

## **Le lieu de l'arbitrage et son importance**

**Habib MALOUCHE**

**Président du C.M.A**

La liberté du choix du lieu de l'arbitrage est l'un des rares avantages restant aux parties du fait d'une judiciarisation et de l'institutionnalisation excessive de cette résolution des litiges internationaux supposée encore conviviale.

En effet, cette liberté permet de s'entendre sur le lieu de la procédure, qui serait la place idoine pour garantir les commodités des audiences, le bon déroulement de l'arbitrage et l'exécution des sentences.

La détermination du lieu d'un commun accord favorise l'accomplissement de l'arbitrage et minimise les frictions et autres manœuvres dilatoires, grâce aux conséquences objectives qui en découlent quant à l'accès aux tribunaux judiciaires, à l'initiation de l'arbitrage par la constitution du collège arbitral, à la fixation des règles de procédures et au recours contre les sentences notamment.

La fixation du lieu par les parties qui serait de règle en arbitrage institutionnalisé, ne semble pas très certaine en arbitrage ad hoc.

En cas de silence des parties, cette fixation diffère selon que l'arbitrage est ad hoc ou administré par un règlement, comme elle diffère selon les pays, voire les juridictions, ce qui la rend délicate surtout après l'éclosion du différend lorsque les parties sont déjà entrées dans un environnement conflictuel peu apte aux concessions.

Le présent papier se propose de définir la notion de lieu de l'arbitrage, les modalités de sa fixation et son importance dans l'initiation de la procédure, ainsi que dans l'établissement de la résolution et son exécution.

### **La notion de lieu de l'arbitrage :**

1/ Lors des négociations contractuelles, il est rare que l'on débattenne, plus que de besoin, de la clause compromissoire qui est reléguée en fin de contrat et que l'on insère après que l'accord soit intervenu sur les dispositions techniques et commerciales, considérées à juste titre comme primordiales.

2/ La clause de juridiction optant pour une résolution amiable et conviviale des litiges éventuels, se présente en outre dans des dispositions générales omettant souvent la mention du lieu de l'arbitrage et de l'instruction.

3/ Il paraît toutefois qu'une tendance se dessine en Occident notamment, lors de l'établissement de contrats internationaux importants, vers un plus grand soin apporté, dès le début des négociations, à l'étude des clauses de juridictions et compromissoires et à leur contenu.

Ceci résulte du recours de plus en plus développé, aux spécialistes de l'arbitrage et aux juristes, désormais présents en amont de l'établissement des relations, et contribuant ainsi à éviter les dispositions pathologiques et autres sources de différends.

4/ Nonobstant cette avancée, nombreux sont encore les rédacteurs de contrats peu versés dans la pratique et les subtilités de l'arbitrage international, notamment au sud de la méditerranée, qui ne perçoivent que faiblement l'importance du choix du lieu de l'arbitrage dans le bon déroulement de l'arbitrage et dans l'exécution des décisions prononcées.

5/ La notion de siège de l'arbitrage qui paraît claire de prime abord, a évolué avec la judiciarisation excessive de la procédure arbitrale durant ces vingt dernières années.

6/ Le vocable utilisé tour à tour a été le siège de l'arbitrage, le siège du tribunal arbitral, le lieu ou place de l'arbitrage, le lieu des réunions des arbitres, le lieu des audiences, le siège du centre administrant l'arbitrage et enfin le lieu de rattachement.

Les usagers anglophones utilisent les vocables de « place » ou de « seat » of arbitration, qui diffèrent du lieu des audiences ou « hearings ».

7/ La littérature arbitrale et l'usage retiennent souvent le vocable du « lieu » de l'arbitrage lieu qui constitue le vecteur de rattachement de la résolution à un for judiciaire dont « les autorités étatiques seront compétentes pour coopérer » voire assurer le bon déroulement de l'instance et « connaître des recours éventuels ».<sup>1</sup>

De fait les termes lieu et siège seront utilisés sans distinction.

8/ Au-delà du vocable, le lieu de l'arbitrage se définit comme le lieu où se déroule la procédure, les audiences et réunion de l'instruction et des délibérés, puis celui de la signature de la sentence ; autant d'éléments fondant le rattachement à un système juridique déterminé.

9/ Avec la multiplication des cas internationaux nécessitant de nombreux et coûteux déplacements, l'unité du lieu pour la réalisation de tous les actes, a souvent été cause de gênes injustifiées<sup>2</sup>, et quelque fois dangereuses<sup>3</sup>.

10/ C'est ce qui a amené l'usage suivi par les législations, de différencier le lieu de l'arbitrage déterminant le rattachement, de la place des réunions et d'instruction de l'affaire.

11/ C'est ainsi que la loi modèle qui prévoit dans son article 20-1 la fixation du lieu de l'arbitrage, stipule dans le paragraphe 2 que « le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation des consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces ».

12/ Il en est de même de nombreux règlements tel celui de la C.C.I qui indique dans son article 14 (parag 2 et 3) qu'« A moins qu'il n'en été convenu autrement par les parties ou

---

<sup>1</sup> M. de Boissezon : Le droit français de l'arbitrage GLN JOLY p.733

<sup>2</sup> Dans un cas où la clause a fixé le lieu à Genève, le tribunal ayant établi la sentence à Paris s'est cru obligé de déléguer l'un des arbitres pour signification de Genève après s'y être déplacé.

<sup>3</sup> Dans un cas où un Etat en délicatesse avec les droits de l'homme devait être condamné dans un arbitrage, le tribunal a été appelé à n'émettre sa sentence qu'une fois hors du lieu de l'arbitrage.

après les avoir consultées, le tribunal arbitral peut tenir des audiences et réunions en tout autre endroit qu'il estime opportun », et y délibérer.

Ces développements appellent l'examen des modalités du choix du lieu de l'arbitrage.

### **La détermination du lieu de l'arbitrage :**

13/ Elle est effectuée par les parties avant le litige lors de l'établissement de la clause compromissoire. En cas de silence ou d'omission elle s'inscrit après l'éclosion du différend dans la rédaction du compromis ou tout autre acte définissant la mission de l'arbitre.

La fixation aura des effets et conséquences qui seront analysés plus avant.

14/ Mais lorsque les parties n'arrivent pas à un accord sur ce point, la fixation est du ressort de l'institution spécialisée lorsqu'il s'agit d'un arbitrage administré<sup>4</sup>.

Lorsque l'arbitrage est ad hoc ce sera à l'arbitre de décider du lieu de l'arbitrage comme le stipule la loi modèle de l'Uncitral<sup>5</sup> et/ou les codes et lois nationaux régissant l'arbitrage<sup>6</sup>. (à remarquer que le droit italien n'oblige plus l'arbitre à désigner le siège dès la première réunion)

15/ Enfin, pour certains arbitrages de l'Europe de l'Est et certains arbitrages spécialisés de qualité, c'est la législation nationale ou les règlements spécifiques qui fixent le lieu de l'arbitrage d'une façon obligatoire<sup>7</sup>. Mention doit être faite de la loi italienne qui appelle à suivre le critère de la conclusion du contrat ou de la convention et de préférer Rome pour les étrangers.

16/ En tout état de cause, la désignation du lieu de l'arbitrage par des tiers risque de poser des problèmes, si l'une ou l'autre des parties émet des réserves sur le soin apporté à assurer l'égalité des parties dans le choix du lieu et sa neutralité.

### **Les motifs de préférence des choix :**

17/ Un centre d'arbitrage choisit en général son siège comme lieu de l'arbitrage pour les commodités et les facilités de l'administration des cas.

Il peut être amené à opter pour une autre ville, compte tenu de considérations économiques de coûts et de commodités de la réalisation d'un procès équitable et de la reconnaissance, voire de l'exécution des sentences<sup>8</sup>.

Un lieu, même fixé dans une clause peut être remplacé pour des considérations sécuritaires<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> L'art 14-1 du règlement C.C.I stipule qu'il incombe à la Cour de fixer le lieu de l'arbitrage à moins que les parties n'en aient convenu.

<sup>5</sup> Art 20 al 1.

<sup>6</sup> Art 55 du code tunisien de l'arbitrage. Art 1494 du code français de procédure Art 24 de la loi espagnole de 88.

<sup>7</sup> Règlement de la C.C. de l'URSS- paragraphe 9 règlement du R.S.A de Londres....

<sup>8</sup> Tunis a souvent été choisie comme lieu de l'arbitrage quand une des parties relève d'un Etat non signataire de la convention de New York au seul motif que le dit Etat est lié avec la Tunisie par une convention judiciaire.

<sup>9</sup> Il nous a été donné après accord des parties dans un litige Algéro-Français de changer il y a une dizaine d'années Alger par Tunis lorsque les autorités françaises avaient invité leurs ressortissants à éviter l'Algérie à cause des événements terroristes de l'époque.

18/ Quant aux arbitres, outre la tendance à choisir le lieu de leur propre activité qui leur ferait économiser du temps et des frais, la côte d'amour va vers les lieux de dépaysement ou ceux agréables à vivre. Les arbitres du sud sont enfin enclins à favoriser les lieux occidentaux qui leurs permettent le plaisir de voyager mais aussi d'être rémunérés aux normes du Nord.

19/ Bien entendu, ces motifs restent complémentaires car le choix du lieu doit assurer la liberté d'ester, l'arbitralité, l'efficacité des supports techniques et juridiques ainsi que l'existence d'un environnement neutre permettant un « due process » et des recours loyaux.<sup>10</sup>

20/ Pour ce qui est de l'arbitrage au sud, le choix des parties se fixe majoritairement sur leur lieu d'activité par habitude de la gestion procédurale locale, car souvent le choix du lieu influe sur celui de la langue, de la procédure, de la loi du fond et des critères de fixation des frais dont on conteste la cherté.

Dans cet ordre d'idées, l'on préfère en cas de difficultés prévisibles, avoir affaire au juge d'appui que l'on connaît et en cas de recours au magistrat contrôleur que l'on estime, à tort ou à raison, enclin à plus de sollicitude envers la partie nationale, que de se lancer dans des régions étrangères plus ou moins inconnues.

21/ Il est patent enfin que la présence en un lieu d'un centre d'arbitrage actif et renommé, favorise le choix de son siège pour le déroulement de l'arbitrage.

Au vu de ce qui précède, il serait intéressant de se référer à certaines statistiques pour se rendre compte de la réalité des choix du lieu de l'arbitrage.

22/ En effet les chiffres publiés par la C.C.I pour 2007<sup>11</sup> montrent que près de 86 % des cas enrôlés portent accord sur le lieu de l'arbitrage contre 80% en 88 alors que la cour a substitué dans plus de 14 % des cas l'absence de fixation par les parties.

Il ressort en outre des chiffres établis, que les villes les plus choisies étaient Paris : avec 108 arbitrages, Genève 56, Zurich 36 et Londres 58, contre 3 en Egypte, 1 au Qatar, et 1 au Emirates.

Cette même publication indique en outre que seul le Caire a été désigné au sud de la Méditerranée par la Cour, contre 24 en France, 15 en Suisse, 5 en Autriche, 4 en Suède, 3 aux Pays Bas, et 1 en Belgique, 1 au Canada et 5 au Royaume Uni.

### **Les coûts de l'arbitrage et le choix du lieu de l'arbitrage :**

23/ De prime abord le choix du lieu dans la clause compromissoire ne semble pas dépendre des considérations de coûts futurs d'un litige éventuel et somme toute aléatoire.

24/ Toutefois devant le bond excessif des frais de l'arbitrage réalisé notamment dans les pays occidentaux, les usagers commencent à s'intéresser à cette composante et certains, de plus en plus nombreux, intègrent le paramètre coût pour délocaliser les arbitrages vers des capitales tel le Caire ou Tunis après étude du rapport qualité/prix.

---

<sup>10</sup> Dans un arbitrage siégeant dans une ville du Moyen Orient, il y a quelques temps déjà, il a fallu découvrir la seule machine à écrire en français chez la seule société exportatrice de savonnettes vers l'Europe, pour taper la sentence rédigée en français.

<sup>11</sup> Bulletin de la Cour de la C.C.I vol 19. n°1 2008.

25/ On assiste même dans certains litiges au sud, à des accords de reniement de clauses institutionnalisées au profit d'arbitrages ad hoc lors de l'établissement de compromis. Le Règlement initialement destiné à régir l'arbitrage n'a plus pour mission que de régler la procédure.

26/ Le premier cas ci-dessous donne un exemple de coûts d'un arbitrage moyen institutionnalisé à Paris<sup>12</sup>.

Un second cas donne les coûts d'un arbitrage similaire ad hoc résolu à Tunis en 2008<sup>13</sup>.

Le tableau ci-dessous donne quelques éléments de réflexion<sup>14</sup>.

27/ Bien que les coûts diffèrent d'un centre à un autre dans une même ville, et selon que les lieux de l'arbitrage soient dans un pays ou un autre, il apparaît qu'il y a une différence notable entre le nord et le sud de la Méditerranée à compétence égale.

28/ Loin de toute publicité pour tel ou tel centre, il est patent que les taux, normes et justifications sont différentes et semblent justifiés ; ce qui le paraît moins, c'est l'assimilation des honoraires entre arbitres du nord et du sud du seul fait du lieu de l'arbitrage au Nord.

Ce problème bien que marginal, ne semble curieusement pas intéresser outre mesure la réflexion sur les coûts aux Mid-Med contrairement au Sud Est Asiatique (A.D.R juillet 8.p 90).

29/ Il reste que globalement, et si l'on choisit bien l'arbitre, les coûts seront plus bas et mieux acceptés quant le lieu est au sud et que la procédure est ad hoc.

**Les conséquences de la fixation du lieu de l'arbitrage :**

30/ Conscients de l'importance du lieu de l'arbitrage dans la réussite de la procédure, auteurs et praticiens insistent sur sa détermination par les parties dans la clause compromissoire ou dans les compromis.

31/ Nonobstant, le choix du lieu produit des effets et conséquences dont le principal se rapporte au rattachement de la résolution à l'ordre juridique étatique du for<sup>15</sup> ?

---

<sup>12</sup> Dans un cas vécu arbitré à Paris en 2007 les frais de l'arbitrage (administratifs, honoraires d'arbitres) se sont élevés à 230 M\$ soit 15. M + 215. M pour une demande de 700 M\$) ce qui représente près du tiers de la demande.

Les honoraires de l'avocat à Paris ont été le double de celui de Tunis ayant la même formation soit 90 et 40 M.\$.

<sup>13</sup> Pour une demande de 5 millions de \$ les honoraires des trois arbitres se sont élevés à 50.000 \$ soit quatre fois moins qu'à Paris.

<sup>14</sup>

Centre	Frais administratifs	Honoraires d'arbitre	Moyenne par arbitre	Coût approximatif
C.C.I Paris	32.800 \$	21.000 – 103.000	62.000	220
S. Euro-Arabe-Paris	5.000 – 50.000 Moyenne 25.000	5.000 – 50.000	27.000	105
C.A Tunis	1.500 – 5.000 Moyenne 4.000	5.000 – 27.000	16.000	54

<sup>15</sup> Voir : M. Rubino Sammartano in « International Arbitration law » Kluwer p.325.

: Fouchard Gaillard et Goldman in « Traité de l'Arbitrage Commercial International » litée index p.1197.

32/ Il va de soi que les arbitrages réguliers ainsi que les sentences exécutées spontanément, sans retard ni réserves, ne sont nullement impliqués de facto dans un ordre juridique national.

Il en est de même s'il s'agit de reconnaissance ou d'exclusion de recours pour les parties non résidentes<sup>16</sup>.

33/ Il reste que l'arbitrage, malgré une autonomie croissante, reste rattaché à la loi du lieu de l'arbitrage quant à l'initiation, au déroulement, à la fin de la procédure et lorsqu'il s'agit de l'exécution forcée de la décision arbitrale.

34/ Ainsi le lieu de l'arbitrage déterminant le lieu du prononcé de la sentence, l'usage imposait il y a quelques années que la signature effectuée se fasse au lieu de l'arbitrage avec la mention « fait à ..... » le « ..... »...

35/ La flexibilité introduite depuis la loi modèle et les règlements amendés, permet la signature par courrier tournant surtout lorsque les arbitres résident dans des pays différents, ces signatures étant réputées effectuées au siège de l'arbitrage. Par ailleurs la signature électronique garantie techniquement, constitue une facilitation réelle de plus pour l'arbitrage.

### **Lieu d'arbitrage et rattachement :**

36/ Des auteurs français notamment distinguent entre le rattachement fondé sur la convention d'arbitrage et la loi choisie par les parties, de celui reposant sur le caractère juridictionnel de l'arbitrage qui favorise les mécanismes processuels du lieu de l'instruction et du rendu de la sentence.

Globalement, il en découle que le lieu est souvent pris en considération pour décider du caractère obligatoire de la sentence (art V p.1 e) et du bénéfice des règles d'exécution de la convention de New York.

A signaler au passage les tendances des tenants de la *lex mercatoria*, prouvant une autonomie maximale de l'arbitrage international vis-à-vis des cadres étatiques<sup>17</sup>.

### **Compétence de la loi du siège :**

37/ Le caractère conventionnel de l'arbitrage impose la loi d'autonomie pour définir la compétence, mais le caractère juridictionnel de la mission arbitrale impose l'application de la loi du siège dans certains pays.

38/ C'est la loi du siège qui règle la procédure subsidiairement dans certains Etats et impérativement dans d'autres.

Afin de faciliter les rapports avec la justice locale, le droit du lieu de l'arbitrage est souvent suivi à titre subsidiaire dans la procédure ; toutefois certaines législations obligent les arbitrages se déroulant sur leurs territoires à appliquer les règles de procédures locales (ex. droit Néerlandais de 1986 imposant de soulever la nullité in liminalités devant l'arbitre (art 1039) le droit de l'arbitre d'adaptation d'un contrat ou de comblement (art 1020) le droit du juge de joindre deux instances arbitrales (1046).

---

<sup>16</sup> Article 78 al 6 du code tunisien de l'arbitrage.

<sup>17</sup> Fouchard Goldman Gaillard p.53.

39/ Dans un ordre d'idée jugé libéral, la jurisprudence française admet la régularité de procédures effectuées hors du lieu de l'arbitrage par les parties au motif qu'aucune disposition légale n'oblige l'arbitre à effectuer en un même lieu tous les actes<sup>18</sup>.

40/ En cas de divergences sur le statut de l'arbitre ou de différend sur le contrat d'arbitrage, contrat *suis generis* et dépourvu d'*instrumentum distinct*, le rattachement naturel sera celui du *for* en cas de silence des parties.

41/ Lors de la composition du tribunal arbitral, en cas de silence rare des parties, c'est le droit du siège qui gouverne ce point avec quelques prudenances afin d'adapter consentement des parties et rigueurs réglementaires.

42/ Concernant les délais du rendu de la sentence certains droits laissent leur fixation à l'autorité de l'arbitre en cas de désaccord ou silence des parties (Art 24 code tunisien) alors que d'autres, tel le droit français, stipulent qu'elle est du ressort du juge.

43/ Le droit applicable au fond relève du principe d'autonomie.

En système continental, le choix du lieu n'emporte aucunement fixation de la loi du *for* contrairement à la philosophie du système de *common law* et à certains règlements spécialisés (R.S.A Londres) ici comme ailleurs la clarté des options est nécessaire.

Concernant l'application par les arbitres des règles de conflits, l'on se rappelle la conception aujourd'hui dépassée qui affirmait que « les règles de rattachement en vigueur dans l'Etat du siège de l'arbitrage doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond ».

44/ Aujourd'hui en Europe du moins et depuis 1994, « le choix du droit applicable en arbitrage n'est pas lié par la loi nationale du tribunal saisi, contrairement aux tribunaux ordinaires ».

#### **Lieu et arbitralité :**

45/ Alors que le monde occidental, à la suite de la réunion du 5.9.1988 de l'institut du droit international, a adopté le principe selon lequel une entité étatique ne peut invoquer son incapacité de conclure pour refuser un arbitrage auquel elle s'est engagée, certaines législations du sud entretiennent un flou sur la confirmation d'un ordre public international dans l'appréciation de l'arbitrabilité objective d'un litige.

46/ Lors du choix du lieu on devrait auparavant s'enquérir par précaution, des droits de compromettre des *lex fori* notamment quand les cultures juridiques sont différentes dans des pays qui rechignent encore, faute de confiance, à accepter véritablement l'arbitrage privé et son développement.

Cette question soulèverait le problème des pouvoirs de compromettre des entités publiques qui ne sera pas abordé ici.

#### **Lieu et droit de procédure :**

47/ Choisir un lieu n'a pas pour conséquence automatique de suivre sa loi de procédure dans l'arbitrage.

---

<sup>18</sup> Fouchard Goldman Gaillard p.691.

Cette position est confirmée tant dans les textes que par l'usage international depuis que la résolution prise par IDI à Sienna en 1952 ait été reformée par les législations récentes et notamment par la loi modèle de l'Uncitral (art 19-1), du moins en système de droit continental, la common law restant isolée.

Les auteurs français résument le fait par l'adage suivant «l'arbitre n'a pas de for ».

48/ Même si le droit applicable au cas est étranger à la loi du for, il serait prudent de s'enquérir des éventuelles dispositions impératives des lois compétentes dans le contrôle des décisions, et l'exequatur des sentences, voire de celles destinées à l'appui et à la prise de mesures provisoires et conservatoires qui ne seraient pas du ressort de l'arbitre.

49/ Il y a lieu ainsi de s'accommoder des dispositions d'ordre public de l'Etat du lieu où sera intenté un recours.

En fait, les exigences des lois du siège recourent en général l'ordre public procédural du contradictoire, des droits de la défense et du traitement égal des parties.

50/ D'autres règles qui sont supplétives et concernent le défaut, les témoins, les experts, la production des pièces, les règles de preuves etc... gagneraient à être connues ainsi que la jurisprudence locale.

Dans certains sièges comme à Tunis, les appréhensions vis-à-vis des réactions des juges d'appui ou du contrôle, obligent les usagers à suivre rigoureusement la procédure judiciaire par peur de possibles réactions intempestives de magistrats non contents du trop de libéralisme octroyé à l'arbitrage et souvent insuffisamment informés de ses spécificités.

Cet usage prudent enlève toutefois à l'arbitrage certaines caractéristiques et avantages d'allègements procéduraux et allonge indûment les délais.

51/ Quant aux normes applicables à la validité de la convention d'arbitrage, il faut rappeler qu'en terme de conflits de lois elles peuvent se rattacher à la loi du lieu de l'arbitrage. Cette solution est néanmoins contestée surtout si la valeur locatrice du for s'avère fragile du fait de sa détermination par des tiers dans le silence ou de désaccord des parties (affaire ETAP –BOMAR)

52/ Lorsqu'il échet à l'arbitre ou à un autre tiers de choisir le lieu, il doit rechercher les critères les plus idoines pour que le choix soit irréprochable.

Outre les critères déjà esquissés en début de ces lignes il y a lieu de noter :

- la loi applicable
- la loi d'exécution de la convention

Ces deux indices ne sont pas exempts de critiques ; on leur reprochera faute d'accord des parties, de réanimer les jurisprudences dépassées considérant que le choix du siège présuppose la volonté de soumettre la convention à la loi du for et vice et versa.

53/ Enfin, il est normal que ce soit la loi du for qui détermine le juge compétent et le degré de juridiction.

Dans beaucoup de législations, il échet à la Cour d'appel du siège de reconnaître des arbitrages internationaux et des sentences.

La loi tunisienne accorde au seul président et à la Cour d'appel de Tunis la compétence en la matière même si le lieu est situé dans d'autres villes de Tunisie.

La loi espagnole décide (Art 39) que la mise en œuvre de l'arbitrage est du ressort du juge de 1<sup>er</sup> instance, que les recours se font devant l'Audiencia Provincial (Art 46) et que l'exequatur revient à la chambre civile de la cour suprême (Art 57).

### **Le lieu de l'arbitrage et l'exécution de la sentence :**

54/ Il est du devoir de l'arbitre, selon l'usage devenu formel, de faire tous les efforts pour que sa sentence soit susceptible de sanction légale<sup>19</sup>.

Certains centres tels celui de Milan garantissent dans leurs règlements une procédure correcte, transparente et rapide.

55/ Pour ce faire l'arbitre devrait normalement s'enquérir lorsqu'il a choisi le siège, des conditions d'accueil des sentences et arbitrages étrangers de la lex fori, d'autant que tous les pays n'ont pas adhéré à la convention de New York ou l'ont fait avec réserves, étant rappelé que certains régimes bilatéraux ou nationaux sont plus libéraux que la convention de 1958.

56/ Ainsi certains états favorisent-ils l'arbitrage étranger ou international pour attirer les résolutions sur leurs territoires<sup>20</sup> contrairement à d'autres qui ne font pas de différence entre arbitrage interne et international<sup>21</sup>.

Certaines législations améliorent les compétences d'appui et allègent le contrôle judiciaire des sentences<sup>22</sup>.

57/ En fait, la prise en considération de ces diversités n'avait d'intérêt que dans les rares cas où la procédure donnait lieu à un recours dans une ère où les exécutoires spontanées et immédiates étaient la règle.

C'est alors que les parties, qui ont exclu la justice officielle de toute résolution, se voient obligées d'y recourir pour exequatur ou contestation.

58/ Il semble que ces situations sont aujourd'hui beaucoup plus fréquentes du fait d'une certaine dérive de l'arbitrage due à la judiciarisation et à l'institutionnalisation excessives décriées par feu Bruno OPPETIT.

59/ Ceci incite l'arbitre international à plus de vigilance et de précaution, ce qui requiert de plus grands soins lors de sa désignation. De fait les arbitrages confidentiels dont personne n'entendait parler au siècle dernier, ont cédé la place à des litiges en contact constant et régulier avec la justice officielle des pays du lieu de la procédure et de celui du lieu d'exécution requise en appui ou en recours pour annulation<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Cette règle générale inscrite à l'art 35 du règlement de la C.C.I semble de plus en plus relever de l'exercice de style dans la pratique, les centres et arbitres se désintéressant de l'avenir de la sentence dès son rendu.

<sup>20</sup> A titre d'exemple certains codes tel le tunisien de 1993 dispose t il d'un chapitre applicable aux arbitrages internes et d'un différent pour les arbitrages internationaux.

<sup>21</sup> Tels les Pays Bas, l'Autriche et la Grande Bretagne.

<sup>22</sup> La loi autrichienne limite les griefs recevables : art 595 al 6.

Les lois belge de 1985 et le code tunisien de 1993 art 78-6 excluent certains recours devant les juridictions du siège.

<sup>23</sup> La C.C.I vient d'ouvrir un hearing center à Paris. Il est à espérer que les activités ne soient pas affichées à l'entrée pour la publicité.

60/ Pour certains pays le contact se situe encore lorsqu'il s'agit de la prise de mesures provisoires ou conservatoires pendant l'instance arbitrale, certaines législations déniaient encore ces prérogatives au tribunal arbitral même déjà constitué.

**La localisation de l'arbitrage et le devenir de la sentence :**

61/ Les contacts des usagers de l'arbitrage international à la fin de la procédure se situent à propos de la sentence qui devait être exequaturée ou reconnue lorsqu'elle n'est pas exécutée spontanément, où lorsqu'elle est contestée et qu'elle fait l'objet d'un recours.

62/ Le principe généralement adopté de nos jours est que la juridiction du lieu de l'arbitrage connaît des recours, de la reconnaissance et de l'exequatur.

**Les recours contre la sentence devant le juge du for :**

La loi modèle de l'uncitral stipule dans son art 34 que le recours exclusif contre la sentence arbitrale est la demande d'annulation. L'adhésion de nombreux pays à cette loi tend à restreindre les voies de recours à cette seule voie.

La sentence ne peut être annulée qu'en cas de preuve :

- D'incapacité.
- De convention non valable selon la loi qui la gouverne ou la loi du for.
- De non information de la désignation d'un arbitre, de la procédure ou d'impossibilité de faire valoir ses droits par une partie.
- De décision sur un différend non visé par le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire.
- De décision dépassant les termes de la convention.
- De non-conformité de la constitution du tribunal arbitral ou de la procédure à la convention des parties conforme à la loi applicable.
- De non arbitralité du différend selon la loi applicable.
- De contrariété de la sentence à l'ordre public de l'Etat intéressé (certaines lois parlent de violation).

63/ En fait, les lois nationales de procédure diffèrent sur les recours et il est nécessaire de s'y référer pour s'informer des voies encore en usage<sup>24</sup>.

64/ Rappelons que c'est le tribunal du siège qui est compétent pour connaître du recours en annulation après avoir appuyé la mise en place du collège arbitral et veillé à l'application des dispositions impératives de procédure.

Dans certaines législations telles la française, le code de procédure civile (chap II) dans son article 1504 stipule que le recours en annulation en matière internationale ne concerne que les sentences rendues en France.

65/ En cas de conflit sur la compétence du juge du lieu et de celui choisi par la règle de procédure, la prédominance est souvent donnée en droit comparé au juge du for<sup>25</sup>.

Dans cet ordre d'idées le code tunisien de 1993 qui ne précise pas dans son article 78 que les sentences susceptibles d'annulation doivent être rendues en Tunisie se rachète dans

---

<sup>24</sup> Voir répertoire pratique de l'arbitrage C.I Faculté de Liège en y intégrant les innovations des nouvelles lois du Maroc, de l'Algérie, de l'Italie, de Syrie et de l'Espagne.

<sup>25</sup> Seul le tribunal du lieu de l'arbitrage est compétent de l'annulation d'une sentence internationale du fait de ce seul rattachement si l'on excepte les droits Allemands et Anglais.

l'article 47-2 pour adhérer à la compétence du lieu de l'arbitrage.

Il y a lieu de remarquer qu'en matière d'exécution et de reconnaissance l'article 81 de ce code indique bien que l'annulation est du ressort du juge du lieu ou de celui désigné en vertu de la loi de procédure.

66/ Pour ce qui est de l'effet suspensif du recours, il y a en droit comparé quelques diversités qu'il y a lieu de prendre en considération lors du choix du lieu de l'arbitrage ou du droit de procédure. A titre d'exemple il y a lieu de retenir que l'art 58-3 du code tunisien suspend la procédure arbitrale en cas de requête en récusation d'arbitre et ce contrairement à la loi modèle (art 13) qui permet la continuation de l'arbitrage pendant l'instruction par le juge.

67/ La décision annulant la sentence internationale la met à néant dans certains droits tels le français, alors que le code Tunisien (art 78-5) permet à la Cour d'Appel de Tunis de statuer au fond si toutes les parties le lui demandent. A signaler dans le même sens l'article 830-2 de la loi italienne.

Lorsqu'on choisit un lieu d'arbitrage, rappelons que parmi les critères du choix il y a la possibilité d'exécution de la sentence ou de sa reconnaissance conformément à la convention de New York ainsi que les facilités locales ou nationales offertes à une sanction régulière des décisions.

68/ Il y a lieu de considérer en outre l'équité de la jurisprudence et des magistrats du lieu, leur libéralisme et leur concordance avec la légitime attente des usagers de bénéficier d'un « due process ».

69/ L'institution du juge d'appui, à condition que ce dernier estime bien son rôle consistant à faciliter la procédure arbitrale, et non à la charger au motif que les textes sont insuffisants ou silencieux<sup>26</sup>, est d'un apport précieux.

70/ Le contrôle de la sentence est le bien venu dans une forme acceptable. Tout laxisme ou excès de flexibilité risque de donner à des arbitres indécis plus de pouvoirs que le juge lui-même, et leur laisser la liberté d'abuser de ces pouvoirs sans encourir, ni responsabilité, ni recours réparateurs sérieux.

En effet, certains avancent que la jurisprudence française par exemple, est entrain de renvoyer les parties à leur propre responsabilité du choix de l'arbitrage, amenuisant le contrôle. Il semble pour les étrangers surtout, que l'arbitrage français, qui a éliminé en même temps l'appel, la tierce opposition, le recours en révision et l'action en inopposabilité, allège trop le contrôle qui risque de devenir trop superficiel<sup>27</sup>.

### **Localisation des recours et essais de délocalisation :**

71/ Comme déjà exposé, le recours en annulation de la sentence en arbitrage international n'est ouvert que devant les tribunaux du siège du rendu de la sentence et ce en accord avec les dispositions de la convention de New York, de la loi modèle de l'Uncitral, et des lois nationales (à titre d'exemple le code tunisien de l'arbitrage Art 78).

---

<sup>26</sup>Un juge tunisien a refusé de désigner un arbitre à la place d'une partie récalcitrante au motif que la loi n'a prévu explicitement que de nommer le tiers arbitre.

<sup>27</sup> Certains usagers regrettent que la Cour de Paris semble laxiste dans la sanction des défauts de contradictoires ou les contradictions des motivations qui affectent en principe le traitement égal des parties.

72/ Le contrôle de la sentence par le juge du siège, bien que fondé sur des éléments objectifs, peut différer de celui d'une autre juridiction étrangère d'un pays d'accueil où l'on requiert la reconnaissance ou l'exécution de la sentence.<sup>28</sup>

73/ L'harmonisation nécessaire du contrôle de la sentence effectuée par la convention de New York qui a affirmé l'effort international d'encadrement de l'annulation de la sentence par le juge du lieu de l'arbitrage, semble remise en cause notamment à partir des années 80 où des sentences annulées par le juge du for ont commencé à être reconnues et exécutées ailleurs.

74/ Les cas les plus connus sont : L'affaire Norsolor où la Cour de Cassation Française décide en 1984 de reconnaître une sentence annulée à Vienne au motif que le juge français ne peut refuser l'exequatur autorisé par son droit national<sup>29</sup>.

: L'affaire Hilmarton où la Cour de Cassation Française décide en 1997 que la sentence prononcée en Suisse et annulée à Genève est définitivement reconnue en France<sup>30</sup>.

: L'affaire Chromalloy où la Cour d'Appel de Paris a déclaré en 1997 exécutoire une sentence rendue en Egypte et annulée par la Cour du Caire<sup>31</sup>. Le principe de cette décision aurait reçu confirmation par le tribunal de Columbia en 1996 qui en fait est arrivé au même résultat mais par une argumentation peu convaincante<sup>32</sup>.

: L'affaire Rena Holding Putrabali où la Cour de Cassation Française a décidé en juin 2007 de recueillir dans l'ordre juridique français, aux seules conditions posées par ce dernier, la sentence rendue à Londres en avril 2001 et partiellement annulée par la High Court<sup>33</sup>.

75/ Il y a lieu de remarquer que ce mouvement de délocalisation ne s'est manifesté qu'en France et qu'il ne semble pas avoir prospéré ailleurs.

76/ Brièvement et sans relater les nombreuses controverses entre auteurs, il semble que la jurisprudence française voudrait instaurer un principe qui permet au juge français d'accueillir une sentence annulée par celui du siège, « en contrôlant la conformité de la sentence elle-même, et non de la décision rendue à son sujet, aux exigences du droit commun français ». L'appréciation de la validité de la sentence n'est plus l'apanage du juge du lieu mais se trouve être partagée avec le juge d'accueil qui possède la force publique de l'exécution forcée.

Cette jurisprudence reçoit l'accord de la doctrine française et la critique des étrangers (illustré par la fameuse réponse de Poudret à Fouchard).

---

<sup>28</sup> PH. Fouchard R-Arb 1997 n°3 p.329

<sup>29</sup> Goldman : R-Arb 1983 p.379.

<sup>30</sup> Heusé : R-Arb 1993 p.179.

<sup>31</sup> P. Fouchard : Op cit p.341...

<sup>32</sup> J.V.Den Berg Bulletin de la C.C.I. Nov 98-vol 2 p.16

<sup>33</sup> E. Gaillard B-Arb 2007 n°3 p.517

77/ La Cour de Cassation Française aurait voulu conforter ce principe dans l'arrêt *Rena Putrabali* en y apportant une motivation supplémentaire et ce en indiquant que « la sentence internationale qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays ou sa reconnaissance et son exécution sont demandées ».

78/ De fait, la jurisprudence ci-dessus, non contente de vouloir restreindre les prérogatives du juge du lieu du siège, va jusqu'à déclarer que la sentence n'est intégrée nulle part, pas plus dans l'ordre juridique du siège, que dans quelque autre ordre, étant une simple « décision de justice internationale ».

79/ Bien que peu nombreux, ces cas prônant la délocalisation, n'ont pas moins fait couler beaucoup d'encre par des écrits sur les articles relatifs à la convention de New York.

80/ Mais alors qu'ils perpétuent une constante de la jurisprudence française, l'affaire *Américano-Colombienne Termo-rio*, vient au contraire de conforter le principe de la localisation. En effet, la Cour d'appel du district de Columbia vient elle de refuser l'exécution de la sentence colombienne annulée par le conseil d'état de ce pays<sup>34</sup>.

Pour conclure ces brefs développements sur des cas qui ne semblent pas avoir trop préoccupé les milieux arbitraux du sud, l'on constate que la primauté est toujours reconnue au juge du rendu de la sentence pour coordonner, voire harmoniser les contrôles de régularité et de validité.

Certes cette coordination du contrôle n'est pas exempte de dangers dans la mesure où la localisation serait contradictoire au régime d'autonomie de la convention et aux principes de la validité de celle-ci<sup>35</sup>, mais il n'y a pas lieu, sans une réflexion commune, de prôner une délocalisation qui ferait perdre à l'arbitrage du sud les quelques principes et repères qu'il assimile lentement et avec difficultés.

Si l'on devait adhérer à l'exception française, qui tend en toile de fond à l'instauration d'un ordre juridique arbitral international, cela nécessiterait une initiative objective internationale, voire régionale, qui n'exclurait pas, comme c'est encore le cas, les Etats en voie de développement arbitral, lesquels sont encore à se chercher en la matière<sup>36</sup>.

Ph Fouchard préconisait il y a dix ans une solution radicale : « instituer un contrôle unique international sur les sentences rendues par un tribunal international qui en contrôlerait la régularité et la validité et dont les décisions seront imposables à tous les Etats à l'instar du Cirdi.<sup>37</sup> Devant les difficultés, il proposait l'abolition du recours en annulation et son remplacement par le contrôle lors de la requête en exécution ou en reconnaissance, ce qui donnera lieu à une relocalisation, auprès du juge du tenant de la force publique lors d'exécution forcée.

---

<sup>34</sup> J. Paulsson *Rev-Arb* 2007-3 p.553

<sup>35</sup> A. Mourre *Rev-Arb* 2008-2

<sup>36</sup> Redfern, Hunter, Smith, et Robine *LGDJ* (p.241)

<sup>37</sup> Ph. Fouchard *Rev-Arb* 1997 n°3 p.350

## Conclusion :

Il y a quelques décennies, lorsque l'arbitrage était volontairement choisi, et qu'il n'occupait qu'une part marginale et peu étendue de la résolution commerciale internationale, fondée sur la confiance, son instrumentalisation était « artisanale » selon la qualification de B. Cremadès et il n'était pas destiné à enrichir les arbitres.

Les procédures rudimentaires, le choix des arbitres et celui du lieu de l'arbitrage ne posaient pas problèmes et l'exécution de la sentence étant spontanée, n'avait aucun besoin de la consécration institutionnelle de l'autorité de la chose jugée.

De nos jours, devenu le moyen incontournable de la résolution des litiges internationaux des affaires, fortement institutionnalisé, judiciairisé et juridictionnalisé, l'arbitrage apparaît comme une industrie, voire un commerce du luxe, ou tout un chacun ne cherche plus le règlement d'un différend « autrement » que par recours aux juges publics, mais un moyen de maximiser le coût de ses services.

(C'est dans ce contexte qui risque de dénaturer l'arbitrage qu'il faut interpréter l'arrêt de la chambre des Lords du 17.10.2007 dans l'affaire Fionatrust).

La convivialité assurait la célérité et la confidentialité et la majorité des arbitrages se dénouaient hors la sphère judiciaire en restant dans le cadre purement contractuel et de bonne foi.

Le comportement actuel en voie de généralisation qui fait de l'arbitrage un commerce, devrait en régler le cadre et l'éthique afin d'en sauver la morale et l'honorabilité. Ceci se fera selon le vouloir des usagers mais aussi des Etats souverains qui après les privilèges de juridiction utilisent les antisuit injonctions pour se dégager des effets de clauses compromissaires qui les engagent expressément.

C'est alors que la localisation reprend de l'importance lors du choix du siège de l'arbitrage.

A remarquer qu'il existe actuellement deux conceptions de l'arbitrage international qui commandent les pratiques et les usages concernant ce sujet.

-La première en vogue depuis l'établissement de la convention de New York et de la loi modèle qui donne au lieu de l'arbitrage toute son importance. Cette conception se pratique malgré les quelques imperfections qu'elle peut présenter lorsque le lieu se situe dans un pays ayant une culture arbitrale insuffisante et des usagers peu formés à la pratique de l'arbitrage et à ses évolutions continues, c'est d'ailleurs pour cela qu'il y a monopolisation des grandes cités européennes en tant que sièges des arbitrage Euro-Med-Mid.

-La seconde préférerait délocaliser l'arbitrage en reconnaissant au juge du pays d'exécution le droit de réanimer une sentence annulée par celui du lieu de l'arbitrage.

La solution qui est en discussion consisterait à remplacer le contrôle de la sentence par le juge du siège par le contrôle du juge d'exécution ; les impératifs déterminants seront donc ceux de la loi applicable du lieu d'accueil et non ceux du lieu de l'arbitrage. Elle ne semble pas pour autant mettre fin au débat.

Nonobstant toutes ces querelles doctrinales et jurisprudentielles, il reste qu'en l'état actuel des choses, le choix du lieu de l'arbitrage nécessite, surtout dans les pays Mid-Med,

beaucoup plus de soins et d'intérêts que les simples commodités matérielles des hôtels européens et des attraits touristiques et de loisirs.

Pour se voir choisir par les usagers du sud notamment, le siège doit réaliser les avantages réels et garantir les spécificités de l'arbitrage à savoir :

- Une procédure propre et soucieuse de l'égalité réelle entre les parties et des droits réguliers de la défense.

A cet égard, « le formalisme excessif que ne justifie la protection d'aucun intérêt et qui complique l'application du droit matériel » équivaudrait selon la tour fédérale Suisse à un déni de justice formel condamné par la loi (ch. Jonsson R. Arb 2008-1-p. 58)

- Des coûts économiquement acceptables par tous.
- Des recours sérieux contre les excès de pouvoirs d'arbitres irresponsables et des cours réceptives.
- La garantie d'une exécution logique et rapide.

*Tunis, Juin 2008*

**Annexe relative au dialogue Mid-Med**

**sur l'arbitrage et les ADR**

**Valencia 6-8 Novembre 2008**

En hommage à la mémoire de P.H Fouchard et considérant que la rencontre Med-Mid 2 de Valencia a pour but de poursuivre le dialogue entre les praticiens de l'arbitrage des deux rives de la Méditerranée et du Moyen Orient, il y aurait lieu de réfléchir sur les points suivants qui pourraient être débattus lors du Mid-Med 3 :

- L'institution d'un contrôle unique, international ou régional sur les sentences arbitrales du monde international des affaires.
- Cette institution qui peut se concevoir dans le cadre du projet de l'Union pour la Méditerranée, aurait pour mission d'annuler ou de confirmer les sentences régionales.
- Analyser les contrôles étatiques des procédures et résolutions à la lumière d'une convention modèle prenant en compte les spécificités et les systèmes juridiques des pays du Mid-Med.
- Réviser les voies de recours et remplacement de l'annulation par le contrôle de la reconnaissance et de l'exécution.
- Elaborer un plan régional sérieux de formation des usagers sans buts lucratifs où les frais de participation seraient symboliques.