux pour une entreprise française. Ils citent souvent le système américain et redoutent principalement la procédure de « *cross examination* » qui soumet les parties à des interrogatoires éprouvants, et donc risqués, ou les dommages et intérêts exemplaires (« *punitive damages* ») pouvant être requis par un jury populaire.

En conclusion, les entreprises commerçant à l'international se retrouvent dans un environnement risqué, malgré les efforts des Etats et des organisations publiques internationales. Or, ne pouvant se passer ni de leur vente à l'international, souvent principale perspective de croissance, ni d'une certaine sécurité juridique, les entreprises, ont développé à leur niveau des usages et des pratiques qui sont autant de

réponses pragmatiques aux problèmes rencontrés. En exemple, on peut citer l'action exemplaire de la Chambre de commerce international (CCI), organisme privé, qui participe à la structuration de ces pratiques, notamment par la promotion la promotion réussie de pratiques alternatives de règlement de litige, comme l'arbitrage international qui connaît un développement important et répond au besoin de nombreuses entreprises.

Le succès de l'arbitrage international

Les raisons du succès de l'arbitrage international sont multiples. Il est tout d'abord d'une efficacité juridique remarquable, car une entreprise obtiendra souvent plus facilement l'exécution d'une sentence arbitrale dans un pays étranger que celle d'un jugement d'un tribunal étatique. Elle bénéficie alors de la convention de New York, signée par 121 pays qui s'engagent à faire appliquer, après examen de certains principes (respect de l'ordre public, du contradictoire...), les sentences arbitrales rendues, soit dans tous les pays du monde, soit dans les seuls pays signataires de la convention, ce choix étant laissé aux pays lors de la signature. Le nombre de signataires donne toute sa force à cette convention qui n'a pas l'équivalent en ce qui concerne l'exécution des sentences de tribunaux étatiques.

L'arbitrage offre aussi plus de souplesse dans son déroulement que la procédure d'un tribunal étatique. Le litige peut être jugé tout d'abord suivant un droit national mais aussi suivant des principes généraux du commerce international, appelés *lex mercatoria*, ou en équité, ce que ne permet pas un tribunal étatique. D'autre part, les parties ont la liberté de choisir le lieu de l'arbitrage et les arbitres nominativement. Elles peuvent alors trouver plus facilement un terrain d'entente en choisissant des arbitres neutres et indépendants et faire traiter des litiges par des arbitres qu'elles auront choisis pour leurs compétences techniques ou

juridiques et pour leur disponibilité : les arbitres sont, en effet, payés par les parties et même bien payés pour résoudre un unique litige. Ils peuvent donc consacrer plus de temps à un dossier qu'un magistrat et les parties sont en droit d'attendre un travail plus soigné. Enfin, un avantage qui n'est pas des moindres pour un bon nombre d'entreprises engagées à l'international : les sentences arbitrales ne sont pas publiques, à la différence des jugements de tribunaux d'Etat, ce qui peut arranger des entreprises ne souhaitant pas avertir leurs clients, leurs fournisseurs ou leurs analystes financiers de tous leurs problèmes juridiques.

Au regard de ces avantages, l'arbitrage s'est imposé comme une solution naturelle pour les litiges internationaux d'une certaine importance. Il est plébiscité par bon nombre d'institutions, privées ou publiques, qui en font une promotion active. Les chambres d'arbitrage jouent un rôle important en fournissant des règlements et des listes d'arbitres et en faisant connaître ce

mode de règlement de différend. Pour les contrats internationaux, la chambre la plus importante est la Cour internationale d'arbitrage, qui dépend de la Chambre de commerce international (CCI), siégeant à Paris. Créée en 1923, elle vient de traiter sa 10 000^e affaire et a pour principales concurrentes la chambre américaine (AAA), la chambre anglaise (LCIA) et, en marge, des chambres régionales (Stockholm, Singapour, Le Caire) ou la chambre chinoise (CIETAC). L'action de ces institutions privées est relayée par celle des Etats qui remettent à jour leur législation sur l'arbitrage pour, notamment, ne pas imposer des contrôles trop contraignants de

l'Etat sur les sentences arbitrales en cas de demande d'appel, d'annulation ou d'exequatur. On peut, d'ailleurs, citer l'action de l'ONU qui a publié une loi type pour les Etats souhaitant favoriser l'arbitrage et un règlement d'arbitrage ad hoc pour les entreprises ne souhaitant pas recourir aux chambres d'arbi-

trage, dont les tarifs peuvent être dissuasifs.

Ce qu'il ne faut pas attendre de l'arbitrage international

La littérature ou les brochures des institutions d'arbitrage mettent généralement en avant d'autres avantages de ce mode de résolution de litiges, qu'il faudra considérer avec prudence : en effet, il en est certains qui sont très couramment présentés et qui ne s'appliquent certainement pas à l'arbitrage international.

La durée, tout d'abord : la procédure d'arbitrage, en elle-même, peut en effet durer plusieurs années, c'est-à-dire aussi longtemps qu'une procédure devant un tribunal étatique, essentiellement lorsque le cas est juridiquement complexe. La durée moyenne d'une procédure devant un tribunal de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce international est proche de trois ans. D'autre part, l'énoncé de la sentence ne met pas forcément fin au litige. En effet, même si les conditions d'appel des sentences arbitrales sont en général plus strictes que celles des jugements de la justice étatique, l'arbitrage ne permet pas de se mettre à l'abri d'un recours en annulation, puis d'un pourvoi devant la Cour suprême du pays. L'ensemble de la procédure nécessaire au traitement de l'affaire sera alors d'une durée comparable à une procédure devant les différentes instances étatiques. De plus, même lorsque la sentence est devenue définitive, il peut être nécessaire d'avoir recours à la puissance publique pour la faire appliquer.

Il ne faut pas oublier que l'arbitrage international n'est pas une procédure amiable.

Les enjeux étant généralement très élevés, la décision des arbitres s'imposant aux parties, celles-ci n'hésitent souvent pas à se livrer une véritable bataille juridique et procédurière. C'est pour cette raison que l'arbitrage ne permet pas en général, pour les litiges internationaux, de raccourcir les délais de pro-

cédure, qui sont plus liés à la mauvaise foi des parties qu'au mode de résolution choisi. On peut citer, pour illustrer ceci, un commentaire formulé dans la *Revue de l'arbitrage*, suite à une affaire particulièrement disputée (1) : « L'arbitrage, principalement en matière internationale, devient le théâtre d'âpres conflits et paraît de plus en plus s'éloigner d'un idéal de pacification des rapports commerciaux ».

Le coût, ensuite : on ne peut considérer l'arbitrage international comme un moyen d'éviter les coûts importants de procédure dans le cas des tribunaux d'Etat. L'arbitrage international est plutôt une justice de luxe dans laquelle arbitres et chambres arbitrales sont payés somptueusement : nous avons étudié un cas où les frais d'arbitrage pour un litige de 80 millions de dollars s'élevaient à 1,2 million de dollars, dont 100 000 dollars pour la chambre arbitrale et le reste pour les trois arbitres. Ces coûts s'ajoutent aux divers frais de procédures, qui sont comparables à ceux d'une procédure d'un tribunal d'Etat.

Quand et comment utiliser l'arbitrage dans le cas de contrats internationaux ?

Nous l'avons vu, le choix de l'arbitrage peut se faire à deux moments bien distincts : soit dès la signature du contrat, par l'insertion d'une clause compromissoire, soit à l'apparition du litige par la signature entre les deux parties d'un compromis qui initie la procédure d'arbitrage.

L'expérience montre qu'en matière de contrat internationaux, il est très important de choisir un moyen de règlement de litiges définitif dès la signature du contrat, c'est-à-dire de choisir entre le recours à l'arbitrage avec une clause compromissoire et le recours à un tribunal étatique, par l'insertion d'une clause attributive de compétence.

Il est, bien sûr, possible de choisir de recourir à une procédure amiable comme la conciliation, mais il n'est généralement pas judicieux de faire ce choix dans le contrat, car cela peut rallonger inutilement la procédure en cas de litige. C'est lorsque le désaccord est

apparu que les parties sont réellement en mesure de décider si elles souhaitent concilier.

Le choix entre l'arbitrage et le recours à un tribunal doit se faire au regard des avantages et des inconvénients de l'arbitrage présentés précédemment, à savoir la neutralité, l'efficacité juridique, la confidentialité, la compétence technique et la disponibilité des arbitres, au titre des avantages, et principalement le coût, au titre des points négatifs.

Toutefois, le choix de l'arbitrage est soumis à d'autres contraintes plus techniques. Tout d'abord, certains domaines juridiques ne peuvent être soumis à l'arbitrage, comme le domaine pénal. De plus, certaines entreprises publiques n'ont pas le droit de soumettre leurs contrats commerciaux à une procédure d'arbitrage : cette règle varie d'un pays à l'autre et tend à s'assouplir, notamment pour les contrats internationaux, mais ce point mérite examen.

Il faut, enfin, rappeler que la clause compromissoire doit être décidée d'un commun accord entre les parties ; il est nécessaire de prendre en compte la volonté de l'autre partie qui peut ne pas souhaiter recourir à l'arbitrage, par exemple suite à des expériences malheureuses.

Si les parties font le choix d'intégrer une clause compromissoire dans leur contrat, elles se doivent d'en définir les principaux paramètres. Il leur faut choisir la loi applicable, un droit national ou parfois d'autres règles plus souples comme l'équité ou la *lex mercatoria*.

Le lieu d'arbitrage est une notion juridique qui doit être précisée. Il ne s'agit pas nécessairement du lieu où s'effectueront toutes les réunions des arbitres, mais il détermine le tribunal d'Etat qui sera compétent en cas de recours en appel ou en annulation et, donc, également les lois nationales applicables en matière d'appel et d'annulation. Paris, Genève et Londres sont des villes souvent choisies comme lieu d'arbitrage, car les lois française, suisse et anglaise sont favorables à l'arbitrage international.

Les parties doivent également indiquer si elles ont recours à une institution arbitrale pour encadrer l'arbitrage, ainsi

que le nombre d'arbitres (le plus souvent trois) et la langue choisie pour la procédure. Il faut noter que si les tarifs des cours arbitrales peuvent paraître élevés, les cas de blocage sont fréquents pour les litiges internationaux : aussi vaut-il donc mieux avoir un règlement de référence et une liste d'arbitres à sa disposition.

Enfin, après avoir défini les paramètres de l'arbitrage, il convient d'apporter un soin particulier à la rédaction de la clause elle-même, car les cas de nullité de la clause pour rédaction ambiguë sont fréquents. Il faut être simple, clair et précis et s'inspirer de clauses standard existantes.

Le choix de l'arbitrage peut aussi se faire à l'apparition du litige par la signature entre les deux parties d'un compromis qui initie la procédure d'arbitrage. Les parties doivent, bien entendu, appliquer les dispositions contractuelles lorsque le litige apparaît. La clause compromissoire ou la clause attributive de compétence détermine la juridiction compétente pour trancher un litige. Cependant, il n'est pas trop tard pour revenir sur ce choix, à condition, bien sûr, que les deux parties s'accordent sur un nouveau mode de résolution de litiges. Il est alors possible de choisir l'arbitrage ou encore un règlement amiable. Comme le souligne Jean-François Guillemin, directeur juridique du groupe Bouygues (2) : « *le meilleur mode de règlement des différends sera toujours la transaction* ».

Effectivement, maintenant que le litige et ses enjeux sont connus, il faut se demander si on n'a pas davantage intérêt à négocier, ou à recourir à la médiation ou la conciliation, plutôt qu'à lancer une procédure contentieuse qui sera, de toute façon, longue et coûteuse. L'entreprise doit alors prendre en compte le montant du litige ainsi que la position juridique des parties, pour estimer l'espérance de gain ou de perte, sans oublier de prendre en compte les relations futures qu'elle prévoit d'entretenir avec l'autre partie. Si la voie contentieuse est retenue, elle mène une

(1) Note sur l'affaire Orri contre Elf-Lub, Dr. Daniel Cohen, *Revue de l'arbitrage*, 1992.

(2) Les nouvelles attentes des entreprises en matière de règlement de conflits, Jean-François Guillemin, *Revue de l'arbitrage*, 1996 n°4.

analyse semblable à celle décrite précédemment, pour savoir si l'arbitrage doit être préféré aux tribunaux d'Etat pour la résolution du litige.

Enfin, même si l'entreprise a mené une analyse approfondie à la signature du contrat ou à l'apparition du litige, il faut envisager le mode de résolution d'un litige dans une optique dynamique et réitérer l'analyse pour évaluer l'efficacité du mode choisi. L'arbitrage peut être utilisé comme une arme pour pousser à la transaction une fois la procédure lancée et les esprits calmés.

L'arbitrage, victime de son succès ?

L'arbitrage est sans doute le mode de règlement de litiges qui répond le mieux au besoin de sécurité juridique des entreprises commerçant à l'interna-

tional : en effet, cette procédure privée est adaptée aux litiges importants et complexes, et elle offre plus de garanties que la médiation et la conciliation et même, souvent, que les tribunaux étatiques. Ceci explique le fort développement de l'arbitrage ainsi que ses perspectives prometteuses, car il devrait bénéficier du développement des échanges internationaux tout autant qu'il les favorise, ainsi que de l'ouverture à de nouveaux pays.

Si, parfois, l'arbitrage international attire les critiques de ses usagers - qui rêvaient d'une procédure amiable rapide et qui dénoncent une dérive vers une mode de règlement de litiges coûteux, long et procédurier - c'est sans doute qu'il est, en quelque sorte, victime de son succès : après avoir

L'arbitrage peut être utilisé comme une arme pour pousser à la transaction une fois la procédure lancée et les esprits calmés

prouvé son efficacité et ses qualités, l'arbitrage s'est généralisé pour le traitement des litiges complexes et à fort enjeu et, dans ce contexte, il n'est pas étonnant que les parties utilisent toutes les armes juridiques et procéduriers pour gagner le litige. Ceci ne remet toutefois pas en cause le fait que l'arbitrage reste la solution la mieux adaptée dans de nombreux cas. ●

BIBLIOGRAPHIE

- [1] L'Arbitrage, Yves Guyon, Economica, 1995.
- [2] Traité de l'arbitrage commercial international, Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Litec, 1996.
- [3] Le droit sans l'État, Laurent Cohen-Tanudgi, Quadrige / PUF, 1992.