

COMPTE RENDU DE CONFÉRENCE

HISTOIRE DE L'ARBITRAGE

Conférence en présence et en ligne

Mardi 26 septembre 2023

De 17h00 à 19h45

Société de législation comparée, Amphithéâtre (1^{er} étage)

28 rue Saint-Guillaume

75007 Paris

L'enregistrement de cet évènement a été mis en ligne par l'Université de Montpellier, lien d'accès :

https://video.umontpellier.fr/video/18885-conference_soc_leg_comp_26092023mp4/84e350040d219230c28a6568a8eb4284c00dcfb97042308e5b493a4b26e3c8b/

Propos introductifs

Béatrice Castellane, Arbitre international et Ancien Membre du Conseil de l'Ordre des avocats de Paris, Présidente de la Section *Arbitrage ADR* de la Société de législation comparée (SLC)

Il y a un siècle, au sortir de la Première Guerre mondiale, les acteurs économiques aspirent à l'expansion économique et à la paix sous toutes ses formes dans le cadre d'un commerce international qui doit se donner les moyens de son autonomie. Trouver des solutions pour résoudre les différends en fait partie.

En effet, dans un contrat international, aucun des signataires ne souhaite passer sous les fourches caudines du juge étatique d'un autre pays en cas de litige.

C'est ainsi qu'en 1920, de grands industriels français se sont rassemblés pour créer, sous l'égide d'un Ministre du commerce éclairé, Etienne Clémentel, la Chambre de Commerce Internationale animée bénévolement par le monde des affaires¹.

¹ Béatrice Castellane, Une brève histoire de la Cour d'arbitrage ICC, Issue n°110 Echanges Internationaux ICC France, p. 18 (2018)

Ce sera alors le renouveau de la grande histoire de l'arbitrage et la naissance de l'arbitrage commercial international. C'est ce que les orateurs de cette conférence raconteront.

L'évolution de cette nouvelle ère de résolution des conflits sera différente selon les pays et les cultures juridiques. La valeur juridique des sentences a aussi une histoire mouvementée.

Présentation de :

Carine Becharef Jallamion

Professeur d'histoire du droit, Faculté de Droit et de Science politique de Montpellier

Les grandes étapes de l'histoire de l'arbitrage international : un panorama

L'oratrice présente l'histoire de l'arbitrage en remontant jusqu'aux pratiques en Mésopotamie, en Grèce où l'arbitrage était utilisé entre les États et les villes. En droit romain, une loi de 450 avant JC, décide que l'arbitre pourra juger en équité, il a plus de pouvoir que le juge. Au 2^{ème} siècle avant notre ère, l'arbitrage ex compromisso existe déjà dans le droit romain selon un accord entre les parties dans lequel elles promettent d'exécuter la sentence. Le contrat de l'arbitre est séparé. En Italie, à la fin du 11^{ème} siècle, le modèle va se développer. Partages, successions et litiges entre marchands se résolvent par l'arbitrage qui est censé préserver les relations familiales ou d'affaires. Les juges sont souvent choisis comme arbitres. Certaines juridictions étatiques ne sont pas appréciées car elles sont réputées partiales.

En France, en 1363, on décide que les sentences pourront être contrôlées, c'est une ordonnance royale qui le décide. Les sentences sont soumises à l'appel et le Parlement de Paris est également saisi des difficultés d'exécution des sentences. Au 16^{ème} siècle, le Chancelier Michel de L'Hospital cherche à promouvoir un esprit de concorde et est à l'origine de plusieurs ordonnances royales qui promeuvent l'arbitrage. Il devient obligatoire entre membres d'une même famille et aussi entre marchands : paix et amitié. Il s'intéresse aussi à l'appel mais il le limite en le rendant plus difficile en matière civile particulièrement en famille, l'appel n'est pas suspensif contre les sentences. Un phénomène semblable se produit en Angleterre à la fin du 17^{ème} siècle. Dans les deux pays, cela va déclencher l'hostilité des juges qui ont peur de perdre leur prestige, leur autorité. Les juges s'opposent au roi et cela durera en France jusqu'à la Révolution où l'arbitrage obligatoire reprendra les faveurs législatives.

Le Code civil promulgué par Napoléon en 1804 réforme beaucoup à nouveau et il n'y a plus de place pour l'arbitrage, au profit des juridictions étatiques qui sont présentées comme les meilleures. Cette défaveur envers l'arbitrage est confirmée par Cour de cassation au sujet de la question de la validité de la clause compromissoire qui était de plus en plus fréquente au 19^{ème} siècle dans les contrats d'assurance notamment. En 1843, la cour déclare nulle la clause compromissoire, jurisprudence confirmée en 1844 y compris en matière commerciale. En 1860, la Cour de cassation est saisie de clauses compromissoires dans des contrats internationaux, la France s'ouvre au grand commerce. Après l'Allemagne en 1877 et l'Angleterre en 1889, ce ne sera qu'en 1904 que les juges français reconnaîtront valable la clause compromissoire dans les contrats internationaux et, de façon générale, la Cour de cassation va alléger le contrôle des sentences et limiter les recours. La Chambre de Commerce internationale est créée en 1923 et en 1925 la cour de cassation valide également la clause en droit interne mais seulement dans les contrats commerciaux².

² Carine Becharef Jallamion, Revue de l'arbitrage, 2015, pp. 739-780 et 1037-1101. La jurisprudence française et l'arbitrage de 1843 à 1958 : de la défaveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international

Présentation de :

Mikaël Schinazi

Avocat, cabinet Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes

La lente élaboration du régime contemporain de l'arbitrage commercial international en France (droit civil/*civil law*) et en Angleterre (droit coutumier/*common law*)

En cette année du centenaire de la Cour ICC, l'orateur présente l'histoire de l'arbitrage international en France et en Angleterre. Préhistorie de l'histoire de l'arbitrage international, on observe des réactions souvent très vives au début des juges étatiques aussi bien en France qu'en Angleterre. Dans les deux pays, en parallèle à ce mouvement d'hostilité, il existe vraiment une faveur envers l'arbitrage. En marge de la méfiance, un très grand courant favorable apparaît au cours des 17 et 18èmes siècles. Dans d'autres parties du monde, l'histoire extra européenne globale donne des clés pertinentes pour tisser des liens entre les pays et aborder l'histoire de l'arbitrage.

En Angleterre, les commentateurs ont insisté sur l'hostilité envers l'arbitrage mais au contraire il a existé une grande faveur législative aux 17 et 18èmes siècles, un renforcement du Parlement pour éditer des lois et notamment le traité pour le commerce international tandis qu'effectivement, dans le même temps, la méfiance du juge anglais envers l'arbitrage était patente. En 1854, il sera même prévu que toutes conventions d'arbitrage peuvent être exécutées par la force, puis la loi de 1889 sur l'arbitrage restera en vigueur jusqu'en 1950 et ce seront ensuite les Arbitration Acts de 1976 puis de 1996 qui consolideront son importance.

En France, les périodes de faveur et les périodes de défaveur se sont enchaînées. Au moment de la Révolution les lois de 1790 affirment la valeur incontournable des compromis d'arbitrage. Le pouvoir législatif ne peut porter aucune atteinte à l'accord des parties d'aller à l'arbitrage.

Puis, à l'époque du code civil en 1806, l'arbitrage est considéré comme une menace contre le juge étatique. La cour de cassation décide en 1843 que la clause compromissoire est en principe nulle, et ce en contrariété avec les voisins européens. La jurisprudence évoluera à partir de 1860 et deviendra de plus en plus favorable à l'arbitrage. A la fin du 19ème siècle, on assiste à un grand renouveau. En 1860, un traité d'échange est signé avec l'Angleterre. Les juges vont l'accompagner en se montrant de plus en plus favorables et en acceptant la validité de la clause compromissoire en 1923 dans les contrats internationaux puis en 1925 en matière commerciale.

La Convention de Genève est signée en 1927 et dès 1930 l'Angleterre intègre les dispositions relatives à l'exécution des sentences dans une loi. On n'est plus dans le droit coutumier, le « *common law* », on passe au niveau législatif plus protecteur.

En conclusion, le développement de l'arbitrage en France et en Angleterre a des similarités par des périodes de faveur et de défaveur, des fonctionnements différents et dans les deux pays des jurisprudences très favorables. Le régime contemporain de l'arbitrage se construit de manière non linéaire, par des mouvements contradictoires qui coexistent. En 2023 les deux mouvements coexistent toujours.

Présentation (en qualité de « Discutant ») de :

Emmanuel Jolivet

Conseiller général de la Chambre de commerce internationale et de la cour internationale d'arbitrage³

Les grandes batailles de la sécurité juridique en arbitrage international

Il est important de connaître l'histoire du droit car cela montre des traits fondamentaux de l'évolution de l'arbitrage international voire des évolutions géopolitiques. Quant à la question à débattre sur la sécurité de l'arbitrage international, l'orateur se demande si la question ne serait pas plus large et s'il ne vaut pas mieux envisager la sécurité de l'arbitrage en passant par la sécurisation de l'écosystème de règlement des différends. Les données de la question telles qu'il les conçoit sont les suivantes : peut-on continuer à n'envisager la sécurité de l'arbitrage qu'en s'intéressant à la faveur, la défaveur, l'instance, la sentence, la reconnaissance, l'exécution, tout ce qu'on trouve dans les ouvrages mais qui ne représente pas toutes les préoccupations actuelles. Autrement dit les caractères procéduraux reconnus à l'arbitrage suffisent-ils à sécuriser l'arbitrage international ?

A priori c'est négatif mais plus récemment on a observé un changement de nature de l'arbitrage, on parle de commercialité. On s'interroge sur la pertinence du critère de commercialité⁴. Il y a une évolution du vocabulaire de l'arbitrage. Une analyse sémantique démontrerait que le vocabulaire exprime une commercialité prégnante. Si l'on écoute les acteurs de l'arbitrage international, on s'aperçoit que des termes comme la « compétition », la « concurrence » entre les institutions ou les conseils, le « marché » renvoient au caractère de commercialité de l'arbitrage. Les conséquences de cette sémantique n'ont pas été assez pesées par les acteurs de l'arbitrage. L'institution d'arbitrage a-t-elle une activité lucrative ? Doit-on lui appliquer le droit de la concurrence ? Quid des aides des États, de la fiscalité, des subventions, faut-il s'y intéresser ?

Ces implications ne sont pas encore étudiées mais pourtant la pratique de l'arbitrage a changé : cela n'a pas été souligné précédemment car il n'y a pas beaucoup de sources disponibles.

Un premier élément est la litigiosité croissante envers les arbitres et les centres d'arbitrage. Quantitativement il y a plus de recours en responsabilité ou au pénal contre les arbitres et les institutions. L'arbitrage étant devenu le mode « commun » de résolution des différends, on observe une augmentation des cas en valeur absolue. Conséquences : révision des polices d'assurance et augmentation des cotisations ou diminution des garanties.

Autre élément : les sentences sont moins spontanément exécutées par les parties. La CCI a la vision empirique sur cette question par le biais des demandes qui sont faites pour obtenir des copies de sentences certifiées et parfois de nombreux exemplaires dans une même affaire. La pression du milieu de l'arbitrage sur les acteurs est beaucoup moins forte qu'avant. La CCI avait autrefois prévu d'établir la liste des parties qui n'exécutent pas, une sorte de « *name and shame* ». La liste n'a jamais été publiée, elle n'a jamais vu le jour mais cela montre que l'attitude

³ F. GRISEL, E. JOLIVET, E. SILVA ROMERO, « Aux origines de l'arbitrage commercial contemporain : l'émergence de l'arbitrage CCI (1920- 1958) », *Rev. arb.*, n° 2, 2016, p. 403-444.

⁴ Le droit français de l'arbitrage, Matthieu de Boisséson, Clément Fouchard, Jessica Madesclair, LGDJ, p 279

a changé : il n'est plus infâmant de contester une sentence quand bien même elle serait rendue par la Cour de la CCI.

Et puis il y a de nouveaux paramètres à prendre en compte, de nouvelles normes imposées : les sanctions internationales, les embargos, la possibilité (ou l'impossibilité) pour les parties d'accéder à l'arbitrage, pour les arbitres d'être rémunérés. Des normes particulières prennent une importance singulière du fait des risques qu'elles représentent et des difficultés procédurales. Par exemple, l'orateur s'intéresse au phénomène de l'offre d'arbitrage. Quand on veut recourir à l'arbitrage, à quelles règles sommes-nous soumis ? Le droit du siège ? Le règlement d'arbitrage ? Les annexes du règlement ? Les notes de l'institution qui précisent le règlement ? Les notes et toutes les interprétations qui corrigent les notes ? Quel est le périmètre du champ contractuel ? Qui va régler la relation ? Ce n'est pas anodin, des litiges devant les juridictions étatiques ont été portés.

D'autres règles, dont on parle beaucoup dans la presse, règles en matière sociétale, environnementale sont à regarder car il y a un enjeu économique. La modernité du droit, son attractivité vont être déterminantes au regard des préoccupations économiques voire géopolitiques des acteurs de l'arbitrage. Il n'existe pas une communauté de pensée internationale. Certains dans le monde, mécontents de la conduite de la procédure arbitrale, vont se précipiter chez le juge d'état pour obtenir une *anti-suit injunction*. Le « personnel » de l'arbitrage se multiplie, le niveau est hétérogène, la connaissance n'est pas uniformément partagée, il faut former ces acteurs, mais dans quelle langue par exemple ? Pour la bonne conduite d'une procédure arbitrale, les considérations logistiques entrent aussi en ligne de compte : des transports en commun sont nécessaires, des capacités d'hébergement, des salles d'audience. Tous ces éléments sont importants pour sécuriser l'arbitrage.

Le régime d'assurance des arbitres et des centres d'arbitrage devrait être revisité. La sécurisation des centres d'arbitrage par les pouvoirs publics est à surveiller, de même le développement anarchique dans certains pays des centres d'arbitrage. La perspective historique que nous avons vue ce soir conduit à la prudence.

Compte-rendu rédigé par Béatrice Castellane