

L'arbitrage international : la valeur patrimoniale de la clause d'arbitrage

La clause de règlement des litiges d'un contrat international est dotée d'une valeur patrimoniale très importante : elle peut en effet remettre gravement en cause l'équilibre économique du contrat. Il convient donc de garder à l'esprit certaines prescriptions essentielles lorsque l'on rédige cette clause : la recherche de la neutralité judiciaire, le fait qu'il faut porter plus d'attention encore au choix du siège de l'arbitrage qu'à celui du droit applicable et, enfin, qu'il y a lieu de privilégier les clauses d'arbitrage les plus simples possibles.

par Emmanuel Gaillard
Professeur à l'Université de Paris XII
Associé du Cabinet d'avocats internationaux Shearman & Sterling

Le plus souvent, la clause de règlement des litiges d'un contrat international, comme la clause de droit applicable, est rédigée à la fin de la négociation et les parties n'y prêtent guère d'attention. Souvent

encore, cette clause n'est pas négociée et se trouve reproduite à partir d'un contrat précédent ou, dans les contrats passés avec les Etats, est imposée par la partie étatique qui fera valoir que, pour diverses raisons tenant à sa souveraineté, elle ne peut accepter que la compétence de ses tribunaux internes ou un arbitrage sur son sol. Bien qu'elle soit fréquente, cette démarche, qui consiste à minimiser l'importance de la convention d'arbitrage, peut s'avérer particulièrement préjudiciable. Le choix d'un mode inapproprié du règlement des litiges peut en effet remettre gravement en cause l'équilibre économique du contrat et réduire à néant les efforts des négociateurs sur d'autres sujets. Toutes les clauses soigneusement négociées du contrat n'ont en réalité aucune valeur si elles ne peuvent pas être sanctionnées en justice en cas de différend ou si la sentence qui constate les droits de la partie privée est ensuite annulée par les juridictions nationales de l'une des parties au différend.

La première question à se poser en présence d'un contrat international n'est en effet pas de savoir quelles sont les obligations substantielles des parties ou quel est le droit applicable à ces obligations, mais **qui** va juger de leur respect ou de leur non-respect. Cette question est d'une particulière acuité en présence d'une partie étatique qui peut, au gré des changements de ses gouvernements successifs, décider d'exproprier ou de nationaliser les actifs de l'investisseur ou tout simplement de modifier le régime applicable au contrat, en amendant son régime fiscal ou douanier, par exemple. C'est la raison pour laquelle la clause de règlement des litiges d'un contrat international, qui est le plus souvent une clause d'arbitrage, est dotée d'une valeur patrimoniale très importante qui peut

équivaloir, à elle seule, à celle de l'ensemble des autres obligations du contrat. L'industriel fabricant d'une usine à qui son client doit 100 millions en FF à titre de solde du prix en fait parfois l'expérience : son conseil lui indique qu'il a un très bon dossier sur le fond mais qu'il est préférable de transiger pour 50 % de sa réclamation. Cela s'explique par le fait que le contrat prévoit un arbitrage dans l'Etat du client et que les risques d'annulation de la sentence à intervenir par les juridictions étatiques du client en cas de succès devant les arbitres sont très forts. Dans ce cas, la clause d'arbitrage dans un Etat neutre qui n'a pas été obtenue de la négociation du contrat peut être valorisée à 50 millions.

Quelques exemples à ne pas suivre

Avant de formuler quelques recommandations au sujet de la rédaction de la clause de règlement des litiges, il n'est sans doute pas inutile de donner quelques exemples, certes fictifs, mais développés à partir de situations tirées de la réalité, qui illustrent l'importance de cette clause.

Le premier exemple est celui d'un investisseur qui obtient une concession de vingt ans pour l'exploitation d'un gisement d'hydrocarbures offshore dans un Etat étranger. Les termes de la concession sont équilibrés et, prudent, l'investisseur a inséré dans le contrat, par hypothèse soumis au droit de l'Etat d'accueil, une clause de stabilisation de la loi de cet Etat pour éviter que celui-ci ne soit tenté de modifier ultérieurement sa législation dans un sens défavorable à l'investisseur. Le contrat de concession donne en revanche compétence aux tribunaux locaux, clause non négociable selon l'Etat d'ac-

cueil. Après plusieurs années ayant nécessité de très importantes dépenses d'exploration et de développement, l'investisseur effectue une découverte qu'il commence à exploiter. Tout se passe à la perfection la première année d'exploitation et l'Etat respecte son contrat. Une révolution survient dans l'Etat d'accueil et le nouveau gouvernement ne reconnaît pas les accords passés par l'ancien. Il procède à la nationalisation des concessions d'hydrocarbures contre paiement d'une indemnité symbolique. L'investisseur, persuadé que son contrat le protège, attaque l'Etat devant les juridictions locales. Le juge saisi se considère lié par les lois de nationalisation et déclare la clause de stabilisation du contrat de concession incompatible avec l'ordre public. L'investisseur se trouve donc exproprié sans indemnité ni recours. Les actions susceptibles d'être intentées dans d'autres pays soulèvent toute une série de difficultés tenant au droit des immunités, à l'existence d'une clause attributive de compétence aux juridictions de l'Etat en cause, etc. S'il avait inséré une clause d'arbitrage en terrain neutre dans son contrat, ce même investisseur aurait pu obtenir la condamnation de l'Etat au paiement d'une indemnité substantielle et faire exécuter la sentence arbitrale dans plus de 140 Etats grâce à la Convention de New York de 1958. Une partie importante des difficultés aurait donc été évitée. S'il avait, ce qui est plus difficile, fait renoncer l'Etat à son immunité d'exécution, l'essentiel des obstacles susceptibles de l'empêcher de recouvrer ses droits aurait été surmonté. Sans aller jusqu'à l'exemple de la révolution, on voit souvent un nouveau gouvernement, ou ses nouveaux conseillers, tenter de revenir sur l'interprétation de certaines clauses d'un contrat sanctionné par des années de pratique des parties et le recours aux juridictions locales ou à l'arbitrage dans l'Etat du co-contractant est rarement un procédé satisfaisant de règlement du différend. Le deuxième exemple peut être celui d'un investisseur, dans une situation similaire, qui n'aurait pas accepté la compétence des tribunaux locaux, mais un arbitrage avec un siège dans l'Etat d'accueil. Confronté, non à une

révolution, mais à une violation flagrante par l'Etat de ses engagements, l'investisseur engage une procédure d'arbitrage à l'encontre de l'Etat d'accueil. L'Etat tente de son côté un recours devant les juridictions étatiques, par exemple en soutenant que la clause d'arbitrage est nulle. Dix huit mois (et quelques centaines de milliers de francs d'honoraires d'avocat) plus tard, les juridictions étatiques font injonction aux parties et aux arbitres de suspendre la procédure en attendant qu'elles aient statué sur la validité de la clause, ce qui prendra, compte tenu de l'encombrement des tribunaux, plusieurs années. Par prudence, les arbitres s'exécutent. En pratique, cet investisseur se trouve donc dans une situation guère plus favorable que le précédent. S'il avait prévu un siège d'arbitrage dans un pays neutre disposant d'une législation moderne sur l'arbitrage (France, Suisse, Suède, Belgique, Pays-Bas, par exemple mais aussi Chypre ou Singapour pour ne citer que quelques sièges d'arbitrage acceptables), de telles péripéties procédurales n'auraient pas pu avoir lieu et les tribunaux auraient renvoyé les parties s'expliquer devant les arbitres en application de la théorie de la « compétence-compétence », selon laquelle les arbitres sont compétents pour statuer sur leur propre compétence. Cela n'aurait peut-être pas empêché l'Etat de demander une telle injonction à ses juridictions locales mais, à supposer qu'elle soit prononcée à l'égard d'arbitres siégeant dans un autre pays, celle-ci n'aurait en réalité pas eu d'impact pratique. Le troisième exemple est celui d'un investisseur en apparence très avisé, qui aurait inclus dans son contrat une clause d'arbitrage, avec un siège en France par exemple, mais qui aurait rédigé une clause très complexe, prévoyant une obligation de négocier pendant deux mois avant de commencer un arbitrage et soustrayant certains litiges, de nature comptable, à la compétence des arbitres, pour les soumettre à la compétence d'un collège d'experts comptables. Confronté cette fois à un

problème devant être réglé de manière urgente et comportant certains aspects comptables mineurs, l'investisseur saisit, sans réellement négocier au préalable, directement les arbitres de la question. Plusieurs mois (et toujours quelques centaines de milliers de francs) plus tard, les parties au litige sont toujours en train de discuter de la validité de la saisine des arbitres et de

La perception que l'arbitrage peut être long et coûteux est souvent due à des clauses maladroites ou véritablement pathologiques qui résultent des choix des parties elles-mêmes

la délimitation des compétences respectives des arbitres et du collège d'experts comptables. Ce

type de difficulté procédurale n'aurait naturellement pas pu survenir si l'investisseur avait rédigé une clause d'arbitrage simple, en reprenant par exemple la clause-type d'une institution d'arbitrage sérieuse et expérimentée, comme la Chambre de commerce internationale (CCI) pour ne citer que la plus célèbre. Ainsi la perception que l'arbitrage peut, lui aussi, être long et coûteux est souvent due à des clauses maladroites ou véritablement pathologiques qui résultent des choix des parties elles-mêmes. Les industriels français qui ont accepté de voir trancher les différends avec un partenaire étatique par voie d'arbitrage en Inde ou au Pakistan peuvent en témoigner.

Ces exemples illustrent l'importance de la clause de règlement des litiges et l'impact qu'elle peut avoir sur la rentabilité réelle d'un contrat donné. Il convient donc de garder à l'esprit certaines prescriptions essentielles lorsque l'on rédige cette clause : la recherche de la neutralité judiciaire, le fait qu'il faut porter plus d'attention encore au choix du siège de l'arbitrage qu'à celui du droit applicable et, enfin, qu'il y a lieu de privilégier les clauses d'arbitrage les plus simples possibles.

La recherche de la neutralité judiciaire

La première règle à respecter dans la rédaction d'une clause de règlement des litiges d'un contrat international, surtout lorsqu'on contracte avec un Etat ou une entité étatique, est la recherche d'un juge neutre. Quelle que soit leur

honnêteté et leur bonne volonté, les tribunaux de l'Etat auquel appartient une partie ne satisfont pas à cette condition. Spécialement lorsqu'un Etat ou une grande entreprise étatique est partie au contrat, les tribunaux de cet Etat éprouveront une certaine gêne à condamner cet Etat. Ils se sentiront tout naturellement liés par les modifications de sa législation et par la conception locale de l'ordre public international. Par ailleurs, la partie étrangère risque de perdre, en cas de litige, le contrôle de la procédure qui se déroulera le plus souvent dans une langue étrangère, selon des modalités qu'elle ne maîtrise pas véritablement. Dans un contrat d'Etat, accepter la compétence des tribunaux locaux équivaut souvent en pratique à conférer à l'Etat le pouvoir de modifier unilatéralement l'équilibre économique du contrat. Un investisseur peut être prêt à accepter ce type de risque, par exemple pour pénétrer un nouveau marché, mais il doit le faire en connaissance de cause. Ces risques, bien connus de la direction juridique de l'entreprise, sont souvent minimisés par les négociateurs du contrat, trop soucieux de faire aboutir à tout prix la négociation.

De tels risques sont en revanche à éviter absolument lorsque l'investissement doit être rentabilisé sur une longue période et que sa rentabilité a été calculée en fonction des clauses du contrat initial. Dans cette hypothèse, il est souvent préférable de ne pas conclure le contrat plutôt que d'accepter la compétence des tribunaux locaux. Le risque financier est alors beaucoup trop élevé pour l'investisseur, ainsi que le montrent de très nombreuses affaires.

Le choix du siège de l'arbitrage est en définitive plus important que celui du droit applicable

Les négociateurs d'un contrat ont souvent tendance à considérer que le choix du droit applicable à ce contrat est un élément déterminant. Les droits que l'on croit parfois très éloignés du

nôtre, suscitent un réflexe de crainte. Par ailleurs, les juristes d'entreprise hésitent légitimement à donner un blanc seing à un contrat soumis à un droit qui ne correspond à la formation d'aucun d'entre eux. Ces craintes doivent pourtant être fortement nuancées. Certains droits qui peuvent nous paraître très lointains sont en réalité très proches des nôtres. Ainsi pour ne prendre qu'un exemple, le droit civil des Emirats

Arabes Unis est très proche du droit français. Cela s'explique pas le fait que le code civil qui y a été adopté en 1985 est étroitement décalqué du code civil égyptien de 1948 dont la source d'inspiration principale a été le droit français. La même analyse vaut pour tous les Etats arabes qui se sont dotés d'un code civil après la seconde guerre mondiale. De ce fait, le droit syrien, par exemple, est moins étranger à un juriste français que ne l'est le droit anglais. Indépendamment de ces considérations de droit comparé, il faut bien reconnaître qu'en définitive le choix du siège de l'arbitrage est plus important que celui du droit applicable au fond du contrat. Le siège commande en particulier les recours disponibles contre les sentences. En termes très crus, il est souvent préférable de voir des arbitres siégeant à Genève appliquer un droit d'apparence exotique que de voir des juridictions exotiques trancher un litige

en application du droit suisse. Il est du reste toujours possible de tempérer l'application d'un droit donné en ajoutant une référence aux principes généraux du droit, voire de soumettre le contrat lui-même aux seuls principes généraux du droit. Il est également possible de stabiliser le droit applicable à une date donnée, pour éviter une modification défavorable du contenu de celui-ci. De telles clauses sont généralement considérées comme valables et seront appliquées, pour autant que les parties aient pris le soin de conférer à des arbitres siégeant dans un Etat neutre le pouvoir d'en

sanctionner la violation. Les juridictions de l'Etat en cause seront naturellement beaucoup plus réticentes à ce sujet.

Pour que les arbitres puissent statuer, il faut avant tout que le siège de l'arbitrage leur permette de le faire. Il convient donc d'être particulièrement vigilant

Dans un contrat d'Etat, accepter la compétence des tribunaux locaux équivaut souvent en pratique à conférer à l'Etat le pouvoir de modifier unilatéralement l'équilibre économique du contrat

dans le choix du siège de l'arbitrage. Diverses considérations entrent ici en jeu. Certaines sont d'ordre pratique.

Il est en effet préférable de choisir un siège facile d'accès, doté d'une bonne capacité logistique et situé dans un pays politiquement stable. D'autres considérations sont d'ordre juridique. Il est en effet impératif de choisir un siège dont la loi sur l'arbitrage et la tradition judiciaire sont toutes deux favorables à l'arbitrage. Si les lois sur l'arbitrage ont en effet aujourd'hui tendance à se ressembler, au moins en théorie, sous l'influence grandissante de la loi-type élaborée sous l'égide de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le développement du commerce international) et adoptée par de nombreux Etats, il n'en va pas de même des traditions judiciaires. Les tribunaux de certains pays sont historiquement hostiles à l'arbitrage. Fixer le siège de l'arbitrage dans un tel pays revient à obérer le fonctionnement harmonieux de la procédure d'arbitrage.

Les tribunaux pourront en effet intervenir en cours de procédure, comme dans l'exemple cité ci-dessus, et retarder ainsi le cours de l'arbitrage tout en augmentant son coût, parfois de manière significative. Ils pourront également, sur recours de la partie ayant succombé dans l'arbitrage, décider d'annuler la sentence arbitrale pour des raisons plus ou moins sérieuses. Choisir un siège défavorable à l'arbitrage équivaut à faire peser sur la procédure ou la sentence à intervenir un aléa judiciaire très important, dont la traduction économique est souvent une diminution du montant de la condamnation

Il est souvent préférable de voir des arbitres siégeant à Genève appliquer un droit d'apparence exotique que de voir des juridictions exotiques trancher un litige en application du droit suisse

prononcée par la sentence arbitrale, à supposer que celle-ci ait pu être rendue dans des délais raisonnables, dont l'importance est proportionnelle au caractère incertain des voies de recours.

Il est donc fortement recommandé de ne pas s'écarter des sièges d'arbitrage éprouvés.

Rédiger la clause d'arbitrage la plus simple possible

Une dernière règle que l'on doit conserver à l'esprit lorsqu'on rédige une clause de règlement des litiges est d'éviter tout contentieux ultérieur portant sur la clause elle-même. Cela peut sembler aller de soi mais l'expérience démontre que cette prescription n'est pas toujours respectée, y compris par des parties supposées sophistiquées. Dans le souci de bien faire, les parties ou leurs conseils ont en effet tendance à rédiger des clauses d'arbitrage très longues et particulièrement détaillées, qui visent à régler tous les problèmes pouvant survenir en cours de procédure. Cette démarche peut se comprendre, dans une certaine mesure, dans l'hypothèse où la clause prévoit un arbitrage *ad hoc*, c'est-à-dire un arbitrage qui n'est pas administré par une institution d'arbitrage telle

que la CCI. Il faut toutefois souligner que, même dans l'hypothèse d'un arbitrage *ad hoc*, des arbitres expérimentés seront parfaitement à même de régler les incidents pouvant survenir sans l'aide de clauses particulièrement détaillées. La démarche consistant à rédiger des clauses très détaillées est donc généralement inutile, la référence

générale à un règlement d'arbitrage suffisant à régler la plus part des difficultés.

Un autre écueil à éviter est celui qui consiste à enfermer la possibilité pour une partie de recourir à l'arbitrage dans des conditions trop strictes, ou qui pour-

rait s'avérer irréalistes. Ainsi en est-il de l'obligation préalable de négocier, ou de référer le litige à un « board » ou un « comité » paritaire avant de recourir à l'arbitrage. Les rédacteurs de ce type de clause ont souvent l'intention louable de forcer les parties à explorer toutes les voies amiables possibles avant de recourir au contentieux. L'expérience montre cependant que, le moment venu, si les parties ont réellement l'intention de discuter et de s'entendre, elles le font, avec ou sans obligation de négocier et que lorsque tel n'est pas le cas - et il suffit pour cela qu'une seule partie n'ait pas intérêt à trouver un accord amiable - la présence d'une obligation de négocier ne change rien à la situation. La clause a alors pour effet de retarder inutilement le déroulement de l'arbitrage et d'augmenter son coût. Il est également fréquent qu'une partie décide de passer outre cette obligation en raison de l'urgence, réelle ou perçue comme telle,

qu'il y aurait selon elle à soumettre le litige aux arbitres.

Dans cette hypothèse, il n'est pas rare que l'autre partie conteste la validité de la saisine des arbitres et que les parties et arbitres perdent du temps, au début de la procédure, à régler cette question. Les clauses prévoyant une obligation de négocier préalable à l'arbitrage ne sont donc pas nécessairement à proscrire, mais elles sont à manier avec précaution.

D'autres difficultés peuvent survenir quand les parties ont décidé de procéder à une répartition des questions litigieuses, en fonction de leur nature, entre divers organes à l'idée que ces questions seront résolues de manière plus efficace par des spécialistes

de la matière. L'exemple type est le contrat qui comporte une clause d'arbitrage, mais qui déroge à cette clause pour les litiges de nature comptable, technique ou autre, en stipulant que ces litiges doivent être portés devant un expert ou un collègue d'experts. L'intention des rédacteurs est, là encore, bien compréhensible, mais la question de la délimitation de la compétence respective de ces différents organes crée fréquemment des contentieux parasites. La procédure arbitrale peut se retrouver retardée de manière significative dans une telle hypothèse, sans parler des risques d'annulation de la sentence pour cause d'incompétence des arbitres pour trancher certaines questions. Il est donc préférable d'éviter ce type de « dépeçage » du traitement des litiges à intervenir et de confier aux seuls arbitres le soin de trancher toutes les questions susceptibles de découler du contrat. Les arbitres pourront toujours en cas de besoin, recourir eux-mêmes à l'avis d'un spécialiste d'une matière donnée.

Clarté, brièveté

Comme à beaucoup d'autres domaines du droit, le mot du célèbre juriconsulte anglais Bentham s'applique particulièrement bien à la convention d'arbitrage : « clarté, brièveté : voilà les deux qualités essentielles ».