

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_26092023mp4/84e350040d219230c28a6568a8e
b4284c00dcfbd97042308e5b493a4b26e3c8b/](https://video.umontpellier.fr/video/18885-conference_soc_leg_comp_26092023mp4/84e350040d219230c28a6568a8eb4284c00dcfbd97042308e5b493a4b26e3c8b/)

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 1919, 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.

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.

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

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 cités. En droit romain c'est d'abord la loi des XII Tables (450 av. notre ère) qui mentionne un arbitre doté d'un *arbitrium*, qui lui confère plus de pouvoir que le juge, puis au II^e siècle avant notre ère apparaît l'arbitrage *ex compromisso*, qui repose sur un accord entre les parties – le compromis – par lequel elles promettent par avance d'exécuter la sentence. L'arbitre s'engage quant à lui à remplir sa mission jusqu'à son terme, par un autre contrat, le *receptum*. Ce modèle romain va ensuite se diffuser dans toute l'Europe à partir de la renaissance du droit romain à Bologne à la fin du XI^e siècle. Partages, successions et litiges entre marchands se résolvent par l'arbitrage qui est censé préserver les relations familiales ou d'affaires. En France au Moyen âge, les parties ont aussi recours à l'arbitrage pour éviter certaines juridictions – notamment seigneuriales – considérées comme partiales. En Suisse elles choisissent souvent des juges comme arbitres, afin qu'ils puissent terminer leur différend en équité.

En France le roi s'intéresse à l'arbitrage. La première ordonnance royale relative à l'arbitrage est prise en 1363 et décide que les sentences arbitrales feront l'objet d'un appel au Parlement, la plus haute juridiction du royaume, le roi soumettant ainsi l'arbitrage – comme les autres justices – à son contrôle. Par la suite au XVI^e siècle, le Chancelier Michel de L'Hospital cherche à promouvoir un esprit de concorde, dans le contexte des guerres de religion, et se trouve à l'origine de plusieurs ordonnances royales qui promeuvent l'arbitrage. Il devient ainsi obligatoire entre membres d'une même famille comme entre marchands, pour entretenir entre eux « paix et amitié » (Édit de Fontainebleau, 1560), tandis que le chancelier cherche à limiter l'appel en matière civile et l'interdit en matière commerciale. Un phénomène semblable se produit en Angleterre à la fin du XVII^e siècle. Dans les deux pays, cela va déclencher l'hostilité des juges qui ressentent la faveur pour l'arbitrage comme une atteinte à leur autorité. En France les juges ne vont pas appliquer les ordonnances royales favorables à l'arbitrage et vont ainsi s'opposer au roi, jusqu'à la Révolution française où celui-ci conserve toute la faveur du pouvoir politique tandis que c'est toute la justice qui est désormais organisée autour de l'idée d'équité, au point que des pans entiers du contentieux sont confiés à des arbitres de manière obligatoire, ce qui apparaît rapidement cependant comme excessif et attentatoire à la liberté des parties.

Par la suite Napoléon Bonaparte entreprend tant une réforme de la justice que la codification du droit. La justice est alors présentée comme la meilleure possible, tout comme le droit codifié, qui correspond aux « lois les plus équitables du monde » (Troplong). Un tel système ne peut qu'être défavorable à l'arbitrage, défaveur 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 XIX^e siècle dans les contrats d'assurance notamment. En 1843, la cour déclare nulle la clause compromissoire, jurisprudence confirmée en 1844 pour la matière commerciale. Mais rapidement à partir de 1860, la Cour de cassation est saisie des premières clauses compromissoires stipulées dans des contrats internationaux, au moment où 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 cour d'arbitrage de 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.

Présentation de :

Mikaël Schinazi

Avocat, cabinet Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes

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

En cette année du centenaire de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI, où l'on se tourne vers le passé pour mieux comprendre l'élaboration du régime contemporain de l'arbitrage commercial international, l'orateur évoque l'histoire, ou plutôt la préhistoire, de ce régime en France et en Angleterre. Dans ces deux pays, l'arbitrage est utilisé dans un grand nombre de contextes et fait l'objet de réactions, parfois très vives, de la part du juge étatique et du législateur au fil des 17 et 18èmes siècles. Toutefois, en dépit de certains arrêts qui ont pu sembler profondément hostiles à l'arbitrage, il existe à cette même époque une réelle tradition de faveur envers l'arbitrage.

En Angleterre, les commentateurs ont souvent insisté sur la forte méfiance, voire l'hostilité du juge anglais envers l'arbitrage et la nette préférence pour la justice étatique, du moins avant le XIXème siècle. En effet, certains arrêts ont pu être interprétés dans un sens nettement défavorable à l'arbitrage ; ainsi en est-il du *Vynior's case* (1609), selon lequel les parties peuvent librement révoquer les conventions d'arbitrages qui figurent dans leurs contrats (à condition toutefois que les arbitres n'aient pas encore rendu leur sentence). Au fil des années, certains commentateurs se sont fondés sur les propos de Lord Coke dans *Vynior's case* (ainsi que d'autres arrêts importants), afin d'illustrer la défaveur des magistrats à l'égard de l'arbitrage.

Toutefois, il existe à cette même époque en Angleterre une tradition de faveur envers l'arbitrage, qui s'explique notamment par l'expansion de l'Empire britannique et la croissance du commerce extérieur qui l'accompagne. L'orateur rappelle ainsi qu'en 1622, Gerard Malynes, un marchand indépendant, commissaire anglais aux Pays-Bas espagnols et conseiller du gouvernement sur les questions commerciales, rédige un traité sur la *lex mercatoria* (le *Consuetudo, vel lex mercatoria*), qui est déjà très complet et décrit la pratique et les usages du commerce international. Le *Consuetudo* connaît un large succès tout au long du XVIIème siècle.

C'est dans ce terreau très favorable au commerce extérieur et, donc, au règlement des différends commerciaux, que le législateur anglais réfléchit à la question de l'arbitrage. En effet, une erreur serait de ne présenter que la source jurisprudentielle ; il existe en effet, tout au long des 17 et 18èmes siècles, une tradition de faveur envers l'arbitrage, qui s'est exprimée notamment dans le droit des *statutes*³.

Sans prétendre à l'exhaustivité, l'orateur propose un survol des différentes lois anglaises sur l'arbitrage, qui illustrent cette tradition de faveur. Ainsi, en 1698, une première loi sur l'arbitrage (rédigée par le philosophe anglais John Locke) permet aux parties d'assurer un caractère

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

³ Voir notamment, S. BREKOULAKIS, « The Historical Treatment of Arbitration under English Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 1, 2019, p. 124-150.

irrévocable à leurs conventions d'arbitrage⁴. Le *Common Law Procedure Act* de 1854 et l'*Arbitration Act* de 1889 apportent ensuite des innovations importantes, avec des conséquences très durables pour la pratique de l'arbitrage en Angleterre puisqu'en dépit de divers amendements, la loi sur l'arbitrage de 1889 restera en vigueur pendant plus d'un demi-siècle ; plusieurs lois sur l'arbitrage se succèdent ensuite (en 1950, 1975, 1976 et 1996).

En France, les périodes de faveur et de défaveur envers l'arbitrage se sont enchaînées⁵. Pour ne citer que quelques exemples, au moment de la Révolution le décret des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire affirme la valeur incontournable des compromis d'arbitrage, tandis que la Convention de 1791 prévoit que le pouvoir législatif ne peut porter aucune atteinte à l'accord des parties d'aller à l'arbitrage. Le législateur révolutionnaire a également élargi, dans un premier temps du moins, le champ de l'arbitrage forcé.

Immédiatement après la codification napoléonienne, l'arbitrage est néanmoins perçu comme une menace à la compétence du juge étatique. Ce mouvement hostile à l'arbitrage culmine dans un célèbre arrêt *Prunier* de 1843, dans lequel la Cour de cassation décide que la clause compromissoire est en principe nulle, ce qui porte un coup rude au régime de l'arbitrage en France, alors bien moins favorable que celui de ses voisins européens (et notamment anglais).

Toutefois, la jurisprudence atténue rapidement la rigueur du principe de nullité de la clause compromissoire. Progressivement et à partir des années 1860, sous l'impulsion de certains magistrats, le droit français devient de plus en plus favorable envers l'arbitrage, du fait de l'attachement des juges à la volonté des parties plutôt qu'aux règles du Code⁶.

On assiste ensuite à une forte période de renouveau à la fin du 19^{ème} siècle, marqué notamment par l'ouverture de la France au commerce international. En 1860, la France signe un traité de libre-échange avec l'Angleterre ; les juges français vont accompagner ce mouvement d'ouverture au commerce international en se montrant de plus en plus favorable à l'arbitrage.

On arrive progressivement à l'adoption à Genève, le 24 septembre 1923, d'un Protocole qui valide la clause compromissoire stipulée dans un contrat international. Puis enfin, le 31 décembre 1925, la France admet la validité de la clause compromissoire en matière commerciale, tant interne qu'internationale. C'est après cette loi que la France ratifie, en 1931, la Convention de Genève du 26 septembre 1927 relative à l'exécution des sentences arbitrales. En Angleterre, c'est une loi de 1930 qui intègre au droit anglais les principes de cette convention, en ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

En conclusion, le développement de l'arbitrage en France et en Angleterre obéit à des logiques distinctes, bien qu'on observe de profondes similarités ; on constate notamment que l'histoire de l'arbitrage dans ces deux pays suit un mouvement similaire, en cela qu'elle oscille entre des phases de faveur et de défaveur envers l'arbitrage. En somme, 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.

⁴ Voir notamment, H. HORWITZ et J. OLDHAM, « John Locke, Lord Mansfield, and Arbitration during the Eighteenth Century », *The Historical Journal*, n° 1, 1993, p. 137-159.

⁵ Voir notamment, M. SCHINAZI, *The Three Ages of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2021, p. 67-86.

⁶ Voir notamment, C. BECHAREF JALLAMION, « La jurisprudence française et l'arbitrage de 1843 à 1958 », op. cit.

Présentation (en qualité de « Discutant ») de :

Emmanuel Jolivet

Conseiller général de la Chambre de commerce internationale et de la cour internationale d'arbitrage⁷

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 ?

La réponse est a priori négative. Des éléments nouveaux sont apparus. Le vocabulaire et la perception de l'arbitrage ont évolué. De nombreuses références sont constamment faites au vocabulaire de la commercialité, ce qui conduit à s'interroger sur ses critères et leurs pertinence⁸. Une analyse sémantique démontrerait que le vocabulaire des acteurs de l'arbitrage international exprime une commercialité prégnante. A l'écoute de ces derniers, 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 aujourd'hui 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 toutefois une augmentation du nombre de cas en valeur absolue. Une des conséquences immédiates est la révision des polices d'assurance et l'augmentation des primes ou la 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 pour une exécution spontanée est beaucoup moins forte qu'avant. La CCI avait autrefois prévu d'établir la liste des parties qui n'exécutent pas les sentences arbitrales rendues sous les auspices de la Cour internationale d'arbitrage, une sorte de « liste de la honte » selon la technique du « *name and shame* » anglo-saxon. La liste n'a jamais été publiée, elle n'a jamais vu le jour mais cela montre que l'attitude a changé : il n'est plus infâmant de contester une sentence quand bien même elle serait rendue par la Cour

⁷ 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.

⁸ Le droit français de l'arbitrage, Matthieu de Boisséson, Clément Fouchard, Jessica Madesclair, LGDJ, p 279

internationale d'arbitrage de la CCI et malgré l'engagement des parties à se conformer à la décision rendue par les arbitres.

Il y a de nouveaux paramètres à prendre en compte, de nouvelles normes imposées. Les sanctions internationales, les embargos, conduisent parfois à 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. L'orateur aborde ensuite le 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 ont été portés devant les juridictions étatiques.

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 de connaissance de la matière 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 des centres d'arbitrage dans certains pays. La perspective historique que nous avons vue ce soir conduit à la prudence.

Compte-rendu rédigé par Béatrice Castellane