

Liber Amicorum Samir Saleh

EDITORIAL ASSISTANCE

Virginia Hamilton

Fady Béchara

Yousif Al Saif

Liber Amicorum Samir Saleh

Reflections on Dispute Resolution
with Particular Emphasis on the Arab World

Edited by

Nassib G. Ziadé



Published by:

Kluwer Law International B.V.
PO Box 316
2400 AH Alphen aan den Rijn
The Netherlands
E-mail: international-sales@wolterskluwer.com
Website: lrus.wolterskluwer.com

Sold and distributed in North, Central and South America by:

Wolters Kluwer Legal & Regulatory U.S.
7201 McKinney Circle
Frederick, MD 21704
United States of America
Email: customer.service@wolterskluwer.com

Sold and distributed in all other countries by:

Air Business Subscriptions
Rockwood House
Haywards Heath
West Sussex
RH16 3DH
United Kingdom
Email: international-customerservice@wolterskluwer.com

Printed on acid-free paper.

ISBN 978-94-035-1462-8

e-Book: ISBN 978-94-035-1471-0

web-PDF: ISBN 978-94-035-1470-3

© 2020 Kluwer Law International BV, The Netherlands

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without written permission from the publisher.

Permission to use this content must be obtained from the copyright owner. More information can be found at: lrus.wolterskluwer.com/policies/permissions-reprints-and-licensing

Printed in the United Kingdom.

Table of Contents

Samir Saleh, un non-conformiste et un visage plus humain du Liban	<i>Nassib G. Ziadé</i>	1
Confidentiality vs Enforcement: The Treatment of Arbitral Awards by National Courts in Arab States	<i>Omar M.H. Aljazzy</i>	5
L'ordre public transnational dans l'arbitrage international	<i>Roger Assi</i>	27
The 'Stiffer' Dilemma: Some Thoughts on Contract, Remedies, and Dispute Resolution	<i>Benjamin G. Davis</i>	35
Key Aspects of Egyptian Case Law on International Arbitration	<i>Ahmed S. El-Kosheri</i>	43
Quelques observations sur les relations entre les juges étatiques et le monde de l'arbitrage	<i>Dominique Hascher</i>	61
Interim Measures in International Commercial Arbitration	<i>J. Martin Hunter & Renan Frediani Torres Peres</i>	69
La fin du contrat de représentation commerciale ou l'intérêt commun au service du représentant	<i>Joe Issa El-Khoury</i>	89
Le concept de médiation dans l'islam	<i>Sélim Jahel</i>	109
What Has Become of Our Anticipations about Arbitration Three Decades Ago? Reflections on Experience, Expectations and Evolution in International Commercial Arbitration	<i>Sigvard Jarvin</i>	115

Pour en finir avec la vieille querelle sur l'aptitude de l'État à compromettre	<i>Ramzi Joreige</i>	133
L'arbitre et la frontière	<i>Mouhib Maamari</i>	145
The Evolution of International Arbitration in Arab Countries	<i>Ghaleb Mahmassani</i>	157
Arbitration Clauses in Oil and Gas Agreements in Selected Arab Countries	<i>Fadi Moghaziel</i>	167
Provisional Measures in International Arbitration as Applied by Lebanese Courts	<i>Fadi B. Nader</i>	199
Sharia Applicable to the Merits in International Commercial Arbitration	<i>Nathalie Najjar</i>	215
Autant en emporte le vent ... de l'arbitrage	<i>Mirèze Philippe</i>	249
Arbitral Tribunals' Authority over Counsel and Experts in International Arbitration	<i>Hassan Ali Radhi</i>	277
Institutional Arbitration in the Arab Region: Challenges and Prospects	<i>Nassib G. Ziadé</i>	289

Autant en emporte le vent ... de l'arbitrage

Mirèze PHILIPPE*

Rendre hommage à un ami, un mentor, un avocat et arbitre de grande qualité intellectuelle et morale, un poète, est un honneur et un plaisir. L'auteure a choisi la langue française pour rendre hommage à Samir Saleh, en raison des subtilités de la langue qu'il aime si bien pratiquer, particulièrement dans ses poèmes. Pour contribuer à ce recueil de témoignages offerts à un praticien qui a su garder une distance avec les événements eu égard aux personnes et à la matière, l'auteure trace une sorte de rétrospective sur quelques changements et pratiques au cours des quarante dernières années dans ce milieu fascinant où foisonnent idées et innovations. Connaissant le regard que porte cet ami sur le changement du monde de l'arbitrage et les discussions philosophiques que nous avons parfois, l'auteure espère que ces quelques propos nourriront d'autres discussions au sujet du vent qui tourbillonne, renouvelle les éléments et emporte nécessairement quelques pratiques sur son passage. Je dédie donc ces propos à Samir Saleh que j'ai connu à l'époque où il était vice-président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI (Cour) de 1982 à 1988.

Force est de constater que l'environnement de l'arbitrage a changé depuis les années 70 et que l'arbitrage a connu un succès croissant. L'exemple du nombre d'affaires d'arbitrage introduites à la Chambre de commerce internationale (CCI) depuis les années 70 est parlant. En 1970, 126 affaires avaient été introduites ; une décennie plus tard, en 1980 le nombre avait doublé et atteint 250 ; en 1990 une nouvelle augmentation avait été enregistrée avec 365 affaires ; en 2000 le nombre était monté à 541, pour atteindre 793 affaires

* Conseiller spécial au Secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ; co-présidente fondatrice d'ArbitralWomen, membre du Equal Representation in Arbitration Steering Committee, membre du Board of Advisors of Arbitrator Intelligence, membre du Editorial Board of the International Journal of Online Dispute Resolution, membre du National Center for Technology and Dispute Resolution ("NCTDR").

Les opinions exprimées dans cet article sont personnelles à l'auteure et ne sauraient engager ni la CCI, ni la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, ni son Secrétariat.

L'auteure remercie ses collègues Elisabeth Passadat et Céline Unwin Germond, ainsi que Ece Dayioglu, stagiaire, pour leur assistance dans certaines recherches.

en 2010, soit deux fois plus que vingt ans auparavant. En 2018 la CCI avait enregistré 842 affaires d'arbitrage, ce qui permet de penser qu'à la fin de la décennie le nombre dépassera le chiffre atteint une décennie plus tôt.

Certains changements furent des évolutions nécessaires, d'autres semblent parfois discutables selon le point de vue des personnes qui les évaluent. La dualité est en toute chose. Elle est le principe même de la vie, du Yin et du Yang, rien n'est complètement positif ni négatif, les deux aspects sont complémentaires. Il convient de relever toutefois que la communauté internationale d'arbitrage parvient en général à s'entendre sur des pratiques communes à adopter, et à établir des guides au bénéfice de toute la communauté en concertation avec tous les profils représentant cette communauté.

Une accélération des changements de pratiques a été particulièrement constatée durant cette dernière décennie. Leur fréquence rend parfois le suivi du cours des événements difficile, les praticiens ont à peine le temps d'assimiler de nouvelles pratiques, de nouveaux guides, de nouvelles jurisprudences, que d'autres surgissent. Un praticien a souligné au cours d'une conférence qu'il y a eu plus de changements au début des années 2010 qu'au cours des quarante années précédentes¹. Anecdotiquement, il semblerait que quatre millions d'arrêts soient rendus par an en France, toutes matières confondues. Cette situation doit être similaire dans plusieurs juridictions. L'industrie du droit est productive.

L'auteure revient sur quelques changements qu'elle a constatés dans l'environnement de l'arbitrage (I) et dans les pratiques en général (II), et partage des points de vue personnels.

I NOUVEL ENVIRONNEMENT, NOUVELLE POPULATION, NOUVEL ÉTAT D'ESPRIT

1. COMMUNAUTÉ DE L'ARBITRAGE

Dans les années 70 jusqu'au début des années 90, la communauté de l'arbitrage en général et à Paris en particulier, comptait moins de praticiens. La communauté était constituée de quelques cabinets d'avocats français et anglo-saxons, et parmi les arbitres, d'anciens magistrats faisaient partie du petit vivier d'arbitres. Les praticiens se trouvaient principalement en Europe et aux États-Unis. Il existait excessivement peu ou quasiment pas d'avocats pratiquant l'arbitrage et d'arbitres dans les pays de l'ancien bloc de l'Europe de l'est, le

¹ Michael McIlwrath a fait cette remarque à l'occasion d'une conférence dont le rapport a été publié par le Global Arbitration Review (GAR) : "ICC New York Conférence Explores Regional Arbitration Landscape", 19 septembre 2016.

Moyen Orient, l'Afrique, l'Asie et l'Amérique latine. À partir des années 90, le changement devenait petit à petit visible, et progressivement, grâce à la formation en arbitrage, trouver des avocats et des arbitres dans plusieurs pays de tous les continents devenait possible.

Cette époque a bénéficié de l'apport remarquable de praticiens et penseurs qui ont façonné l'arbitrage, principalement dès les années 70 à fin 90, par leurs écrits, leurs enseignements et leurs contributions au monde de l'arbitrage, en posant les bases et en fixant les règles de cette matière².

2. UTILISATEURS DE L'ARBITRAGE

Outre les avantages de l'arbitrage, quelques facteurs ont contribué à sa croissance.

Premièrement, l'arbitrage connaît un extraordinaire développement depuis une quarantaine d'années grâce principalement aux instruments offerts aux opérateurs économiques facilitant la pratique de l'arbitrage : la loi type élaborée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), ainsi qu'un règlement type CNUDCI, et la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée par plus de 150 pays, ayant par excellence contribué au succès de l'arbitrage. Dès le début des années 90, des pays qui n'étaient pas familiers de l'arbitrage ou n'y étaient pas favorables ont les uns après les autres adopté la loi type CNUDCI ou s'en sont inspirés. De même, ceux qui n'étaient pas signataires de la Convention de New York ont suivi le bon exemple.

² L'auteure rend hommage à ces pères de l'arbitrage mais ne mentionne ci-après que des praticiens et penseurs qu'elle a eu la chance de connaître, et quelques-uns d'entendre (les informations entre parenthèses ne mentionnent qu'une ou certaines de leurs contributions pour éclairer les lecteurs qui ne les connaîtraient pas) : Frédéric Eisemann (premier secrétaire général de la Cour, qui fut entre autres l'auteur de la définition « clause pathologique » attribuée aux clauses mal rédigées), Yves Derains (secrétaire général de la Cour de 1976 à 1981), Eric Schwartz (secrétaire général de la Cour de 1992 à 1996), Horacio Grigera-Naón (secrétaire général de la Cour de 1996 à 2001), Sigvard Jarvin (conseiller général de la Cour de 1982 à 1987 et co-auteur des collections sur les sentences arbitrales CCI), Dominique Hascher (conseiller général de la Cour de 1990 à 1997, et qui a grandement contribué à la jurisprudence arbitrale en sa qualité de magistrat), Jean-Jacques Arnaldez (co-auteur des collections sur les sentences arbitrales CCI), Michel Gaudet (président de la Cour d'arbitrage de 1977 à 1988), Alain Plantey (président de la Cour d'arbitrage de 1988 à 1996), Robert Briner (président de la Cour d'arbitrage de 1997 à 2006), Jean-Pierre Ancel (magistrat qui a contribué à la jurisprudence arbitrale), Albert Jan van den Berg, Marc Blessing, Matthieu de Boisséon, Laurence Craig, Jean-Louis Delvolvé, Charles Jarrosson, Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman (des maîtres de l'arbitrage qui ont publié un traité sur l'arbitrage), Martin Hunter, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Pierre Karrer, Catherine Kessedjian, François Knoepfler, Pierre Lalive, Serge Lazareff, Julian Lew, Eric Loquin, Pierre Mayer, William W. Park, Jan Paulsson, Jean-François Poudret, Alan Redfern, Claude Reymond, Pieter Sanders, Michael Schneider.

Deuxièmement et à cette même époque, une participation toujours plus accrue des parties provenant de pays en développement, ainsi que d'États et de parties étatiques avait été constatée. Les parties notamment de l'ancien bloc de l'Europe de l'est, de pays africains et de pays du Moyen Orient, qui occupaient généralement la position de défenderesses sont progressivement devenues demanderesses. De même, les défenderesses qui ne participaient pas à l'arbitrage³ ont compris petit à petit l'importance de ne pas jouer la politique de la chaise vide. Elles ont également commencé à contribuer au paiement de la provision pour les frais d'arbitrage d'une part, et à exécuter les sentences d'autre part.

Troisièmement, ce succès est également dû à une éducation entreprise dans le milieu des affaires et le milieu juridique grâce aux séminaires sur l'arbitrage, aux commentaires d'arrêts et aux revues spécialisées. Prenons l'exemple de la CCI. Michel Gaudet, qui avait présidé la Cour de 1977 à 1988, avait mis en place en 1979 un plan de formation sous forme d'atelier (workshop) appelé « Programme de l'Institut de dix ans » (PIDA) (le titre a par la suite été modifié pour tenir compte du temps passé et s'intitule à présent « Programme de l'Institut pour le Développement de ses Activités). Il considérait que dix ans suffiraient à former des praticiens à l'utilisation de l'arbitrage. Il avait vu juste parce que la connaissance de l'arbitrage s'était nettement améliorée. En revanche, il ne soupçonnait pas que ce programme resterait d'actualité, les ateliers PIDA n'ayant jamais cessé d'être populaires et ayant inspiré d'autres programmes de formation. Ce fut un visionnaire. De nouvelles populations s'ajoutant constamment à la communauté de l'arbitrage rendent ces programmes de formation nécessaires. Le Chartered Institute of Arbitrators est une des organisations qui a également largement contribué à la formation d'arbitres. Enfin, les présidents et secrétaires généraux de la Cour, ainsi que les conseillers ont contribué au développement de l'arbitrage en Amérique Latine et en Asie dans les années 90, au Moyen Orient à compter de l'an 2000, et en Afrique principalement depuis les années 2010. Dès les années 2000 les conseillers et les directeurs régionaux ont voyagé plus fréquemment pour promouvoir les services d'arbitrage de la CCI aux quatre coins du monde et plus tard, les conseillers adjoints ont également contribué à cette diffusion. La promotion des services de règlements de litiges et la formation constituent encore une part importante dans la mission des praticiens dans ce domaine.

³ Des parties avaient bénéficié à l'époque d'indemnisation par la Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE) sur présentation de la sentence rendue en leur faveur, lorsque la partie adverse n'exécutait pas la sentence.

3. SPÉCIALISATIONS ET COMPÉTITIONS D'ARBITRAGE

À l'époque les professionnels du droit étaient formés dans le contentieux et avaient acquis une expérience dans l'arbitrage en le pratiquant. Quelques cours sur l'arbitrage avaient été ajoutés aux autres matières de droit dans certaines disciplines, probablement à compter du milieu des années 80. Les formations en Master of Laws (LL.M.) en droit de l'arbitrage international les plus réputées sont nées vers la fin des années 90. Les universités enseignant l'arbitrage, notamment de Stockholm (Suède), Londres (Royaume-Uni), Genève (Suisse), Versailles (France) et Miami (États-Unis), ont depuis formé une multitude de jeunes talents. En 2014, l'université de Montpellier (France) a commencé à enseigner l'arbitrage entièrement à distance en utilisant la technologie⁴. Face à la prospérité de l'arbitrage, et dans un environnement commercial et contentieux de plus en plus complexe, les spécialisations en arbitrage étaient devenues indispensables.

Les compétitions de rédaction de mémoires et de plaidoiries en arbitrage commercial international et en arbitrage d'investissement se sont multipliées dans les années 2000, d'abord en anglais, et récemment en français, espagnol et d'autres langues. Le « Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot » avait démarré en 1993 avec une dizaine d'équipes universitaires pour atteindre aujourd'hui près de cent équipes concourant à Vienne chaque année et une centaine à Hong Kong⁵. D'autres compétitions ont connu également un succès croissant à l'exemple du « Frankfurt Investment Arbitration Moot Court ».

Les étudiants ainsi formés à l'arbitrage et qui ont acquis un début d'expérience avec ces compétitions, augmentant ainsi leurs chances d'embauche, sont venus grossir les rangs des personnes disponibles sur le marché de l'arbitrage. L'aspect positif de l'évolution et du niveau élevé de formation dont bénéficie le monde de l'arbitrage, connaît aussi un aspect négatif : il y a plus de jeunes praticiens formés que de places disponibles sur le marché.

Nous sommes ainsi passés d'une formation acquise en pratiquant la matière, qui représente une expérience unique, à une spécialisation universitaire doublée de la pratique au cours des compétitions très prisées pour leur qualité.

⁴ MOOC (Massive Open Online Course) Droit de l'arbitrage interne et international : <https://du-arbitrage.org>.

⁵ Pour plus d'informations sur l'historique du Vis Moot, voir *ArbitralWomen Newsletters* n°3 du 18 mai 2011 et n°14 du 25 mai 2015 : <http://www.arbitralwomen.org/Media/Newsletter>.

4. AVANT ET MAINTENANT...

Ces multiples évolutions et cette ouverture d'esprit fascinante présentent fatalement des revers de médaille moins glorieux, bien que n'affectant pas le succès de l'arbitrage. D'abord, la communauté de l'arbitrage est passée en général d'un état d'esprit de « gentlemen » à un état d'esprit de « business ». L'heure n'est plus à la philosophie de l'arbitrage⁶, mais à la rentabilité de cette industrie. Ensuite, les praticiens sont devenus plus litigieux qu'auparavant. Puis, l'américanisation de l'arbitrage (par exemple l'importation du système américain du « discovery ») s'est imposée en quelque sorte aux pratiques de l'arbitrage, et souvent au détriment de la procédure qui se veut plus simple qu'une procédure devant les tribunaux. Par ailleurs, les praticiens de l'époque considéraient que l'aspect pédagogique reflété dans les sentences arbitrales était essentiel, alors que vers le milieu des années 90, cet aspect ne comptait plus autant, au motif que la pédagogie était assurée dans les articles et les conférences. En outre, tout en restant une minorité, il a été constaté un accroissement de tactiques dilatoires pour faire retarder ou dérailler une procédure. Certains n'hésitent pas à les utiliser, alors qu'ils n'y auraient probablement pas recouru sans la pression du client ou dans un souci de le satisfaire, et qu'ils auraient plutôt dénoncé ces pratiques dans d'autres circonstances⁷.

5. JURISTES D'ENTREPRISES

Longtemps l'arbitrage a évolué dans le milieu des avocats, des magistrats et les milieux académiques. Les juristes d'entreprises (in-house counsel) n'étaient pas ou insuffisamment consultés ou impliqués dans les discussions et groupes de travail, et déploraient même d'être ignorés⁸. Vers la fin des années 90, le milieu de l'arbitrage a compris que les juristes d'entreprises étaient les interlocuteurs principaux parmi tous les utilisateurs. Non seulement ils les représentent, mais ils savent mieux que quiconque la manière dont les entreprises fonctionnent, les risques qu'elles sont prêtes à prendre, l'argent qu'elles sont disposées à perdre pour conserver le client qui se trouve temporairement dans le camp adverse, les moyens d'économiser les frais de la procédure qui font partie de leurs critères de gestion de la procédure contrairement aux avocats, les

⁶ Voir Bruno Oppetit, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », *Journal du droit international*, 1993, page 818 ; et Emmanuel Gaillard, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye*, 2008.

⁷ Par l'auteure « Comment se manifestent certaines tactiques dilatoires dans l'arbitrage », *Dalloz Affaires*, 1999, page 1097.

⁸ Michael McIlwrath et Phil Ray, "The Global Pound Conference Reaches its Conclusion: User Focus is Now Mainstream", *Kluwer Arbitration Blog*, 5 juillet 2017 : <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/07/05/gpc/>.

stratégies à utiliser dans des situations données, ainsi de suite. Ils connaissent les intérêts de leurs entreprises et restent en général réalistes dans leurs approches.

Les juristes d'entreprises ont été invités à la table des groupes de travail (working groups) depuis une dizaine d'années et il serait déraisonnable de mener des réflexions sur les pratiques sans leur présence. Leur contribution est indispensable pour élaborer les outils utiles pour les parties et les arbitres. Leur invitation à la table de réflexions fut bénéfique pour toute la communauté d'arbitrage, de médiation et d'expertise.

Deux guides CCI peuvent être cités comme exemple du résultat de leur participation. Le premier concerne les « Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage » et regroupe des conseils relatifs à des étapes clés d'un arbitrage, à commencer par la rédaction de la clause d'arbitrage, en passant par l'initiation d'une procédure et des questions préliminaires relatives à la procédure, jusqu'à la procédure devant le tribunal arbitral dans toutes ses séquences⁹. Le deuxième portant sur la « Gestion efficace de l'arbitrage »¹⁰, est un outil pratique destiné aux juristes d'entreprises et aux autres représentants des parties et énonce un certain nombre de pratiques que les utilisateurs peuvent prendre en considération avant l'introduction de la requête d'arbitrage et au cours de la procédure pour une gestion plus efficace de celle-ci. La collaboration entre les juristes d'entreprises et les avocats est plus fructueuse lorsqu'ils explorent ensemble des options et adoptent des décisions appropriées¹¹.

Certains juristes d'entreprises, à l'exemple de Michael Mcilwrath¹², ont également contribué à des initiatives très innovatrices, notamment celle d'exiger plus de transparence et d'informations sur les arbitres, afin de permettre aux parties de faire un choix avisé lors de la sélection d'arbitres.

6. CARRIÈRES ET MOUVEMENTS

Les juristes et les avocats s'attachaient plus longtemps aux organisations, entreprises et cabinets qui les employaient. Rester dans le même emploi une

⁹ Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage, Publication CCI n°843, 2007 : http://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0034.htm?l1=Commission+Reports ; rapport révisé en 2012 : http://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0047.htm?l1=Commission+Reports.

¹⁰ Gestion efficace de l'arbitrage, Publication CCI n°866, 2014 : http://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0051.htm?l1=Commission+Reports.

¹¹ Voir par l'auteure "Effective Management of Arbitration – A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives", Kluwer Arbitration Blog, 22 juillet 2014 : <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/07/22/effective-management-of-arbitration-a-guide-for-in-house-counsel-and-other-party-representatives/>.

¹² Michael Mcilwrath est Executive - Global Litigation Counsel at Baker Hughes GE et l'auteur de plusieurs initiatives dont l'objectif premier est de rendre les règlements de litiges plus faciles, plus rapides et moins coûteux pour les utilisateurs.

dizaine d'années et au-delà était une pratique commune, et y faire parfois toute sa carrière était révélateur de fidélité et d'expertise dans le métier. Un changement fréquent était mal vu et signe d'instabilité ou de manque de compétence suffisante.

Il en est différemment depuis une vingtaine d'années. Le phénomène contraire est devenu la norme. Juristes et avocats bougent fréquemment et rapidement. Rester dans le même emploi moins de deux à quatre ans est devenu normal, et rester longtemps relèverait d'un manque de dynamisme et de compétences suffisantes pour poursuivre sa carrière ailleurs. L'auteure considère cette interprétation non justifiée et déplore la perte d'investissement dans la formation au sein d'une entreprise, allant au détriment de son plan de développement et de la qualité de ses services. Le mouvement permanent de personnel sur de courtes échéances génère une perte de connaissance des pratiques et du savoir-faire d'une entreprise, qui constituent une richesse irremplaçable et un atout indéniable.

7. DIVERSITÉ DE GENRE, RÉGIONALE ET GÉNÉRATIONNELLE

Le visage de l'arbitrage a changé. Il n'est plus mâle, pâle et vieux (male, pale and stale). Il est à présent également composé, quoiqu'encore d'une manière limitée, de femmes, de minorités régionales ou ethniques, et de jeunes. Selon certaines statistiques, l'âge moyen des arbitres est passé de 65-70 ans dans les années 80 et 90, à 55-60 ans dans les années 2000. La moyenne d'âge des femmes arbitres est de dix ans plus jeune que les hommes¹³.

Certains sujets font partie d'une mode comme à toute époque. Parmi les sujets prédominants dans le monde de l'arbitrage depuis les cinq dernières années figurent la diversité et la transparence.

Évoquer le sujet de l'absence de femmes dans le rôle d'arbitre, de conseil, d'oratrice ou de tout autre rôle était un sujet tabou ; pire, il était normal que les femmes n'aient pas leur place dans ce milieu comme leurs homologues. Les femmes étaient tout aussi talentueuses et exerçaient le même travail, mais n'avaient pas droit au chapitre. Elles devaient rester dans les coulisses, voir même être les souffleurs, mais ne jamais apparaître¹⁴. Grâce notamment au

¹³ Pour plus d'informations sur les statistiques, voir "Speeding Up the Path for Gender Equality", TDM issue May 2016, et "How Has Female Participation at ICC Evolved? ICC Arbitrators, Court Members and Court's Secretariat", ICC Dispute Resolution Bulletin, November 2017, issue n°3, page 37.

¹⁴ Voir par l'auteure l'historique de l'entrée des femmes dans le monde de l'arbitrage : "When did the Doors to Dispute Resolution Open for Women?", TDM Special Issue on Diversity, vol. 12, issue 4, July 2015.

travail entrepris par ArbitralWomen¹⁵ qui a ouvert la voie, d'autres initiatives ont été lancées, à l'exemple du « Equal Representation in Arbitration Pledge »¹⁶, dont le but est d'engager les praticiens et utilisateurs de l'arbitrage à améliorer la visibilité et la présence des femmes dans ce domaine. L'objectif est d'offrir une égalité de chances pour des qualifications égales.

Dans une enquête menée par une université sur les améliorations et les innovations dans l'arbitrage international, une majorité d'utilisateurs avaient exprimé leur désir de voir un plus grand vivier d'arbitres, en nombre, en genre et en diversité¹⁷. La variété et la pluralité des expériences et des talents offrent un bien meilleur résultat comme cela a été évoqué au cours d'une conférence ICCA¹⁸.

8. CENTRES D'ARBITRAGE

Comment ne pas citer le phénomène des centres d'arbitrage qui ont poussé comme des champignons. À l'époque il existait quelques centres seulement. Parmi les plus connus et les plus utilisés à l'échelle internationale se trouvent la Chambre de commerce internationale (CCI), la London Court of International Arbitration (LCIA), l'American Arbitration Association (AAA), la Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), quelques organisations spécialisées à l'exemple de la London Maritime Arbitrators Association (Londres) ou l'Association Arbitrage et Conciliation pour le Cinéma et l'Audiovisuel (Paris), et quelques centres régionaux.

Depuis une trentaine d'années, les centres d'arbitrage ont commencé à se multiplier un peu partout. Aujourd'hui il existe un centre dans chaque pays. Quelques-uns ont réussi à percer et à prendre une petite part du marché à l'exemple du Singapore International Arbitration Centre (SIAC) ou du Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC). Certains centres font partie des chambres de commerce locales. Plusieurs tentent de promouvoir leurs activités et mettent toutes les chances de leur côté en multipliant les conférences et les publications. Nombreux sont ceux qui n'ont que très peu d'affaires. Il faut reconnaître que les utilisateurs font naturellement plus

¹⁵ ArbitralWomen est une organisation qui regroupe des femmes venant de tous les horizons et pratiquant le règlement des litiges, quel que soit leur rôle (arbitre, médiatrice, experte, etc.). L'organisation a démarré informellement en 1993, a commencé à être très active en 2000 et a été officiellement fondée en 2005. Les fondatrices sont Louise Barrington et l'auteure.

¹⁶ Equal Representation in Arbitration (ERA) Pledge : <http://www.arbitrationpledge.com>.

¹⁷ Queen Mary survey of 2015 : <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>.

¹⁸ Joseph Mamounas, "ICCA 2014. Does Male, Pale, and Stale Threaten the Legitimacy of International Arbitration? Perhaps, but There's No Clear Path to Change", Kluwer Arbitration Blog, 10 avril 2014 : <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/04/10/icca-2014-does-male-pale-and-stale-threaten-the-legitimacy-of-international-arbitration-perhaps-but-theres-no-clear-path-to-change/>.

confiance aux institutions d'arbitrage qui ont plusieurs décennies d'expérience. Certains utilisateurs qui ont soumis leurs affaires d'arbitrage à des centres sans expérience ont eu de mauvaises surprises.

9. PUBLICATIONS

Un autre changement lié à l'évolution depuis une quinzaine d'années est la facilité avec laquelle des praticiens peuvent publier, ou aussi être orateurs. Partager ses connaissances et ses expériences était autrefois réservé aux élites. Les publications électroniques depuis notamment 2010 ont facilité l'accès à la publication à une plus grande population de praticiens, certains encore inconnus dans le monde de l'arbitrage et d'autres très jeunes, qui se font connaître par ce biais. Ils ont à présent la faculté de communiquer sur des recherches effectuées, des commentaires de jurisprudence ou d'autres nouvelles pouvant présenter un intérêt pour la communauté de l'arbitrage. Les Kluwer Arbitration Blog et Mediation Blog (Kluwer), Global Pound Conference Blog (GPC), Transnational Dispute Management (TDM), Commercial Dispute Resolution (CDR), LexisNexis sont les plus connus et ne sont que quelques exemples¹⁹. De même, le bulletin de la Cour devenu électronique depuis 2017²⁰, se distribue plus largement qu'auparavant, et accueille plus facilement des contributions de tout praticien communiquant sur des sujets intéressants.

Les bulletins électroniques (newsletters) quant à eux ont littéralement envahi le milieu de l'arbitrage comme tout milieu professionnel. Il est excessivement aisé de publier largement un bulletin par moyen électronique sans investir en frais de reproduction et de postage, tout comme il est aisé de transférer à d'autres lecteurs éventuels la publication électronique. L'aspect pratique de ces communications électroniques est de pouvoir lire les bulletins à tout moment directement sur un appareil mobile. Celui-ci est un autre signe des temps qui présente aussi bien des aspects positifs que négatifs.

Outre les bulletins électroniques, les brèves du Global Arbitration Review (GAR)²¹, média spécialisé dans la publication d'informations relatives au milieu des règlements de litiges sont devenues incontournables. Le GAR est le moyen le plus réputé pour promouvoir des conférences, publier des rapports sur des événements, communiquer des informations sur des litiges importants soumis à

¹⁹ Kluwer Arbitration Blog <http://kluwarbitrationblog.com/> et Kluwer Mediation Blog <http://kluwermediationblog.com/>, Global Pound Conference Blog (GPC) <http://globalpoundconference.org/>, Transnational Dispute Management (TDM) <https://www.transnational-dispute-management.com/>, Commercial Dispute Resolution (CDR) <https://www.cdr-news.com/>, LexisNexis <http://www.lexisnexis.fr/>.

²⁰ Bulletin de la Cour d'arbitrage disponible sur : <http://library.iccwbo.org/dr.htm>.

²¹ Global Arbitration Review (GAR) existe depuis 2005 mais est devenu très populaire à partir de 2010: <http://globalarbitrationreview.com/>.

l'arbitrage et sur des décisions arbitrales, diffuser des informations au sujet de mouvements d'avocats, de juristes et de magistrats, en résumé, de toute information nécessaire pour garder le milieu des règlements de litiges au courant de toute nouvelle, rapidement et brièvement.

10. ÉVÉNEMENTS, MÉDIATISATION ET RÉSEAUTAGE

La déontologie interdit normalement aux avocats de faire la publicité de leurs services. Ils sont parfois dans les médias à l'occasion d'une affaire portée sur le devant de la scène, mais ils ne sont pas le centre de la communication. En arbitrage il en est tout autrement.

Au cours des vingt dernières années, le nombre d'événements comprenant des conférences, colloques, tables rondes, groupes de travail, réunions annuelles, conventions internationales, cocktails, remises de prix (awards) a explosé. Il ne se passe quasiment aucun jour sans qu'un événement sur l'arbitrage ne soit organisé dans plusieurs villes à travers le monde ; différents événements sont quelquefois organisés le même jour dans une même ville, rendant la promotion des événements plus compliquée et la participation plus réduite. Pour attirer les potentiels participants, les organisateurs ne tarissent pas d'idées et d'inventions. Le sujet n'est parfois pas nouveau comme il est allégué ; par exemple, les tactiques dilatoires ont été rebaptisées « guerrilla tactics ».

Tous les praticiens veulent être orateurs à ces événements et toutes les occasions sont bonnes pour faire des présentations, ces efforts faisant partie du marketing. Ce phénomène est doublé du désir des organisateurs d'inclure dans leurs programmes de nombreux orateurs susceptibles d'attirer du public. Les orateurs sont fréquemment si nombreux que leur temps de parole est réduit à moins de dix minutes. Les programmes des conférences sont parfois tellement denses que l'assimilation des informations devient difficile pour ceux qui ne connaissent pas encore les sujets abordés. Il convient d'observer que le grand nombre de conférences présente forcément des sujets répétitifs et que les participants sont conscients que l'utilité de leur participation n'est pas tant pour l'intérêt de la matière déjà connue que pour écouter parfois l'expérience particulière de certains orateurs et pour l'intérêt du maintien du réseau professionnel.

Ces événements font ensuite l'objet de rapports publiés dans des bulletins, dans le GAR, sur des listes de distribution (listserv) à l'exemple de la liste Oil-Gas-Energy-Mining-Infrastructure Dispute Management (OGEMID)²², ou d'enregistrements audio et vidéo postés comme « podcast » sur internet ou sur YouTube.

²² OGEMID est géré par TDM : <https://www.transnational-dispute-management.com/ogemid/>.

La médiatisation des événements qui ont proliféré est tellement omniprésente que Charles Brower a dit à l'occasion d'une remise de prix par le GAR, que nous n'avons rien à envier aux extravagances des oscars Hollywoodiens (Hollywoods' annual oscars extravaganza has nothing on us!)²³. Le milieu de l'arbitrage est comparé au monde du « showbiz ». Tous cherchent à être visibles et à être connus, y compris les cabinets d'avocats, les organisations d'arbitrage, les associations d'arbitrage de tout genre et les médias spécialisés dans l'arbitrage. Tous se sentent obligés de jouer le jeu qui s'est imposé à cette communauté, probablement par crainte de perdre du terrain et donc des clients potentiels. Un sociologue a fait une bonne analyse des changements et des soucis sous-jacents qui préoccupent le milieu et déterminent son comportement²⁴.

Malgré la médiatisation exacerbée, les bénéfices de ces événements ne sont pas négligeables. En général, les orateurs font un bon travail de synthèse d'un sujet que les praticiens n'ont pas le temps de faire. Les événements sont aussi l'occasion de découvrir des praticiens et d'étendre son réseau personnel.

Par ailleurs, le phénomène des réseaux sociaux (networks) a également envahi l'environnement professionnel comme l'environnement privé. Leur utilisation qui a surabondé facilite d'autant plus la médiatisation à outrance. Pendant, avant et après les événements, des orateurs et des participants postent sur Twitter, Facebook, LinkedIn, Instagram et d'autres réseaux des phrases courtes parfois accompagnées de photos prises sur le vif pour communiquer sur le sujet de la conférence, sur l'orateur ou sur leur propre participation à l'événement. On 'tweet', on 'chat', bref on passe son temps à voir et à se rendre visible, à informer et à s'informer, probablement pour éviter de sortir du circuit et pour rester présent à l'esprit des autres. On peut se poser la question de savoir si cela est bien utile. Chaque lecteur aura son point de vue. Malgré une certaine réticence à cette invasion, l'auteure a expérimenté le côté utile de ces réseaux pour promouvoir une conférence sur les « Online Dispute Resolution » (ODR), dont le but était de discuter de l'importance de l'utilisation de la technologie pour résoudre des litiges en ligne, parfaitement sous-exploitée selon l'auteure²⁵. Cette conférence avait lieu moins de deux mois après une autre grande conférence, le « Global Pound Conference » (GPC), rassemblant

²³ "Build on the Classic Model, Urges Brower", Global Arbitration Review, 21 mai 2012.

²⁴ Alison Ross "Dealing with Defensiveness: Garth Shares Views Two Decades after Seminal Book", GAR, 18 novembre 2015.

²⁵ Conférence "Equal access to information and justice – Online dispute resolution" organisée à Paris les 12 and 13 juin 2017 par la CCI : <https://iccwbo.org/event/equal-access-information-justice-online-dispute-resolution/> ; voir rapports "Are People Waking Up to Online Dispute Resolution" par Natasha Mellersh et l'auteure, 22 mai 2017 : <https://blog.globalpoundconference.org/2017/05/22/are-people-waking-up-to-online-dispute-resolution/>, et "The Paris ODR Conference, When Law Meets Tech", par Natasha Mellersh, 20 juillet 2017 : <https://blog.globalpoundconference.org/2017/07/20/the-paris-odr-conference-when-law-meets-tech/>.

des praticiens pour discuter des besoins des utilisateurs et de l'avenir de l'arbitrage (voir ci-dessous)²⁶. Il était à craindre qu'après la conférence GPC, la conférence ODR ne réunisse pas suffisamment de praticiens pour discuter des sujets proposés. Ce ne fut pas le cas, les deux conférences portant sur des sujets relatifs à l'avenir des règlements des litiges ont rencontré un franc succès.

Enfin, être visible est considéré indispensable et se concrétise par l'organisation d'événements, leur sponsoring, l'opportunité d'être orateurs, et la participation aux événements, aussi souvent que possible. Le milieu de l'arbitrage reconnaît que ces événements sont une excellente opportunité pour le réseautage (networking) qui revêt une importance primordiale.

Ce changement touche à la question même du métier d'un praticien du droit qui requiert normalement de la recherche, de la réflexion et de l'écriture, alors qu'aujourd'hui le métier dans le milieu des règlements de litiges exige de passer quasiment la moitié de son temps à faire de la promotion à travers les multiples événements. Notre métier a donc changé, il n'est plus seulement intellectuel, il inclut une grande part de promotion (marketing).

Quels que soient les aspects positifs et négatifs, en toute chose la juste mesure reste de mise.

11. BUSINESS DEVELOPMENT

D'autres nouveaux phénomènes ont fait leur apparition dans une grande majorité de cabinets d'avocats, d'entreprises et de centres d'arbitrage.

Le premier phénomène est apparu il y a une douzaine d'années et concerne un nouveau service qui n'existait pas auparavant, du moins pas d'une manière aussi structurée, à savoir, un service de développement des affaires (business development). Ce service est principalement chargé d'organiser des tables rondes pour un public limité, des conférences pour un public plus large, des cocktails, des diffusions d'informations sous forme de newsletters, des lancements de nouveaux livres, d'organiser des présentations auprès d'entreprises clientes potentielles, de répondre à des sollicitations de sponsoring, ainsi de suite. Promouvoir les services et développer les réseaux de contacts devenaient essentiel face à la concurrence accrue dans l'arbitrage.

12. CONFORMITÉ

Le deuxième phénomène, celui de la conformité, est apparu cette dernière décennie dans le monde des affaires et a également nécessité la création d'un

²⁶ Paris Global Pound Conference du 26 avril 2017 : <http://paris2017.globalpoundconference.org/> ; voir "Notes from the Paris GPC", par Natasha Mellersh, 11 mai 2017 : <https://blog.globalpoundconference.org/2017/05/11/notes-from-the-paris-gpc/>.

nouveau service au sein de cabinets d'avocats, d'entreprises et de centres d'arbitrage. Bien qu'indispensable, il peut être très contraignant quant à certains aspects. En effet, tenant compte de l'embargo à l'encontre de certains pays²⁷, des risques de blanchiment d'argent et de fonds pouvant provenir du terrorisme, ainsi que de tout facteur pouvant troubler l'ordre social et la sécurité, des règles ont été mises en place par des autorités étatiques et des banques. Ainsi, le service en charge de s'assurer de la conformité doit veiller à ce que toutes les étapes d'une transaction ou d'une procédure d'arbitrage respectent ces règles. En conséquence, les vérifications auprès des autorités compétentes exigent du temps et retardent d'autant les procédures sujettes à de telles vérifications.

13. MÉDIATION

Il convient de relever l'importance de la médiation qui a certainement un avenir plus important qu'actuellement. À l'époque on parlait de conciliation et le règlement de la CCI s'intitulait « Règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI » jusqu'à la révision de 1998 où la conciliation ne faisait plus partie du Règlement. Dès 2012, il s'agissait des « Règlements d'arbitrage et d'ADR », et à partir de 2017 il devient le « Règlement d'arbitrage – Règlement de médiation ». Malgré cela et jusqu'aujourd'hui, plusieurs contrats commerciaux se réfèrent encore à l'ancien intitulé, ce qui démontre que les rédacteurs de contrats ne prêtent pas attention à la dénomination correcte de l'institution d'arbitrage et du règlement auxquels ils souhaitent en réalité se référer²⁸.

Le Centre international d'ADR de la CCI a démarré en 2001 et le Règlement ADR de la CCI a été lancé la même année. Il a remplacé le Règlement de conciliation de 1988. L'objectif du Règlement ADR est d'offrir un cadre pour la résolution de litiges à l'amiable avec l'aide d'un tiers (neutral) par une variété de moyens techniques, tels que la médiation, les « mini-trials », le « neutral evaluation » ou d'autres méthodes choisies par les parties, y compris une combinaison de techniques. En 2018, le Centre a enregistré 70 requêtes, 37 affaires de médiation, 24 d'expertise, 5 de Dispute Board et 4 affaires introduites sous le Règlement DOCDEX.

Nous sommes loin du succès de l'arbitrage, en revanche quelques facteurs indiquent que la médiation intéresse de plus en plus les utilisateurs. D'une part, le nombre d'équipes participant aux compétitions de médiation organisées par la CCI n'a fait que croître. Lors de la première édition en 2006 dix universités

²⁷ Office of Foreign Assets Control : <https://sanctionssearch.ofac.treas.gov/>.

²⁸ Voir à ce sujet par l'auteure quelques exemples et discussions que des clauses ambiguës suscitent : « Les pouvoirs de l'arbitre et de la Cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », Revue de l'arbitrage, 2006, page 591.

s'étaient lancées dans cette compétition, et dès 2017, tenant compte du très grand nombre de demandes, il a été décidé de limiter le nombre à 66 universités pour des questions logistiques.

D'autre part, l'International Mediation Institute (IMI)²⁹ organise régulièrement des conférences dont le but principal est de familiariser les utilisateurs avec ce mécanisme qui fait partie d'une des techniques de règlements de litiges, et de faire découvrir les avantages et l'utilité d'une telle procédure comparativement à l'arbitrage dont la procédure est plus contraignante. Pour comprendre les besoins des utilisateurs en général, l'IMI a lancé une série de conférences intitulée « Global Pound Conference » (GPC) qui s'est tenue dans une trentaine de villes autour du monde, en commençant par Singapour en avril 2016 et en clôturant la série en juillet 2017 à Londres. C'est une initiative internationale majeure dont le but était de tracer les lignes de l'avenir des règlements de litiges. Des praticiens et des utilisateurs tous profils confondus ont participé aux enquêtes et aux débats, communiqué sur leurs besoins et exprimé leurs visions sur l'avenir des règlements de litiges. En général une tendance favorable à l'égard de l'utilisation de la médiation est nette.

Il fut un temps dans les années 80 et début 90 où il n'était pas déraisonnable pour les arbitres de tenter de concilier les parties à un moment de la procédure où le tribunal estimait que le terrain était favorable. La communauté de l'arbitrage est vite devenue réticente à l'exercice d'une telle tentative pour plusieurs motifs, notamment liés à la continuité de l'arbitre dans son rôle d'arbitre, après s'être coiffé du chapeau de médiateur, si cette mission échouait. Les juristes d'entreprises quant à eux, trouvent cette réticence absurde et contraire à l'efficacité du règlement des litiges³⁰.

Il est vrai que les clauses à plusieurs étapes (multi-tiered clauses) prévues parfois par les parties, mais pas suffisamment alors qu'une telle étape peut s'avérer utile, contribuent à les encourager à tenter la médiation. Ces clauses gagneraient à être plus souvent utilisées pour inspirer les parties à tenter d'autres moyens que l'arbitrage, avec les avantages notoires de gain de temps et de coût. La CCI propose dès 2012 de telles clauses parmi les clauses types publiées dans son Règlement, pour rappeler aux parties la possibilité d'envisager une tentative de règlement amiable préalablement à toute procédure d'arbitrage. Une statistique permet de penser par analogie qu'une telle tentative ne serait pas vaine puisque plus de 25% des arbitrages se règlent à l'amiable lorsque les parties se réunissent pour discuter de l'acte de mission.

²⁹ International Mediation Institute : www.IMImediation.org.

³⁰ Voir note n°8. Michael McIlwrath et Phil Ray, "The Global Pound Conference Reaches its Conclusion: User Focus is Now Mainstream", Kluwer Arbitration Blog, 5 juillet 2017 : <http://kluwarbitrationblog.com/2017/07/05/gpc/>.

Ceci démontre que le dialogue en personne autour d'une table peut aboutir au règlement de quelques points conflictuels que les parties estiment surmontables et parfois de l'entièreté du litige.

Les juristes d'entreprises sont très favorables à la médiation et y recourent plus naturellement lorsque les avocats ne sont pas invités dans la procédure dès le début du litige.

14. TECHNOLOGIE

Enfin, comment ne pas évoquer la technologie qui a envahi nos vies. Les entreprises ont commencé vers la moitié des années 80 à utiliser l'informatique pour gérer la vie et les activités de leurs entreprises. Les cabinets d'avocats et les centres d'arbitrage se sont également petit à petit informatisés. La CCI a été une des pionnières parmi les centres d'arbitrage à informatiser ses services. Elle a d'abord créé vers la fin des années 80 sous l'impulsion du président de la Cour Alain Plantey un système de gestion des affaires (case management system) appelé ICABase qui est une base de données réunissant les informations sur les procédures d'arbitrage qu'elle gère. De même, sous l'impulsion du président de la Cour Robert Briner dans les années 2000 une plateforme NetCase a été créée, donnant accès aux parties et aux arbitres à leurs affaires d'arbitrage dans un espace sécurisé³¹. Le logiciel Pluridoc développé par l'université de Montpellier a également été installé pour regrouper la jurisprudence des décisions prises par la Cour dans différentes circonstances³².

L'informatique a été considérée indispensable et un tremplin pour l'avenir des services de règlements des litiges. Cependant, tout est accessible en ligne sauf la justice³³ ! L'auteure déplore la lenteur de l'évolution des services de règlements de litiges en ligne, aussi bien des litiges civils que commerciaux, alors que de tels services donneraient accès à la justice à des milliers de justiciables dépourvus de moyens financiers ou des infrastructures nécessaires pour accéder à un tel droit.

Il convient également de mentionner le phénomène des systèmes intelligents et de la justice prédictive qui se développent de plus en plus. Tenant compte du nombre gigantesque et inhumain d'informations à découvrir et à connaître, comprenant aussi bien les lois et les jurisprudences de plusieurs

³¹ Pour plus d'informations sur la plateforme NetCase créée par l'auteure, voir "NetCase: a new ICC Arbitration Facility", Bulletin de la Cour d'arbitrage, Supplément spécial 667 sur la Technologie au service du règlement des différends commerciaux, 2004, page 53.

³² Ben Davis a créé ICABase, l'auteure a créé NetCase et Sylvie Picard Renaut a installé et géré Pluridoc devenu ensuite Spirit.

³³ Par l'auteure "We walked on the moon, justice is not yet online", Revue Pratique de la Prospective et de l'Innovation, March 2017, page 48.

juridictions, la doctrine, les codes et les guides, que d'autres informations utiles, il était nécessaire de trouver des moyens d'organiser une telle quantité de données. Fort heureusement, la justice prédictive vient à notre secours pour nous aider à aller à l'essentiel d'une recherche donnée³⁴. Certains praticiens craignent d'être remplacés par les systèmes intelligents de plus en plus sophistiqués. Normalement ces systèmes sont faits pour assister seulement. Il est vrai cependant qu'avec l'évolution constante de la technologie, il y a lieu de se poser des questions³⁵. Deux praticiens, Samir Saleh et Nabil Antaki avaient mis en garde le milieu de l'arbitrage contre toute dérive : le premier insistait sur l'importance de situer l'homme au centre des questions qui se posent et de « placer la dimension de la vitesse dans une perspective de 'sève et de sang' comme disaient les philosophes de la Grèce antique »³⁶ ; le deuxième rappelait que la science est au service de l'homme et qu'il « suffit pour en profiter totalement, de sauver l'essentiel, c'est-à-dire, la possibilité du dialogue humain »³⁷. La technologie est un progrès indéniable, mais espérons que l'être humain ne se passera pas de l'humain...

II CHANGEMENT DE PRATIQUES

1. COMPLEXITÉS ET DIFFICULTÉS

Dès le milieu des années 90, le nombre d'affaires impliquant plusieurs parties et plusieurs contrats dans les arbitrages CCI a atteint le tiers des affaires. Les affaires sont devenues plus complexes non seulement en raison de la multiplicité de parties et de contrats, mais notamment en raison des enjeux financiers et politiques toujours plus importants, des parties devenues bien plus litigieuses qu'auparavant, des objections à la nomination d'arbitres, des récusations d'arbitres, et des recours d'annulation de sentences. Un facteur supplémentaire de complication s'est ajouté au facteur de la pression toujours plus grande dès la fin des années 90 : la contrainte de répondre rapidement, voire immédiatement, aux courriels.

³⁴ Voir Antoine Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *Revue Pratique de la Prospective et de l'innovation*, 2016, n°1, page 28 ; voir aussi la discussion fascinante sur la manière dont notre environnement a évolué et continue d'évoluer par Louis Degos, « Un nouveau décalogue pour le futur exercice des professionnels du droit ? », *Revue Pratique de la Prospective et de l'innovation*, 2016, n°1, page 33.

³⁵ Voir une analyse intéressante de José Maria de la Jara, Alejandra Infantes, Daniela Palma "Machine Arbitrator: are we ready?", *Kluwer Arbitration Blog*, 3 mai 2017 : <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/05/04/machine-arbitrator-are-we-ready/>.

³⁶ Samir Saleh, « Connaissance des obstacles : tremplin pour l'avenir », *Improving International Arbitration: The Need for Speed and Trust*, Études offertes à Michel Gaudet, ICC Publishing, 1998, page 209.

³⁷ Nabil Antaki, « La technologie au service de l'arbitrage international », *Improving International Arbitration: The Need for Speed and Trust*, Études offertes à Michel Gaudet, ICC Publishing, 1998, page 70.

2. CONFLITS D'INTÉRÊTS ET RÉCUSATIONS

Les exigences d'indépendance poussant les limites de vérification de conflits d'intérêts à l'extrême ont rendu l'exercice de l'arbitrage toujours plus difficile dans les vingt dernières années. Toute relation même lointaine, y compris dans le temps, devient motif à objection à la nomination d'arbitres. Les exigences sont tellement élevées que plusieurs praticiens ont dû quitter des cabinets d'avocats et travailler en solo pour augmenter leurs chances d'être nommés, en évitant les conflits d'intérêts nés de leur appartenance à ces cabinets. Les parties s'opposent souvent à la nomination d'arbitres invoquant différents motifs et se référant parfois aux exemples répertoriés dans le guide IBA sur les conflits d'intérêts³⁸. Dans la déclaration CCI d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance que tout arbitre potentiel doit remplir avant sa nomination, l'arbitre doit révéler toute relation directe ou indirecte qu'il ou elle a pu avoir ou entretient encore avec des parties, leurs avocats ou autres représentants, ou encore avec des entités ou individus ayant des liens avec ces personnes, qu'elle soit financière, professionnelle ou de tout autre nature, et tout doute doit être résolu en faveur d'une révélation.

De même, les parties usent parfois de tactiques dilatoires qui sont devenues plus accentuées depuis les vingt dernières années. Tout motif pour tenter d'ébranler les arbitres, la procédure ou l'issue de l'arbitrage est valable. Ces récusations sont souvent introduites au moment où une sentence arbitrale est sur le point d'être rendue ou une sentence partielle vient d'être rendue. Le moment choisi dénote habituellement de la part de la partie récalcitrante, la crainte de la décision attendue, le désir d'éviter qu'une telle sentence soit rendue, ou la tentative de faire annuler une sentence si la récusation réussit. Depuis une dizaine d'années une partie considérable de récusations était fondée sur une allégation de mauvaise gestion de la procédure par les arbitres, ce qui ne constitue en rien un défaut d'indépendance justifiant une telle récusation. Un défaut d'impartialité ou tout autre motif peut aussi être invoqué selon le Règlement d'arbitrage CCI, mais en général les récusations ne sont pas plus justifiées³⁹. En moyenne, seul un à deux pour cent des récusations est accepté par la Cour après examen minutieux des circonstances.

³⁸ IBA Guidelines on Conflicts of Interest : https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx.

³⁹ Pour des exemples d'objections et de récusations, voir Anne-Marie Whitesell, "Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice Concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators", Bulletin special de la Cour, 2007, page 7 ; et Andrea Carlevaris et Rocio Digon, "Arbitrator Challenges under the ICC Rules and Practice", ICC Dispute Resolution Bulletin, 2016, issue n°1, page 23.

3. OPINIONS DISSIDENTES

Il arrivait fréquemment que des arbitres des pays de l'Europe de l'est, du Moyen Orient et d'Afrique émettent une opinion dissidente à la sentence, fort probablement pour se protéger lorsque la sentence n'était pas en faveur de la partie qui les a nommés, généralement des parties étatiques des pays dont ils étaient originaires. Certains usaient aussi de tactiques dilatoires pour se protéger ou pour obtempérer aux instructions reçues de la part des parties les nommant⁴⁰. Cette tendance a disparu avec la fin du communisme en Europe et avec la familiarisation à l'arbitrage effectuée auprès des utilisateurs grâce aux multiples formations. Outre cette catégorie, les opinions dissidentes éclairent parfois sur des questions juridiques considérées lors du délibéré mais non nécessairement retenues par la majorité des arbitres.

4. CONFIDENTIALITÉ ET TRANSPARENCE

Le vent de l'arbitrage souffle dans une toute autre direction depuis quelques années, la trajectoire de la transparence semble être sa direction favorite notamment depuis 2010.

La confidentialité de l'arbitrage constitue un des avantages majeurs mais sous-entendue, les règlements d'arbitrage n'en faisant pas état. Les informations divulguées au cours et pour les besoins d'une procédure par une partie n'étaient pas expressément protégées. L'affaire *Esso* en 1995⁴¹ a soudain fait prendre conscience, que pour assurer la confidentialité de toute information, il convenait de prendre des mesures expresses. La Cour d'appel de Victoria (Australie) avait en effet jugé que les parties ne pouvaient se voir interdire de divulguer des informations au motif que celles-ci avaient été obtenues dans le cadre de l'arbitrage, et que la confidentialité n'était pas un attribut essentiel de l'arbitrage⁴². Bien qu'isolée, cette décision avait secoué l'édifice de la confidentialité dans l'arbitrage. Sauf à mentionner que les travaux de la Cour étaient confidentiels, le Règlement d'arbitrage de la CCI n'a ajouté une disposition à cet égard qu'à partir de son Règlement de 1998, qui stipule que le tribunal peut prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles. La confidentialité a commencé dès lors à figurer dans les actes de mission afin d'en assurer le respect. Elle ne peut bien entendu

⁴⁰ Quelques exemples sont cités par l'auteure dans « Comment se manifestent certaines tactiques dilatoires dans l'arbitrage », *Dalloz Affaires*, 1999, page 1097, et dans « Difficultés procédurales causées par les clauses compromissaires paritaires et les tribunaux arbitraux tronqués », *Gazette du Palais, Les cahiers de l'arbitrage*, n°309 à 310, du 5 et 6 novembre 2003, page 21.

⁴¹ High Court of Australia, 7 avril 1995, *Esso/BHP v/ Plowman*.

⁴² Edouard Bertrand, « Confidentialité de l'arbitrage : évolution ou mutation après l'affaire *Esso/BHP v/ Plowman* », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1996, page 169.

être protégée que dans la mesure où les informations ne sont pas déjà publiques.

La distinction entre confidentialité et transparence est toutefois bien ténue. Ce fut le sujet d'un débat animé au cours d'une conférence récente⁴³ où la question principale consistait à savoir si l'arbitrage avait besoin de plus de transparence. Il semblerait, selon cette conférence, que la transparence proposée concernerait la transparence « organisationnelle » relative à la gestion des procédures par les institutions d'arbitrage, la transparence « légale » relative à la publication des sentences, et la transparence « procédurale » proposant que les procédures et les audiences soient publiques... Drôle de proposition qui s'éloigne de la philosophie même de l'arbitrage et qui se rapproche plutôt des procédures devant les tribunaux étatiques... Les discussions de la table ronde ont abouti à la conclusion que la confidentialité et la transparence sont deux objectifs non exclusifs et pouvant co-exister, d'une part. D'autre part, les utilisateurs ont avoué que s'ils ont recours à l'arbitrage c'est précisément pour la confidentialité et s'opposent donc à plus de transparence. Enfin, les utilisateurs considèrent que les efforts de transparence ne doivent pas sacrifier la confidentialité, et qu'il convient de respecter des limites. Il reste donc à espérer que tout ne sera pas sacrifié sur l'autel de la transparence.

La transparence est devenue une tendance bien marquée ces derniers temps. Elle est telle, que le savoir-faire qui constitue normalement un atout réservé à ceux qui le développent et qui conservent ce privilège utile pour leur position sur un marché, disparaît au bénéfice du partage d'information. La transparence est incontestablement favorable à une meilleure connaissance des pratiques, une plus grande prévisibilité, et répond aux attentes des utilisateurs. Mais faut-il tout dévoiler jusqu'au savoir-faire qui n'a plus de secret pour personne ? Ce tourbillon ne nous empêche-t-il pas d'évaluer les effets potentiels non escomptés qui peuvent être au détriment de ceux qui détiennent un savoir-faire ? La juste mesure demeure nécessaire.

La CCI a également usé de plus de transparence depuis l'entrée en vigueur du Règlement d'arbitrage CCI de 2012, en expliquant certaines pratiques internes dans une Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI⁴⁴, qui a été révisée à plusieurs reprises, révélant à chaque fois plus de pratiques pour éclairer les utilisateurs. Ainsi par exemple, la pratique relative à la réduction d'honoraires

⁴³ Rapport sur les débats de la conférence 2017 Vienna Arbitration Days par Victoria Pernt, "How much (more) transparency does commercial arbitration really need?", Kluwer Arbitration Blog, 4 mars 2017 : <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/03/04/how-much-more-transparency-does-commercial-arbitration-really-need/>.

⁴⁴ Disponible sur le site de la CCI <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/practice-notes-forms-checklists>.

des arbitres en cas de retard de soumission des projets de sentences à la Cour⁴⁵. En outre, la publication des noms d'arbitres nommés dans les arbitrages CCI enregistrés à compter du 1^{er} janvier 2016 a été particulièrement appréciée par les utilisateurs. Elle répond à un besoin de connaître l'identité des arbitres nommés, la fréquence de leur nomination, l'origine de leur nomination, et avec quels arbitres ils ou elles ont co-arbitré.

La tendance à la transparence est tellement à la mode que le sujet a fait partie des *GAR Awards* en mars 2017⁴⁶. Plusieurs initiatives portant sur la transparence figuraient sur la liste des candidats sélectionnés. Trois sont retenues ici pour signaler l'originalité de la proposition et pour démontrer le changement de l'environnement de l'arbitrage : « Arbitrator Intelligence (AI) », « Puppies or Kittens », « Dispute Resolution Data ».

La première initiative a pour mission de promouvoir la transparence, l'équité et la responsabilité dans le choix des arbitres internationaux, et de faciliter une plus grande diversité dans la nomination d'arbitres. L'objectif est de recueillir grâce à un questionnaire, autant de données possibles sur le type d'informations recherchées par les parties lors de la sélection d'arbitres. Des institutions ont signé des accords pour partager avec AI des données expurgées d'informations confidentielles. Une fois les données analysées, elles seront mises à la disposition des utilisateurs⁴⁷.

La deuxième initiative étroitement liée à la précédente, concerne la révélation d'informations sur les arbitres pour offrir aux parties une plus grande visibilité lors de la sélection d'arbitres. D'une part, les mêmes arbitres sont souvent sélectionnés alors que d'autres sont disponibles. D'autre part, les parties ne disposent d'aucune source d'informations disponibles outre les contacts personnels lorsqu'elles sont appelées à sélectionner des arbitres. Lors d'une réunion de l'International Bar Association (IBA) à Vienne en octobre 2015, un projet a été présenté et a fait l'objet d'un débat houleux. Ses auteurs ont proposé que les arbitres révèlent leurs préférences procédurales et leurs préférences des techniques de gestion des procédures, par exemple s'ils sont favorables à l'utilisation des services d'un secrétaire administratif⁴⁸. Les auteurs

⁴⁵ José Ricardo Feris, "New policies and practices at ICC: Towards greater efficiency and transparency in international arbitration", ICC Dispute Resolution Bulletin, 2016, issue n°2, page 9.

⁴⁶ Lucy Greenwood, Catherine Rogers, Mirèze Philippe, Michael Mcilwrath, "The winner of 2017 GAR Awards for best innovation: transparency & diversity", Kluwer Arbitration Blog, 12 mars 2017 : <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/03/12/the-winner-of-2017-gar-awards-for-best-innovation-transparency-diversity/>.

⁴⁷ Catherine Rogers a initié ce projet ; pour plus d'informations, voir "Wolters Kluwer announces collaboration with Arbitrator Intelligence", Kluwer Arbitration Blog, Crina Baltag, 28 juin 2017 : <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/06/28/wolters-kluwer-announces-collaboration-arbitrator-intelligence/>.

⁴⁸ Ema Vidak-Gojkovic, Lucy Greenwood and Michael Mcilwrath "Puppies or Kittens? How To Better Match Arbitrators To Party Expectations?", Kluwer Arbitration Blog, 8 août 2016 :

de cette initiative ont soumis un questionnaire ouvert au public, qui a étonnamment révélé que les arbitres seraient en général favorables à cette demande. L'auteure peut comprendre cette disposition à révéler des informations. Une vingtaine d'années auparavant le nombre d'arbitres était bien moins élevé. Ils sont à présent conscients de l'exigence du marché et du fait que pour réussir à rester sur la scène dans un environnement où la concurrence est considérable, il convient de donner satisfaction aux parties susceptibles de les nommer et à révéler des informations sur leur manière de pratiquer leur rôle d'arbitre en général.

Les multiples initiatives concordent à présent pour motiver les praticiens à penser différemment et à trouver d'autres profils potentiels au lieu de faire appel toujours aux mêmes personnes (usual suspects), grâce aux outils mis à leur disposition. Il y eut d'abord l'outil de recherche de femmes arbitres sur le site d'ArbiralWomen inspiré lui-même par un outil de recherche du case management system du Secrétariat de la Cour ; l'outil de recherche ArbitralWomen a inspiré l'outil sur le site du Pledge⁴⁹. Il y eut ensuite, les deux initiatives citées ci-dessus, Arbitrator Intelligence et Puppies or Kittens qui demandent plus d'informations sur les arbitres. Il y eut enfin l'initiative de la CCI de publier les noms d'arbitres nommés dans les arbitrages CCI. Le Global Arbitration Review a tiré inspiration de toutes ces initiatives pour ouvrir une page sur son site destinée à publier des profils d'arbitres⁵⁰.

Enfin une initiative liée à la transparence porte sur la mise à disposition de données que les praticiens cherchent à avoir et qui ne sont pas disponibles par ailleurs. Ces données statistiques proviennent de plusieurs institutions d'arbitrage ayant accepté de partager des informations expurgées de toutes données confidentielles. Le but de l'innovation appelée « Dispute Resolution Data »⁵¹, est d'analyser des données types permettant aux praticiens de mieux évaluer la gestion du risque et la stratégie.

5. CODIFICATION DES PRATIQUES

Il fut un temps où la flexibilité était de mise, et des solutions ou des mesures étaient adaptées pour chaque situation, en s'appuyant sur les textes juridiques et en usant de bon sens. La flexibilité existe toujours, puisque c'est le principe et le bénéfice même de l'arbitrage. Cependant, depuis une vingtaine d'années, une panoplie de guides est venue s'ajouter aux instruments de base et s'est

<http://kluwerarbitrationblog.com/2016/08/08/puppies-kittens-better-match-arbitrators-party-expectations-results/>.

⁴⁹ Ces trois outils de recherche ont été créés par l'auteure, en collaboration avec Benjamin Davis pour l'outil de la CCI.

⁵⁰ Arbitrator Research Tool (ART) : <http://globalarbitrationreview.com/arbitrator-research-tool>.

⁵¹ Dispute Resolution Data, fondée par Bill et Debi Slate : <http://www.disputeresolutiondata.com/>.

imposée aux praticiens, bien qu'ils ne soient pas obligatoires. Tout est à présent organisé, cadré et codifié. L'utilité de ces guides n'est pas contestée, du moins par l'auteure⁵², mais leur multiplicité est critiquée par certains praticiens. Par exemple, le guide IBA sur la représentation de parties⁵³, dont le but est notamment de codifier les pratiques relatives aux comportements des représentants des parties et de sanctionner les mauvais agissements, a fait l'objet de controverses⁵⁴. En effet, établir un code pour régler des comportements pour une multitude de cultures ayant chacune leurs propres normes et pratiques potentiellement conflictuelles est susceptible de créer plus de conflits qu'il n'en règle selon certains auteurs. Il faut toutefois noter que les questions d'éthique sont primordiales et font régulièrement l'objet de discussions, d'études et de publications⁵⁵.

Ainsi, et tenant compte de l'évolution des pratiques, de l'augmentation du nombre de praticiens partout dans le monde ayant des niveaux de connaissances, d'expériences et de pratiques différentes, de l'émergence de nouvelles tactiques, et donc de nouveaux défis qui se posent dans la gestion des procédures, il devenait indispensable de codifier certaines pratiques, à l'exemple du guide sur la production de documents⁵⁶. Les codifications contribuent à limiter les surprises procédurales et à aider des praticiens moins expérimentés à éviter des erreurs de procédure. Les praticiens expérimentés trouvent eux aussi utile de recourir à ces guides en guise de liste de vérification, afin de s'assurer que tous les points auxquels ils doivent veiller n'ont pas échappé à leur attention.

Le revers de la médaille des codifications à outrance est qu'elles donnent des pistes supplémentaires à toute partie malveillante souhaitant trouver des arguments pour récuser un arbitre ou sa sentence, en prétextant toutes sortes d'erreurs procédurales ou toute mesure qui n'aurait pas été suivie conformément aux guides en pratique.

⁵² Voir par l'auteure, "Has Arbitration Gone Beyond Basic Codification? Utility of Dispute Resolution Best Practices", in *The Challenges and the Future of Commercial and Investment Arbitration*, Liber Amicorum Professor Jerzy Rajski, Court of Arbitration Lewiatan, Warsaw.

⁵³ IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration : <https://www.ibanet.org/Search/Search.aspx?query=party%20representation>.

⁵⁴ Michael E. Schneider, "The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directives, Notes, Protocols and other Methods Intended to Help International Arbitration Practitioners to Avoid the Need for Independent Thinking and to Promote the Transformation of Errors into 'Best Practices'", in Laurent Levy (ed.), *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, page 563.

⁵⁵ Stephan Schill, "The Case for Public Regulation of Professional Ethics for Counsel in International Arbitration", *Kluwer Arbitration Blog*, 7 juillet 2017 ; voir aussi Catherine Rogers "Ethics in International Arbitration", Oxford University Press, 2014.

⁵⁶ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration : http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx#ArbitrationRules.

6. SECRÉTAIRES ADMINISTRATIFS

La pratique de nommer un secrétaire administratif fut longtemps critiquée dans les années 80 et 90 et reste à ce jour un sujet brûlant. Les arbitres suisses en nommaient régulièrement. Pierre Lalive insistait sur son droit d'utiliser les services d'un secrétaire administratif et contestait la position de la CCI à cet égard. La CCI demandait que soit clarifiée la mission confiée à un tel secrétaire, et demandait que le tribunal arbitral en assume les frais, considérant injuste de les imposer aux parties. Serge Lazareff estimait que si les parties l'avaient désigné, c'était à lui d'assumer sa mission et de gérer la procédure. Quant à Philippe Fouchard, il n'en voyait pas l'utilité et était opposé à tous frais inutiles pour les parties.

Les contours de la mission d'un secrétaire administratif ont fait l'objet d'une récusation des trois membres d'un tribunal arbitral devant les tribunaux anglais. Une partie a en effet allégué que le tribunal avait incorrectement délégué son rôle au secrétaire administratif, violé son mandat d'arbitre, et négligé de révéler l'existence, la nature, l'étendue et l'effet de la délégation de son rôle d'arbitre au secrétaire administratif⁵⁷.

L'utilisation des services d'un secrétaire administratif devenant de plus en plus courante, il convenait de régler cette pratique. La CCI a dès les années 90 émis une note à ce sujet pour expliquer la politique et la pratique relatives à la nomination, aux obligations et à la rémunération de secrétaires administratifs⁵⁸.

Un groupe de jeunes arbitres, les Young ICCA (International Council for Commercial Arbitration) ont réfléchi sur le sujet et rédigé un guide sur les secrétaires administratifs⁵⁹, répertoriant entre autres les tâches que pouvaient accomplir les secrétaires.

L'expérience que des secrétaires administratifs peuvent acquérir pour mieux se préparer aux missions d'arbitres est indéniable. Les jeunes praticiens sont encouragés à exercer ce rôle, considéré comme la meilleure école. Hilary Heilbron en avait fait le sujet de son allocution à l'occasion d'une conférence sur la journée internationale de la femme⁶⁰. Elle avait recommandé qu'une base de données soit mise en place pour permettre aux arbitres de trouver des secrétaires potentiels prêts à jouer ce rôle.

⁵⁷ Peter Hirst, "When Does a Tribunal Secretary Overstep the Mark?", Kluwer Arbitration Blog, 18 avril 2017 : <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/04/18/when-does-a-tribunal-secretary-over-step-the-mark/>.

⁵⁸ La note sur les secrétaires administratifs fait partie aujourd'hui de la Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI disponible sur le site de la CCI (voir note n°44).

⁵⁹ Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries : http://www.arbitration-icca.org/media/1/14123769188350/aa_arbitral_sec_guide_composite_11_march_2014.pdf.

⁶⁰ L'allocution est disponible dans ArbitralWomen Newsletter, issue n°17, avril 2016 : http://www.arbitralwomen.org/DesktopModules/Bring2mind/DMX/Download.aspx?EntryId=254&Command=Core_Download&language=en-GB&PortalId=0&TabId=2129.

7. TEMPS ET COÛTS

Le temps et le coût de l'arbitrage constituent un souci depuis les quinze dernières années et ce sujet reste d'actualité. L'arbitrage est taxé d'être cher, poussant les parties soit à ne pas soumettre leurs litiges à l'arbitrage, soit à utiliser des institutions dont les services sont prétendument moins chers, mais dont la qualité n'est pas comparable. En outre, une étude effectuée par la CCI a révélé que seuls 2% des frais d'arbitrage revenaient à l'institution, 16% représentaient les honoraires d'arbitres et les 82% restant constituaient les honoraires des conseils représentant les parties⁶¹. L'étude mise à jour cinq ans plus tard a révélé les mêmes pourcentages. L'inflation des frais est visible et n'a cessé d'augmenter au cours des trente dernières années. Elle est provoquée par les parties et les avocats qu'elles retiennent, qui sont en général responsables des excès selon un auteur⁶². Des techniques ont été élaborées sous forme de guide, dont le guide sur la Gestion efficace de l'arbitrage, à l'effet d'encourager les parties à mieux gérer le temps et le coût⁶³.

8. DÉCISIONS DÉFAVORABLES À L'ARBITRAGE

Des tribunaux étatiques rendent occasionnellement des décisions considérées défavorables à l'arbitrage et qui ont fait couler beaucoup d'encre. Tel fut le cas par exemple de la décision *Dutco*⁶⁴ rendue par un tribunal français qui avait annulé une sentence au motif du non-respect de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral. Ou encore le cas de la décision *Ken-Ren*⁶⁵ rendue par un tribunal anglais qui s'était ingéré dans la procédure d'arbitrage en prenant une décision relative à la constitution d'un cautionnement pour frais (*security for costs*), décision qu'il revenait normalement au tribunal arbitral de prendre.

Suite à ces décisions, des praticiens avaient craint pour la popularité en qualité de siège d'arbitrage des juridictions où ces décisions avaient été rendues. En effet, lors du choix du siège d'arbitrage, les praticiens prennent en

⁶¹ Voir note n°9. Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage, Publication CCI n°843, 2007 : http://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0034.htm?l1=Commission+Reports ; rapport révisé en 2012 : http://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0047.htm?l1=Commission+Reports.

⁶² Michael Bühler, "Costs of Arbitration: Some Further Considerations", in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing 2005, page 179.

⁶³ Voir note n°10. Gestion efficace de l'arbitrage, Publication CCI n°866, 2014 : http://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0051.htm?l1=Commission+Reports.

⁶⁴ Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civ., 7 janvier 1992, Sociétés BKMI et Siemens c/ Société Dutco.

⁶⁵ Chambre des Lords, 5 mai 1994, Coppée-Laval in SA/NV / Ken-Ren Chemicals.

compte ces décisions et optent parfois pour d'autres sièges afin d'éviter les écueils des décisions prises par les juridictions en question. En présence d'une difficulté faisant peser un risque sur une procédure d'arbitrage, l'institution qui administre l'arbitrage peut disposer de moyens pour contourner le problème dans certaines circonstances. Par exemple, lors de la constitution du tribunal arbitral dans des affaires multi-partites dont le siège d'arbitrage se trouverait en France, pour éviter les déconvenues de l'affaire *Dutco* et en présence de parties qui ne s'entendent pas sur les modalités de sélection des trois arbitres, la CCI peut nommer les trois arbitres (article 12.8) évitant ainsi l'inégalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral. Cependant et en général, il n'a jamais été constaté que les juridictions dans lesquelles de telles décisions avaient été rendues devenaient indésirables, à moins qu'un tribunal étatique n'ait une position constamment défavorable à l'arbitrage.

9. PROCÉDURES D'URGENCE

Des mesures conservatoires et provisoires peuvent être essentielles pour protéger les intérêts légitimes d'une partie. Le Règlement d'arbitrage de 1998 a introduit une disposition à l'effet de donner pouvoir au tribunal arbitral en place de prendre de telles mesures à la demande d'une partie. En conséquence, lorsqu'un arbitrage CCI est en cours, de telles mesures peuvent être demandées au tribunal arbitral en place. En l'absence de celui-ci et en attendant qu'un tribunal soit constitué, sauf à soumettre une mesure d'urgence auprès des tribunaux étatiques, les parties n'avaient pas d'autres moyens pour préserver leurs droits. Dès le Règlement d'arbitrage de 2012, la CCI a prévu une nouvelle disposition offrant la possibilité à une partie de recourir à un arbitrage d'urgence⁶⁶. Cette procédure est de plus en plus utilisée et répond aux attentes des utilisateurs.

D'autres centres d'arbitrage avaient déjà ajouté un tel service à leur panoplie.

10. PROCÉDURES ACCÉLÉRÉES

Deux anciens collègues de la CCI avant-gardistes méritent d'être mentionnés à ce sujet.

Benjamin Davis, le premier conseiller à avoir géré en 1992 une procédure accélérée (fast-track) dans deux affaires liées, de plusieurs millions de dollars US, en sept semaines, avait tenté de convaincre la communauté du besoin

⁶⁶ Andrea Carlevaris et José Ricardo Feris, "Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases", ICC Dispute Resolution Bulletin, 2014, issue n°1, page 25.

d'établir un règlement « fast-track » pour gérer des procédures dans des délais très courts et avait même rédigé un projet⁶⁷. Une étude avait été confiée au début des années 2000 à la Commission d'arbitrage de la CCI, dont l'issue fut un rapport concluant qu'il n'était pas utile d'ajouter un nouveau règlement puisqu'une disposition du Règlement d'arbitrage permettait déjà aux parties de réduire les délais habituels⁶⁸.

Par ailleurs, Louise Barrington avait au début des années 2000 milité en faveur d'un règlement d'arbitrage pour les petits litiges. Les membres du groupe de travail de la Commission d'arbitrage de la CCI qu'elle a présidé, sont arrivés à une conclusion qu'elle ne partageait pas : aucun règlement n'était nécessaire principalement parce qu'il était difficile de définir le montant du litige qui pouvait être considéré petit, cette notion étant différente selon les pays ou le secteur d'activité. Il fut alors décidé de rédiger simplement un guide pour l'arbitrage de petits litiges⁶⁹.

Une quinzaine d'années plus tard, la question des petits litiges et des procédures accélérées a été à nouveau examinée vu l'évolution du marché, et a abouti à l'élaboration d'un appendice ajouté au Règlement d'arbitrage dédié aux procédures accélérées⁷⁰. En effet, tout litige dont le montant ne dépasse pas normalement deux millions peut bénéficier d'une procédure plus simplifiée et rapide devant se terminer en six mois⁷¹.

Les procédures accélérées, tout comme les mesures d'urgence, figuraient déjà parmi les règlements mis à la disposition des utilisateurs par d'autres centres d'arbitrage. Il convenait de pouvoir aussi offrir ce service aux utilisateurs d'arbitrages CCI.

11. TAXE SUR LA VALEUR AJOUTÉE (TVA)

Les praticiens de l'époque se souviennent qu'en 1996 l'affaire von Hoffman avait causé bien des remous. Bernd von Hoffmann, arbitre allemand, avait contesté le paiement de la taxe sur ses honoraires que les autorités allemandes

⁶⁷ Benjamin Davis, Odette Lagacé, M. Volkovitsch, "When Doctrines Meet: Fast Track Arbitration and the ICC Experience", *Journal of International Arbitration*, vol.10, n°4, 1993, page 69 ; voir aussi par l'auteure "Are specific fast-track arbitration rules necessary?", *Arbitration in Air and Space Law Including Telecommunications Activities*, Peace Palace Papers, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, published by Kluwer Law International, 2001, page 253.

⁶⁸ Antonias Dimolitsa, "Note on Expedited ICC Arbitration Procedure", *Bulletin de la Cour*, 2002, n°1, page 29.

⁶⁹ Louise Barrington, "Guidelines for Arbitrating Small Claims under the ICC Rules of Arbitration", *Bulletin de la Cour*, 2003, n°1, page 29.

⁷⁰ Règlement d'Arbitrage et Règlement de Médiation : <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules-french-version/>.

⁷¹ Voir pour plus de détails sur cette procédure, José Ricardo Feris, "The 2017 ICC Rules of Arbitration and the New ICC Expedited Procedure Provisions", *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2017, issue n°1, page 63.

lui demandaient de payer, les honoraires d'arbitres n'ayant pas fait jusque-là l'objet d'une telle taxe. Une interprétation d'un article de la directive européenne en matière d'harmonisation relative aux taxes sur le chiffre d'affaires avait alors été sollicitée auprès de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE). Dans un arrêt du 16 septembre 1997⁷², la CJCE avait estimé que la TVA sur les prestations d'un arbitre était due dans le pays où l'arbitre était établi, quel que soit le pays des destinataires d'une sentence arbitrale. Les honoraires des arbitres sont depuis lors taxés. Les praticiens avaient craint que les parties ne nomment plus d'arbitres européens pour éviter le surcoût des frais d'arbitrage. Fort heureusement, cette décision mal venue n'a pas empêché les parties de continuer à nommer des arbitres résidant en Europe.

CONCLUSION

Il serait déraisonnable de conclure que toutes les évolutions qui devaient être faites ont été accomplies, comme il serait faux de penser que toutes ces évolutions sont indispensables. Le monde de l'arbitrage a connu des évolutions remarquables dans les quarante dernières années, même si certaines restent sujettes à réflexion. La matière est passionnante et en mouvement constant comme le vent qui tourbillonne. Il est rare de passer une année sans voir des innovations par un centre d'arbitrage, un groupement de réflexion, des professeurs, des arbitres, des juristes d'entreprises, des avocats ou des utilisateurs. La communauté d'arbitrage est active et continue de contribuer à l'amélioration des services de règlements de litiges. Les bases et les règles avaient été solidement fixées par nos prédécesseurs à qui nous devons beaucoup, mais nous n'avons pas encore fini d'innover.

Voilà bien des sujets à discuter avec Samir Saleh dont l'esprit d'analyse a toujours été judicieux.

⁷² Christian Amand, « TVA communautaire et arbitrage », Bulletin ASA, 1999, vol. 17, issue 1, page 13.