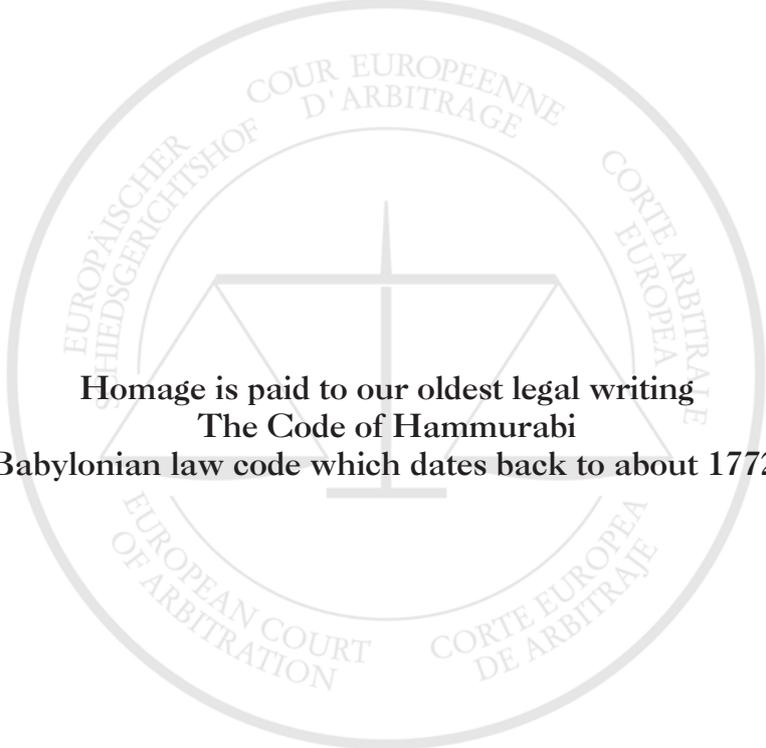


MED-MID ARBITRATION AND MEDIATION REPORTS



**Homage is paid to our oldest legal writing
The Code of Hammurabi
(the Babylonian law code which dates back to about 1772 BC)**

COUR EUROPEENNE D'ARBITRAGE
CENTRE DE MEDIATION DE L'EUROPE, DE LA MEDITERRANEE ET DU MOYEN ORIENT
CENTRE EUROPEEN D'ARBITRAGE ET DE MEDIATION
3, rue du Général Frère - 67000 Strasbourg

Public policy and the merits. A delicate divide between

In *DT v. IT and AT*¹, the Areopagos², has ruled that an award cannot be set aside on the ground that the burden of proof has been wrongly allocated since this is not an express ground for setting aside nor it amounts to a violation of the principle of the equality of arms or to a violation of public policy.

This position is in line with its previous decisions, which treats this issue as concerning the merits and clearly tends to avoid that awards become subject to setting aside proceedings for issues concerning the merits.

That the burden of proof affect exclusively the merits, is not entirely convincing since the matter turns around a procedural provision.

Apart from that, this decision involves the very delicate issue whether this is really a matter which concerns exclusively the merits, or whether it involves another aspect which may affect the due process.

In fact the noncompliance with the rules on the burden of proof produces the result that a party which had the burden of proof is allowed to succeed on that issue even without proving her claim.

This might be seen as amounting to a breach of the principle of equality of arms and of the "*droit au contradictoire*" and therefore of due process.

1 - *D.T. v. I.T. and A.T., Areopagos*, 16 May 2016, in <http://areopagos.gr>
2 - *The Supreme Court of Greece*.

Reports at Med-Mid X – Madrid

Xème Edition du Med-Mid

Madrid, Université Complutense, 18 novembre 2016

Des choix à ne pas faire dans une convention d'arbitrage international

Prévoir que la procédure arbitrale sera mise en œuvre selon les mêmes règles que celles qui s'appliquent au procès se déroulant devant le juge étatique.

Laura Weiller

p. 4

To choose inappropriate Rules applicable to the substance of the dispute.

Prof. Walid Kassir

p. 8

Choisir un règlement prescrivant une renonciation à tous recours contre la sentence arbitrale.

Özgür ASIK

p. 12

N'être pas assisté par un spécialiste en matière d'arbitrage.

Prof. Sixto Sánchez Lorenzo

p. 22

Some choices not to be made in an international arbitration agreement: to accept to argue in the language of the opposite party.

José Ángel Rueda García

p. 29

Prévoir que la procédure arbitrale sera mise en œuvre selon les mêmes règles que celles qui s'appliquent au procès se déroulant devant le juge étatique.

Laura Weiller,

Maître de conférence HDR, Aix-Marseille Université, Secrétaire général du Comité français de l'arbitrage

L'un des atouts majeurs de l'arbitrage réside dans la souplesse et la flexibilité du règlement du litige qu'il permet d'organiser, par contraste avec l'application des dispositions nationales régissant le procès devant les juridictions étatiques. La liberté reconnue aux parties quant au choix des règles de procédure gouvernant l'instance arbitrale, principe d'autonomie largement consacré en droit comparé¹, leur permet toutefois de s'accorder sur l'application d'une loi nationale de procédure, qu'il s'agisse de la loi nationale relative à l'arbitrage ou même, et c'est le cas qui nous intéresse, de la loi de procédure applicable en matière étatique.

Les raisons d'un tel choix peuvent être diverses: survivance, dans l'esprit des parties, de la

conception ancienne selon laquelle la loi de procédure civile du lieu du siège de l'arbitrage s'impose aux arbitres en l'absence de règles convenues², difficultés d'accord sur les modalités procédurales, volonté de favoriser l'efficacité de la sentence en minimisant les risques d'annulation pouvant naître de la procédure appliquée ou encore, recours hasardeux à des conseils non spécialisés.

Le choix de soumettre la procédure arbitrale aux mêmes règles que celles applicables devant la juridiction étatique apparaît pourtant malheureux ou à tout le moins maladroit et on verra dans un premier temps pourquoi (I). Mais comme ce choix en faveur des règles de procédure civile étatique est parfois tout de même opéré³, on

1 - V. p. ex., art. 1509 CPC français ; art. 25 de la loi espagnole sur l'arbitrage de 2003 ; art. 182 de la LDIP suisse ; art. 34-1 de la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 ; § 1042 al. 3 du ZPO allemand ; art. 21 de la loi suédoise sur l'arbitrage de 1999 ; art. 19 de la loi-type CNUDCI ; Adde J.F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Bruylant Schultess 2002, n° 525, p. 484.

2 - V. Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n° 1179-1189 ; J.F. Poudret et S. Besson, *préc.* N° 532, p. 489.

3 - Rarement en réalité, V. D. Hascher, « Principes et pratiques dans l'arbitrage commercial international », *RCADI* 1999, IV, p. 51, *spéc.* P. 75 et *Rev. arb.* 2001, p. 650.

s'interrogera, dans un second temps, sur la mesure de son (in)opportunité : finalement, pourquoi pas ? (II).

I-Pourquoi

ne pas choisir les règles applicables aux juridictions étatiques pour régir une procédure d'arbitrage international ?

La première raison paraît évidente : en déclarant se soumettre à une loi de procédure civile applicable devant les tribunaux étatiques, les parties réintroduisent dans l'arbitrage le formalisme et la rigidité que ce mode de règlement des litiges tend précisément à éviter. Elles se privent par là-même de la faculté d'adapter la procédure à la spécificité du litige considéré, perdant ainsi l'essentiel des avantages de la justice « sur mesure » que constitue l'arbitrage.

En outre, et c'est la deuxième raison, le renvoi à une loi de procédure étatique ne permet pas de prévoir certains éléments pourtant d'une importance capitale dans l'arbitrage : les modalités de désignation des arbitres, les conditions de leur récusation ou de leur remplacement, non plus que celles de leur rémunération. La question de la confidentialité de la procédure ne pourrait pas non plus être précisée, puisque la procédure étatique à laquelle il est renvoyé se caractérise au contraire par un principe de publicité.

Se dessine ici la troisième raison, corrélative à la précédente : les règles de procédure civile étatiques ont été conçues pour s'intégrer dans l'organisation judiciaire de l'Etat considéré, en sorte qu'elles ne sont pas forcément adaptées au règlement d'un litige international, en terme de rapidité ou de flexibilité en particulier.

Imaginons ainsi que des parties à un contrat international stipulant une clause compromissoire choisissent de soumettre l'arbitrage à la loi nationale de procédure française⁴, sans autre précision.

Une première difficulté peut alors naître de l'ambiguïté provoquée par la généralité de la formule, dans la mesure où celle-ci pourrait être comprise comme désignant soit la loi d'arbitrage nationale⁵, soit la loi de procédure civile normalement applicable devant les tribunaux étatiques⁶. La question reste controversée en doctrine, mais la réponse semble dépendre, en réalité, de la tradition juridique des signataires de la convention.

Pour des parties provenant d'un Etat où la loi d'arbitrage n'est pas intégrée dans le Code de procédure civile (Angleterre, Suède ou Suisse par exemple) le renvoi à la « loi nationale de procédure » devrait vraisemblablement s'interpréter comme signifiant la volonté de soumettre l'arbitrage aux règles de procédure civile normalement applicables devant les tribunaux de cet Etat. Mais pour des parties françaises, il paraîtrait raisonnable de considérer que la formule « loi nationale de procédure » renvoie aux dispositions relatives à l'arbitrage⁸: de fait, les dispositions du Code qui envisagent

4 - V. p. ex. sous l'empire du droit français antérieur à la réforme du 13 janvier 2011, CA Paris, 3 décembre 1998, *Rev. arb.* 1999, p. 601, 2ème esp., note Ch. Jarrosson ; TGI Paris, 2ème esp., obs. Ph. Fouchard.

5 - V. ainsi l'article 182 LDIP, *présésumant que les parties ont entendu se soumettre uniquement à la loi d'arbitrage.*

6 - Poudret et Besson, *préc.* N° 530, p. 487.

7 - Poudret et Besson, *préc.*, n° 530, p. 488.

8 - J.B. Racine, *préc.*, n° 574, p. 386 ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *préc.*, n° 794, p. 723 ; Sous l'empire du régime antérieur à la réforme du 13 janvier 2011, V. D. Cohen, « La soumission de l'arbitrage international à la loi française (commentaire de l'article 1495 NCPC) », *Rev. arb.* 1991, p. 147.

expressément les effets d'une convention prévoyant « l'application de la loi de procédure française » renvoient en pareil cas à certaines dispositions du Code de procédure relatives à l'arbitrage et non pas au Code de procédure civile dans son entier⁹.

Imaginons cependant que dans l'acte de mission, les parties précisent que c'est bien la procédure civile étatique française qu'elles souhaitent voir appliquer. Elles doivent alors être conscientes que c'est non seulement les dispositions textuelles expresses qui seront mises en œuvre, mais aussi les extensions jurisprudentielles qui peuvent leur avoir été rattachées.

C'est ainsi que depuis un arrêt de la Cour de cassation du 7 juillet 2006, le principe de concentration des moyens ou fondements juridiques, applicable devant les tribunaux étatiques (et même en matière d'arbitrage interne) devrait sans doute être respecté, bien qu'il s'agisse d'une exigence purement prétorienne et lors même que la Cour d'appel de Paris a admis qu'il ne s'imposait pas en matière d'arbitrage international¹⁰.

Les règles relatives à l'administration de la preuve devraient également suivre les prescriptions applicables devant les tribunaux étatiques, ce qui rendrait inenvisageable toute procédure de *discovery* ou *cross examination*.

Le délai de l'arbitrage serait alors aussi celui prévu pour la procédure nationale étatique¹¹...

Une nouvelle difficulté pourrait alors naître dans la mesure où les arbitres considéreraient sans doute qu'en dépit de la volonté exprimée par les parties, la bonne administration de l'instance arbitrale comme les exigences de leur fonction juridictionnelle impliquent une modification ou à tout le moins une adaptation de la procédure applicable¹². Les arbitres pourraient ils alors imposer cette modification de la procédure applicable aux parties ?

En première analyse, la réponse paraît devoir être négative : dès lors que l'arbitre puise son pouvoir de juger dans la convention des parties, tout conflit semble devoir être résolu en conformité avec la volonté de celles-ci¹³. Toutefois, en seconde analyse, l'arbitre doit nécessairement pouvoir bénéficier d'une certaine marge de manœuvre pour pouvoir remplir correctement et efficacement la fonction juridictionnelle qui est la sienne. Dès lors, on pourrait concevoir qu'il s'affranchisse plus ou moins largement de l'accord des parties s'il estime que celui-ci fait véritablement obstacle à l'accomplissement de la mission qu'elles lui ont confiée¹⁴. Mais il exposerait alors sa sentence à un risque d'annulation, ce qui n'est pas satisfaisant car contraire au principe d'efficacité de l'arbitrage.

9 - Poudret et Besson, *préc.*, n° 530, p. 488.

10 - CA Paris, 5 mai 2011, *Cah. arb.* 2011, p. 1137 ; *Comp., plus ambigu*, CA Paris, 17 novembre 2011, *Rev. arb.* 2011, p. 1104 : « Le principe de concentration des moyens (...) constitue non une question d'existence de la convention d'arbitrage, mais une question de recevabilité des demandes présentées devant les arbitres saisis en second ». Implicitement, l'arrêt va dans le sens d'une application du principe dans l'arbitrage international V. J.-B. Racine, *préc.*, n° 673 p. 438.

11 - Sous l'empire des textes antérieurs à la réforme du 13 janvier 2011, la Cour de cassation avait estimé que « la loi française (...) n'exige pas, en matière d'arbitrage international, que les pouvoirs des arbitres soient enfermés, à défaut de délai conventionnel, dans un délai légal » : Cass. Civ. 1, 15 juin 1994, *Rev. arb.* 1995, p. 88, 1ère esp., note E. Gaillard ; Cass. Civ. 1, 30 juin 1976, *JDI* 1997, p. 114, note B. Oppetit ; *Rev. arb.* 1977, p. 137, note J. Rubellin Devichi.

12 - V. G. Kauffmann-Kohler, « Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs de arbitres et principe d'efficacité » in *Liber Amicorum Claude Reymond*, Litec 2004, p. 153 ; Ph. Pinsolle et R.H. Kreindler, « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 2003, p. 41, spéc. P. 44.

13 - V. G. Kauffman-Kohler, *préc.*, spéc. p. 155-159, qui constate que les conventions internationales, les droits nationaux et les règlements d'arbitrage convergent sur cette question. V. CA Paris, 19 mai 1998, *Rev. arb.* 1999, p. 601, note Ch. Jarrosson.

14 - Poudret et Besson, *préc.*, n° 531, p. 488 ; art. 21 de la loi suédoise sur l'arbitrage de 1999.

On le voit, le choix de soumettre la procédure arbitrale aux mêmes règles que celles applicables devant les tribunaux étatiques n'apparaît guère opportun, en sorte qu'il est à déconseiller. Toutefois, l'incidence d'un tel choix mérite sans doute d'être relativisée : si les parties souhaitent vraiment appliquer ces règles de procédure étatique, ...

II Pourquoi pas ?

En dépit de la rigidité et de l'alourdissement procédural qu'il génère inévitablement, le choix de soumettre l'arbitrage à des règles de procédure étatique peut tout de même permettre une organisation acceptable de la procédure arbitrale, dès lors que ce choix est fait avec discernement.

De fait, parce que qui peut le plus peut le moins, les parties peuvent parfaitement décider d'appliquer à l'arbitrage certaines des règles applicables aux tribunaux étatiques seulement et s'en remettre pour d'autres aspects aux arbitres, auxquels revient d'ailleurs cette mission en l'absence de volonté exprimée par les litigants aux termes de l'article 1509 du Code de procédure civile français.

Ce faisant, les parties ne se priveraient pas des garanties fondamentales de bonne justice pour autant, puisqu'aux termes de l'article 1510 du même Code, « Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction ».

Enfin, le choix d'appliquer des règles de procédure étatique ne compromet pas inévitablement la bonne gestion de la procédure arbitrale parce que la compétence technique des arbitres et leur éthique, la conscience morale de l'importance de la mission juridictionnelle qui leur a été confiée les conduiront à faire en sorte de donner effet à la volonté des parties dans toute la mesure du possible, c'est à dire dans toute la mesure du principe d'efficacité.

Au fond, c'est bien ce principe ou plutôt, ce paradigme d'efficacité de l'arbitrage qui exercera une fonction correctrice de la volonté maladroite des parties, sans la trahir pour autant.

To choose inappropriate Rules applicable to the substance of the dispute.

Prof. Walid Kassir¹

Président de la Délégation Moyen Orient de la Cour Européenne d'Arbitrage

Introduction:

This matter of the applicable law governing the substance of the dispute is certainly one of the most important in international arbitration, since the identity and content of the applicable law is decisive for the solution of such dispute.

I/ The principle: freedom of choice of such applicable law by the parties

Luckily, already since a long time, the tradition followed in international arbitration allows the parties to choose expressly the applicable law which shall govern the substance of the dispute (see, for example, Article VII of the Geneva Convention of 1961, as well as Article 28 of UNCITRAL Model Law and many national statutes or rules of arbitration centers...).

Such freedom has roots even in private international law, where traditionally the parties to international contracts have the freedom to choose the law applicable to their contracts, even in most countries a neutral law (unconnected to the contract). This allows often the choice of a well-known national law, having a worldwide prestige, like English law, frequently chosen in international business, even by non-British parties, particularly those following, more or less, the common law tradition.

Nevertheless, a good use of such freedom by parties to international arbitration is fundamental for its success. Thus, improper clauses may be disastrous for the parties and very harmful for their real interests. This is why it is important to stress how careful the drafting of applicable law clauses should be and how important is a proper selection of the applicable law.

1 - Professor at Saint-Joseph University Law School (Beirut, teaching there since 1994, after having taught in Paris, from 1988 to 1992 and in USA, Summer 1993, as well as in Dubai in 2009 and recently in the The Hague Academy of International Law, 2014); international lawyer and legal consultant (LL.M Harvard Law School, Ph.D Sorbonne University, Paris I); and author of several books and articles related to international business law, conflict of laws and comparative law...

II/ Improper rules of law governing the substance of the dispute:

At this level, we should remember, first of all, some of the main objectives of Law, particularly in the field of contracts, like predictability, legal coherence, fairness etc...

Thus, in all countries of the world, predictability is one of the main priorities of the law, whatever is the nature of national legal rules (originating from parliaments, governments or from courts themselves...). This leads to a high degree of predictability, through various legal techniques, as well as to a high degree of legal coherence, with a careful integration in a real legal system ("ensemble législatif", as the great Henri Batiffol used to say...).

The freedom of the parties in international arbitration to choose the law applicable to the substance of their dispute helps to reach a high degree of predictability, without exposing to major divergences at such level. Nevertheless, for guaranteeing such favorable outcome, such freedom should be used in a proper way:

- For example, choosing an applicable law unknown or not enough known by the parties and the lawyers assisting them in drafting the contract is certainly a bad idea ! It may lead to many awful surprises, once disputes arise !
- For the same kind of reasons, we consider clauses choosing two or more national legal systems to govern their international arbitrations (dépeçage, as they say in French) improper, since they breach the legal coherence objective...
- Likewise, mixing legal systems simultaneously (like mixing the national laws of the two parties) seems also improper.
- The freedom to choose any national legal system of the world on which the parties agree, is already so wide, allowing them to find a proper balance between predictability, legal coherence, fairness and suitability to their needs, in the same time. As we have seen the selected law may even be the national law of a country unconnected to the dispute. As English speaking parties of countries of the South often select English Law, Latin-American parties may choose Spanish Law, Francophone parties may choose willingly French law... Let us stress on this level, that most Arab legal systems have been influenced by the French legal tradition, which is therefore very prestigious in our area, so that French Law may be often a good choice, in disputes relating to the Arab world...
- Concerning the choice of "anational" rules of law, such seems to us as even more risky for predictability ! Such vague formulas, like *lex mercatoria*, transnational rules and similar mysterious expressions seem to us too elastic for reaching enough predictability (hiding, most probably, arbitrators freedom...).
- In addition, for many States, particularly in the South, the choice of a national applicable law may be much more welcome than vague "anational rules", at the level of control of conformity to international public policy, for example.
- For all these reasons, we strongly advise parties in international arbitration to choose as applicable law one of the various national legal systems in the world (known by them

and their lawyers) instead of venturing in "anational" unsecure grounds.

- This is precisely advisable that, if needed, parties may reach increased legal creativity, in legitimate ways, compatible with needs of international business, as we will see now.

III/ Legitimate margins for legal creativity in international arbitration:

If the parties simply intend to confer to the arbitrator the right to settle the dispute based on his sense of fairness, instead of referring to "vague legal standards", it is much better to grant him expressly the powers of amiable compositeur. It is interesting to stress here the drafting of the last sentence of Article 21 of the ICC Rules: "The arbitral tribunal shall assume the powers of amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers." Who may be "more royalist than the king" (plus "royaliste que le roi"), and accept that the arbitrator benefits from a too large "normative" freedom (liberté normative), without such freedom being expressly conferred by the parties themselves...

For us, the best would be to choose a national applicable law, while granting the arbitrator expressly the power to use his own sense of fairness for moderating its rules, as usually for amiable compositeurs (see Eric Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Litec, Paris, 1980). As the famous old latin proverb says, Dura Lex, sed Lex (Law is Harsh, but it is the Law), so it is perfectly legitimate for the parties to wish that fairness prevails

over predictability, provided they choose this expressly...

Moreover, concerning real usages of international business, if the parties want to make sure that such usages are respected, they may do so next to an express choice of a national applicable law, knowing that traditionally all countries of the world recognize the role of customs and usages, even without an express reference to them. In addition, nowadays modern arbitration laws and rules of arbitration frequently contain a reference to usages of international business.

Where the need for legal creativity is even greater in the international field, we suggest that influential business organizations like ICC and other prestigious institutions increase their efforts to codify modern rules in additional international fields, as they have done it successfully in the past at the level of Incoterms. This will conciliate needs of creativity and predictability, in a satisfactory way.

To conclude, we would like to stress that in addition to the careful selection of a proper applicable national law, completed by usages of international business and eventually corrected by the sense of fairness of the arbitrator, in case of an amiable composition expressly stipulated by the parties, the best is to encourage parties involved in international disputes, as much as possible, to do their best to resolve their disputes amicably, if needed with the assistance of a mediator: this is certainly where much larger legal creativity and flexibility are really legitimate (instead on betting on modern transnational myths in international arbitration) !...

Choisir un règlement prescrivant une renonciation à tous recours contre la sentence arbitrale.

Özgür ASIK

Président de la Délégation Turque de la Cour Européenne d'Arbitrage

Sommaire

Introduction

I. La possibilité de renoncer à tous recours contre une sentence arbitrale

II. Les effets de la renonciation à tous recours contre une sentence arbitrale

III. La conformité de la renonciation à l'article 6 § 1 de la convention européenne de droits de l'homme (cedh)

Conclusion

Introduction

A titre introductif, il est utile de préciser ce que l'on entend par « tous recours » et distinguer selon que l'acte attaqué soit une sentence arbitrale ou une ordonnance d'exequatur.

Dans la plupart des législations modernes, la sentence arbitrale internationale ne peut faire l'objet que :

- d'un recours en annulation au lieu du siège de l'arbitrage ; et
- d'un recours en révision.

L'appel et la tierce opposition sont généralement exclus.

Le recours qui va nous intéresser ici est le recours en annulation qui est le recours naturel contre la sentence arbitrale internationale.

Il s'agit en réalité du seul véritable recours qui puisse être formé contre une sentence arbitrale

internationale, et constitue à ce titre la garantie essentielle que des sentences contraires à l'ordre public soient bien privées d'effet. Il est donc important qu'il soit préservé au maximum.

Toutefois progressivement les législations nationales concernant l'arbitrage international ont tour à tour connu des réformes tendant à rendre toujours plus souples les règles régissant l'arbitrage international. Ceci a conduit un nombre important de pays à permettre aux parties de renoncer au recours en annulation.

Cette possibilité de renonciation offerte aux parties reflète un choix de politique législative qui répond au souhait des législateurs nationaux d'augmenter l'attractivité et l'efficacité de l'arbitrage international dans leurs pays respectifs, en évitant que la sentence soit soumise au double contrôle du juge du recours et juge de l'exequatur, et en renforçant la liberté contractuelle.

Dès lors, il convient d'abord d'analyser la manière par laquelle les législations nationales et règlements d'arbitrage ont organisé cette possibilité de renonciation offerte aux parties (1) pour ensuite comprendre ses effets (2) et enfin s'interroger sur sa conformité à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (3).

I. La renonciation a tout recours contre une sentence arbitrale

L'approche libérale adoptée par les législations nationales régissant l'arbitrage international qualifiées de « modernes » (A.) et les règlements d'arbitrage (B) ont offert aux parties la faculté de renoncer à tous recours contre la sentence

arbitrale.

Dans les deux cas, l'objectif est de renforcer d'une part l'autonomie de la volonté des parties à l'arbitrage et d'autre part l'autorité des sentences arbitrales internationales rendues.

La Suisse a été l'un des premiers pays à permettre cette renonciation. Elle est prévue à l'article 192 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (ci-après la LDIP) et est libellé comme suit:

« Si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral. elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'article 190, al. 2. » (cas d'ouverture du recours en annulation).

En application de cet article, deux conditions doivent être remplies pour qu'il y ait renonciation valable :

- les parties doivent avoir manifesté une volonté expresse quant à l'exclusion de tout recours en annulation contre la sentence ;
- les parties ne doivent avoir aucun lien avec la Suisse, lieu du siège de l'arbitrage et/ou ne pas avoir la nationalité suisse.

Cela signifie que les personnes physiques ne doivent pas être domiciliées en Suisse ou y avoir leur résidence habituelle. Quant aux personnes morales, elles ne doivent pas avoir été incorporées en Suisse, ni posséder un établissement dans ce pays.

La loi fédérale suisse a inspiré les réformes qui ont été suivies par plusieurs pays, notamment :

- la Belgique qui prévoit cette possibilité à l'article 1718 du code judiciaire belge ;
- la Suède, à l'article 51 de l'Arbitration Act du 4 mars 1999 ;
- la Turquie, à l'article 15A de la loi turque sur l'Arbitrage International du 21 Juin 2001 « Milletlerarasi Tahkim Kanunu » ;

En Suisse, la renonciation est également autorisée à l'encontre de quelqu'un des motifs de recours en annulation. Les parties peuvent par exemple circonscrire l'exclusion du recours en annulation au cas dans lequel un tribunal arbitral était incompétent pour connaître des questions portées devant lui.

En France la réforme a été introduite par le décret de 2011 à l'alinéa 1er de l'article 1522 du Code de procédure civile qui dispose : « par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation ».

Il convient de constater que le droit français va encore plus loin en permettant une renonciation dans tous les cas, c'est-à-dire peu importe que les parties aient la nationalité française ou/et soient domiciliées ou établies sur le territoire français. La seule condition posée réside simplement dans le caractère international de l'arbitrage.

Toutefois, le droit français ne permet pas aux parties de « moduler » leur renonciation : les parties sont en droit de renoncer à tout recours contre leur sentence, mais ne sont pas autorisées à renoncer à tel ou tel motif d'annulation prévu à l'article 1520 du code de procédure civile. Il s'agit là d'une différence

importance par rapport à l'article 192 de la LDIP suisse.

Par conséquent le droit procédural du siège de l'arbitrage va influencer sur la marge de manœuvre accordée aux parties dans l'acte de renonciation projeté.

B- Les règlements d'arbitrage prescrivant une renonciation à tous recours contre la sentence arbitrale

Les institutions arbitrales ont, quant à elles, été séduites par l'objectif de renforcement de l'autorité des sentences arbitrales rendues sous leur égide jusqu'à réviser leur règlement. Cette révision a consisté pour la plupart à intégrer des dispositions prévoyant que par la soumission de leur différend au Règlement, les parties sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours contre la sentence arbitrale qui serait rendue.

Tel est le cas notamment de :

- l'article 34 (6) du Règlement de la CCI de 2012 qui précise que :
« Toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties. Par la soumission de leur différend au Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer » ;
- l'article 26.8 du Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (« LCIA ») qui précise :
« Every award (including reasons for such award) shall be final and binding on the Parties. The Parties undertake to carry out

any award immediately and without any delay (subject only to article 27); and the Parties also waive irrevocably their right to any form of appeal, review or recourse to any state court or other legal authority, in so far as such waiver shall not be prohibited under any applicable law».

- L'article 32.2 du Règlement du Cepani (Centre belge d'arbitrage et de médiation) est libellé comme suit:
« Par la soumission de leur litige à l'arbitrage du Cepani et hormis l'hypothèse où une renonciation expresse est requise par la loi, les parties renoncent à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer».

Pas tous les règlements d'arbitrage n'abordent pas la question de la renonciation, tel est le cas de la CNUDCI, de la Chambre de commerce de Stockholm, de Vienne (Vienna International Arbitral Centre – VIAC), ou encore du centre d'arbitrage d'Istanbul, dans ce cas le droit procédural du siège s'appliquera. Pour les règlements d'arbitrage prescrivant cette possibilité, la question se pose de savoir si la renonciation par le biais d'un simple renvoi à un règlement d'arbitrage est valide.

De manière générale, il est admis que les dispositions du règlement d'arbitrage auquel il est fait référence de manière expresse ou tacite font partie intégrante de la convention des parties et, à ce titre, les lie.

Pour autant, ce raisonnement est-il transposable à la renonciation au recours en annulation?

Afin d'y répondre il convient de rappeler les conditions posées par les législations nationales citées supra, à savoir la manifestation d'une volonté d'expresse quant à l'exclusion de

tout recours en annulation contre la sentence, l'absence pour certaines de liens avec le pays du siège de l'arbitrage, et le caractère international de l'arbitrage pour d'autres.

La condition qui nous intéresse pour répondre à la question, est celle qui régit la forme que doit revêtir la renonciation. Et plus précisément de savoir si l'article qui, dans un règlement d'arbitrage prévoit que les parties renoncent par avance à tous les recours auxquels elles peuvent valablement renoncer remplit l'exigence de la «manifestation d'une volonté expresse» «convention spéciale» posée par les législations nationales, ou bien s'il faut un acte autonome. Les termes choisis par les législateurs semblent souligner l'importance des recours objets à renonciation, et à ce titre la renonciation ne se présume pas. Dès lors elle ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation, à savoir un acte exprès de renonciation.

En effet, la renonciation au recours en annulation est un acte grave. Par conséquent permettre aux parties parfois sans même en avoir conscience, de s'affranchir de tout contrôle pourrait conduire à l'exécution de sentences condamnables.

La renonciation ne peut donc être faite qu'avec la parfaite connaissance de sa portée, grâce à un consentement libre et éclairé. Or, si le consentement résulte la seule adhésion à un règlement d'arbitrage, la renonciation est seulement indirecte.

Dès lors, la référence générale à un règlement d'arbitrage ne suffit pas.

C'est en ce sens que se prononce le Tribunal fédéral suisse, qui a toujours refusé les renonciations indirectes, c'est-à-dire les renonciations qui ne résultent pas directement de la convention d'arbitrage ou d'un accord écrit

ultérieur, mais qui figurent dans un document distinct et préexistant auquel les parties renvoient, tels les règlements d'arbitrage. Une telle renonciation indirecte ne constitue pas une renonciation valable au sens de l'article 192 LDIP¹.

C'est notamment la position de la cour d'appel de Bruxelles qui a ainsi précisé que :

«les termes de la loi - «une déclaration expresse» dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure » excluent que l'on se contente d'un simple renvoi général à un règlement d'arbitrage qui, parmi d'autres dispositions, contiendrait l'exclusion du recours en annulation et ce, que ce renvoi se trouve dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure. L'écartement du recours en annulation par les parties sans lien avec la Belgique doit se faire de manière expresse et sans ambiguïté. Le renvoi à un règlement qui prévoit une telle renonciation ne suffit donc pas»².

Sous le droit français la renonciation est soumise à des formes rigoureuses. En effet, bien qu'elle puisse être faite à « tout moment » d'après l'article 1522 du Code de procédure civile, cette renonciation doit être formulée «expressément» et par «convention spéciale».

La cour d'appel de Paris a jugé que :

«la renonciation doit viser expressément le recours en annulation et ne saurait résulter d'une clause générale. Dès lors ne constitue pas une renonciation au recours en annulation la clause qui énonce que « la sentence

sera définitive, obligatoire et pleinement et immédiatement exécutoire entre les parties, et les parties seront irrecevables à interjeter un quelconque appel de et/ou contester la sentence devant une quelconque juridiction, cour ou tribunal arbitral»³.

La renonciation par référence à un règlement d'arbitrage ne répond à l'évidence pas à cette condition.

La position des juges étatiques a été confirmée par la CCI, s'agissant de l'article 35(6) du Règlement de la CCI, dans le guide du Secrétariat relatif à l'arbitrage CCI (The Secretariat's Guide to ICC Arbitration) où est expressément écrit que

« Il est peu probable que la renonciation à toutes voies de recours prévue à l'article 35(6) soit jugée suffisante pour constituer une renonciation au droit d'introduire un recours en annulation d'une sentence même devant une juridiction où une telle dérogation est possible ».

On peut dès lors être amené à se poser la question de savoir quelle forme doit revêtir la renonciation pour être pleinement valable.

Il n'est pas nécessaire que la renonciation au recours en annulation soit faite par acte autonome, toutefois il est important que si elle figure dans la convention d'arbitrage ou dans l'acte de mission, elle doit y figurer de manière séparée et visible des autres clauses du même acte et des autres alinéas de la clause compromissoire. C'est-à-dire qu'elle doit être l'objet d'une mention spéciale, puisqu'il s'agit d'une « convention spéciale ».

1 - Tribunal fédéral du 1er déc. 2004, 4P.62/2004, consid. 1.2 : « any decision taken by the said court [viz. the Court of Arbitration for Sport] shall be without appeal or recourse to ordinary courts, and is binding on the parties concerned »

2 - Bruxelles, 22 juin 2009, Rev. arb. 2009. 574-594. Sur ce point, V. également : Ph. de Bournonville, Droit Judiciaire, L'arbitrage, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 216-217, n° 292

3 - CA Paris, ordonnance 3 avril 2014, Farmex Technologies

À l'égard des règlements d'arbitrage contenant une clause de renonciation, certains auteurs estiment que toute ambiguïté serait levée si « le règlement d'arbitrage prévoyait dans une annexe une telle renonciation, dans l'hypothèse où celle-ci serait signée par les parties, ce qui serait de nature à lever tout doute sur leur volonté de renoncer au recours en annulation⁴ ».

C'est à une appréciation au cas par cas à laquelle il faut se livrer pour déterminer si « la déclaration expresse des parties à renoncer à tout recours » est valide.

Le Tribunal fédéral suisse⁴ considère que l'exclusion est valide dès lors que la volonté des parties d'exclure tout recours à l'encontre de leur sentence est non équivoque: voilà quelques exemples de clauses formulées en ces termes :

«The decision of the arbitrators shall be final and binding and neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law»

«The parties expressly waive recourse to the Swiss Federal tribunal against the award of the FAT [i.e. FIBA Arbitral Tribunal] as provided in Article 192 of the Swiss Act on Private International Law».

Le droit procédural du siège de l'arbitrage constitue en réalité le « premier filet » de protection des intérêts des parties désireuses de renoncer à tous recours contre la sentence arbitrale internationale.

II. Les effets de la renonciation à tous recours contre la sentence arbitrale

Dès lors que l'accord de renonciation est valide, les parties ne peuvent plus tenter un recours en annulation contre la sentence devant les juridictions du siège de l'arbitrage.

Toutefois, cela ne signifie pas que la sentence ne puisse plus faire l'objet d'un contrôle de la part du juge étatique. En effet, au stade de l'exécution de la sentence au siège de l'arbitrage, si cet Etat figure parmi les 156 Etats signataires de la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, cette convention s'appliquera pleinement.

En conséquence, l'examen de la sentence s'opèrera dans le cadre d'une demande d'exequatur qui est sous le même régime du recours en annulation.

Il s'agit du « second filet de protection » pour les parties.

Cette possibilité est expressément prévue par les législations nationales, elle figure parfois directement dans la disposition légale régissant la renonciation, comme par exemple la loi suisse (alinéa 2 article 192 de la LDIP⁶), le droit français (l'alinéa 2 de l'article 1522 du CPC⁷) ou encore le droit turc (article 15B de la loi turque sur l'Arbitrage International⁸).

4 - E. Gaillard et P. de Lapasse, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, Cah. arb., vol. 2, 2011, p. 328.

5 - L'arrêt du Tribunal fédéral du 4 janv. 2012, 4A_238/2011 ; Tribunal fédéral du 29 mai 2012, 4A_232/2012

6 - « Lorsque les parties ont exclu tout recours contre les sentences et que celles-ci doivent être exécutées en Suisse, la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie ».

7 - « Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520 (cas d'ouverture d'annulation) »

8 - « İptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi sırasında (A) fıkrasının 2 nci bendinin (a) ve (b) alt bent hükümleri mahkemece re'sen dikkate alınır. Bu hâlde mahkemece aksine karar verilmedikçe, inceleme dosyası üzerinden yapılır. »

Que se passe t-il concrètement ?

Une fois la sentence rendue, la partie ayant succombée se trouve dans l'impossibilité d'introduire un recours en annulation contre la sentence et demeure suspendue à la décision de son adversaire de demander la reconnaissance et l'exécution de la sentence au siège de l'arbitrage.

A ce stade, on peut penser que la renonciation au recours en annulation n'a finalement pour conséquence de priver la partie qui souhaiterait contester la sentence d'un droit d'initiative procédurale, puisque le recours redevient possible mais sous une autre forme, c'est-à-dire celle de l'appel de l'ordonnance d'exequatur, dont le régime emprunte à celui du recours en annulation.

En pratique, il y a des cas où la partie qui a succombée peut se retrouver totalement désarmée face à une sentence contre laquelle elle a renoncé à tous recours.

Tel est le cas lorsque le demandeur à l'instance se retrouve débouté de l'intégralité de ses demandes par le tribunal arbitral siégeant par exemple en France. La conclusion d'un acte de renonciation l'empêche tout d'abord de demander l'annulation de la sentence pour l'un des motifs, par exemple, que le tribunal a été irrégulièrement constitué ou que le principe de la contradiction n'a pas été respecté.

Par ailleurs, dans la mesure où le droit français reconnaît l'autorité de la chose jugée à toute sentence arbitrale rendue en France relativement à la contestation qu'elle tranche, ce demandeur ne peut pas retenter sa chance devant les juridictions françaises ou un autre tribunal arbitral.

Il suffit alors à la partie qui a gagné, consciente que l'acte de renonciation prive l'autre partie de tout recours contre la sentence, de ne jamais demander l'exequatur de la sentence afin de ne pas ouvrir la porte à la contestation par la partie succombent sur le fondement de l'article 1522 alinéa 2 du CPC. La partie ayant obtenu gain de cause bloque de cette façon toute possibilité de contrôle au stade de l'exequatur de la sentence privant ainsi l'autre partie d'un recours effectif à l'encontre de la sentence.

Diverses solutions ont été envisagées par la doctrine française pour remédier à cette situation de blocage.

Notamment pour la partie ayant succombée, à introduire une action en inopposabilité à l'encontre de la sentence rendue en France, ce qui lui permettrait de demander que la sentence lui soit inopposable.

Or, si on garde à l'esprit l'objet de l'action en inopposabilité, elle est dirigée à l'encontre d'un jugement étranger non revêtu de l'exequatur pour le priver d'effets en France. Dès lors, le juge français exerce un contrôle poussé de la validité du jugement étranger.

Mais, la procédure d'exequatur d'une sentence arbitrale est différente et le tribunal de grande instance de Paris a rejeté une action en inopposabilité au motif qu'elle n'était pas prévue par le décret de 1981 régissant l'arbitrage, précisant que « le législateur a voulu clairement supprimer la multiplicité des recours possibles, les simplifier et les unifier autour des seules critiques contre la sentence ou contre l'ordonnance d'exequatur, qui en l'espèce sont limités à cinq cas d'ouverture ». Cela n'a pas été remis en cause par le décret de 2011, par conséquent les recours à l'encontre de la sentence arbitrale sont toujours limitativement énumérés.

Le seul recours possible à l'encontre d'une sentence rendue en France lorsque les parties ont renoncé à tous recours en annulation est l'appel contre l'ordonnance d'exequatur de l'article 1522 alinéa 2.

En conséquence, l'action en inopposabilité paraît difficilement envisageable⁹.

Autre proposition, la possibilité pour la partie ayant succombé, à demander lui-même l'exequatur de la sentence en France pour ensuite faire immédiatement appel de l'ordonnance l'accordant dans les conditions de l'article 1522 alinéa 2 du code de procédure civile.

Rien n'empêche la partie qui a succombé à demander l'exequatur de la sentence. Toutefois, sous du décret de 1981, une partie déboutée avait décidé de demander elle-même l'exequatur de la sentence qui l'avait condamnée avant de faire immédiatement appel de l'ordonnance d'exequatur pour s'opposer aux effets en France d'une sentence arbitrale étrangère.

Cette démarche artificielle avait été sanctionnée par la cour d'appel de Paris qui avait estimé « qu'était irrecevable par défaut d'intérêt à agir, l'appel diligenté par une partie contre l'ordonnance d'exequatur qu'elle avait elle-même sollicitée¹⁰ ». La partie avait effectivement obtenu satisfaction puisque sa demande d'exequatur avait été acceptée ; elle n'avait dès lors aucun intérêt à interjeter appel de cette décision.

Force est de constater que les différents moyens envisagés ne sont pas en mesure d'offrir un

recours effectif aux parties qui ont valablement renoncé à tout recours en annulation.

Par conséquent, les parties qui renonceront valablement à tous recours contre la sentence arbitrale devront être prêtes à en assumer les conséquences, en particulier si les droits fondamentaux de la procédure arbitrale ne sont pas respectés.

Puisqu'il est question des droits fondamentaux, la question s'est posée de savoir s'il est possible de renoncer à tous recours contre une sentence arbitrale sans violer l'article 6§1 de la CEDH.

III. La conformité de la renonciation à l'article 6 § 1 de la convention

La réponse a été récemment apportée par la Cour EDH dans sa décision relative à l'affaire *Tabbane c. Suisse* (24 mars 2016, requête no 41069/12).

Même si Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas applicable comme telle à l'arbitrage, son contenu s'impose à la procédure arbitrale. En effet, un tribunal arbitral, qui violerait le principe de l'égalité des parties ou qui ne respecterait pas le principe du contradictoire, porterait atteinte aux droits de la défense ou manquerait d'impartialité, verrait sa sentence annulée.

9 - « Les voies de recours ont, en droit français, un caractère limitatif. Elles ne sont pas « aménageables au gré de la volonté des parties dans la mesure où leur organisation est d'ordre public, si bien que des dispositions qui dérogent aux articles 1502 et 1504 du nouveau code de procédure civile sont réputées non écrites ». Paris, 19 févr. 2004, *Rev. arb.* 2004. 859, note L. Jaeger
10 - Paris, 10 nov. 1987, *F.L. Smidth & Co, Rev. arb.* 1989. 669, note A.-D. Bousquet.

Le requérant, M. Tabbane homme d'affaires tunisien, décida de créer un partenariat industriel et commercial avec la société Colgate. Un contrat « option agreement » fut signé entre les parties réglant toutes les questions financières et juridiques.

Ce contrat contenait une clause compromissoire par laquelle les parties ont convenu d'un arbitrage CCI dans les termes suivants :

« Any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this Agreement or the breach, termination or validity thereof that cannot be satisfactorily settled by mutual conference within 30 days of the declaration by either party of a dispute, shall be settled by arbitration in accordance with the rules and procedures then in force of the International Chamber of Commerce ("ICC"). The arbitration will be heard and determined by three arbitrators. Colgate and the Grantors will each select one arbitrator ; the third arbitrator will be selected by mutual agreement of the two party-appointed arbitrators. If within ten (10) days of appointment they cannot agree on a third arbitrator, the third arbitrator will be selected by the ICC ; provided, however, that the third arbitrator may not be of the same nationality as either party or of either party-appointed arbitrator. The arbitration shall be held in a country to be selected by the arbitrators, except that it shall not be the country of either party to this Agreement.

Neither Colgate nor the Grantors (M. Tabbane et fils) shall be entitled to commence or maintain any action in a court of law upon any matter in dispute arising from or concerning

this Agreement or a breach thereof except for the enforcement of any award rendered pursuant to arbitration under this Agreement. The decision of the arbitrators shall be final and binding and neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law.»

Par la suite, la société Colgate introduit une requête d'arbitrage contre M. Tabbane et ses fils devant la CCI suivant la procédure établie par la clause compromissoire. Il incombait aux trois arbitres de déterminer le siège du tribunal d'arbitrage, qui fut fixé à Genève.

Pendant cette procédure, M. Tabbane demanda au tribunal arbitral de nommer un expert financier qui procéderait à un audit des finances des sociétés qu'il détenait. Le tribunal arbitral rejeta la demande, considérant que la société Colgate avait déjà produit des preuves financières d'un expert et qu'il suffisait de permettre à l'expert de M. Tabbane d'obtenir l'accès à ces mêmes documents comptables.

Le 9 mars 2011, le tribunal arbitral rendit sa sentence finale et condamna M. Tabbane et à ses fils à transmettre toutes leurs actions à la société Colgate et de payer les dépens et les frais d'avocats.

M. Tabbane forma un recours devant le Tribunal fédéral suisse afin d'obtenir l'annulation de cette sentence. Il déclara la requête irrecevable au motif que les parties avaient valablement renoncé à recourir contre toute décision rendue par le tribunal arbitral, conformément à l'article 192 de la loi fédérale sur le droit international

9 - « Les voies de recours ont, en droit français, un caractère limitatif. Elles ne sont pas « aménageables au gré de la volonté des parties dans la mesure où leur organisation est d'ordre public, si bien que des dispositions qui dérogent aux articles 1502 et 1504 du nouveau code de procédure civile sont réputées non écrites ». Paris, 19 févr. 2004, Rev. arb. 2004. 859, note L. Jaeger
10 - Paris, 10 nov. 1987, F.L. Smidth & Co, Rev. arb. 1989. 669, note A.-D. Bousquet.

privé:

«Sans doute la renonciation au recours implique-t-elle l'impossibilité pour la partie qui a succombé de faire constater par le Tribunal fédéral que la sentence attaquée a été rendue en violation des garanties procédurales fondamentales prévues par cette norme conventionnelle. Toutefois, ni la lettre ni l'esprit de celle-ci n'empêchent une personne de renoncer à de telles garanties de son plein gré, pour autant que pareille renonciation ne soit pas équivoque et ne se heurte à aucun intérêt public important. Or, l'art. 192 al. 1 LDIP satisfait à ces exigences puisqu'il commande que la renonciation soit expresse et, de surcroît, qu'elle fasse l'objet d'un accord entre les parties, ce qui exclut toute renonciation unilatérale. (...) Au demeurant, comme l'arbitrage est un mode conventionnel de résolution des litiges par des juge privés - les arbitres - que les parties peuvent choisir, on ne voit pas, a priori, à quel intérêt public important une renonciation anticipée au recours, intervenant dans ce cadre procédural, serait susceptible de porter atteinte dans le cours ordinaire des choses. Force est ainsi de conclure à la conformité de l'art. 192 al. 1 LDIP avec l'art. 6 par. 1 CEDH.

Se plaignant d'avoir été privé de l'accès à un tribunal en Suisse pour contester la procédure d'arbitrage. M. Tabbane décida de saisir la Cour EDH en invoquant la violation des articles 6§1 et 13 de la CEDH.

Dans son arrêt du 24 mars 2016, la Cour européenne des droits de l'homme rejeta le grief, en relevant notamment ce qui suit:

- Le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu: il se prête à des limitations que l'on connaît.
- Cette renonciation est admissible si elle

est libre, licite et sans équivoque et si elle s'entoure d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité.

- L'article 192 de la LDIP «reflète un choix de politique législative qui répond au souhait du législateur suisse d'augmenter l'attractivité et l'efficacité de l'arbitrage international en Suisse, en évitant que la sentence soit soumise au double contrôle de l'autorité de recours et du juge de l'exequatur », en veillant à ne pas charger indûment le Tribunal fédéral et en renforçant la liberté contractuelle.
- Cette mise en valeur de la place arbitrale suisse est un but légitime et le moyen utilisé, la possibilité d'exclure conventionnellement le recours en annulation en Suisse, n'est pas disproportionné avec l'objectif poursuivi. La partie qui n'a en Suisse ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement, n'est pas tenue d'exclure le recours: à un tribunal ordinaire mais elle a la faculté de renoncer à ce recours en exerçant sa liberté contractuelle.
- Cette renonciation est entourée de garanties suffisantes. D'abord, le requérant a pu élire un arbitre de son choix. Cet arbitre, agissant de concert avec les deux autres arbitres, a été d'accord de choisir Genève comme lieu d'arbitrage, ce qui a eu pour conséquence que le droit suisse est devenu le droit applicable de l'arbitrage. Le tribunal arbitral a entendu les arguments du requérant, il a pris en compte tous les éléments factuels et juridiques du litige et il a motivé sa décision.
- Ensuite, il résulte de l'article 192 alinéa 2 de la LDIP que dans la mesure où le recours en annulation a été exclu, les tribunaux ordinaires exercent un contrôle sur les

sentences arbitrales via la procédure de l'exequatur, en refusant leur exécution pour les motifs énumérés à l'article V de ladite Convention.

Dès lors, le requérant débouté s'est vu privé du droit d'intenter un recours en annulation et d'invoquer une violation au titre de la CEDH pour avoir renoncé à exercer tous recours contre la sentence arbitrale à intervenir.

Le droit conventionnel ne constitue donc pas un filet de protection à cet égard.

expresse » ou « convention spéciale » elles font pleinement valoir leur liberté contractuelle.

Comme dans tous les domaines, le risque réel en la matière est l'ignorance. Il s'agit ici de l'ignorance des mécanismes de l'arbitrage par les parties, qui doivent ainsi être accompagnées à chaque étape de la procédure d'arbitrage par des praticiens qualifiés, et ce dès la rédaction de la clause d'arbitrage, étape cruciale qui impactera sur tout le cours de la procédure à venir.

Conclusion

À la lumière de ces différents éléments, il convient de préciser que le droit de renoncer à tous recours contre la sentence doit être utilisé avec précaution par les parties.

La faculté de renonciation ainsi que son encadrement par les législations nationales tendent tous les deux en réalité à assurer la liberté contractuelle des parties puisque :

- Si une partie, ignorant les effets de la renonciation, opte pour un règlement qui prescrit une renonciation à tous recours contre la sentence arbitrale, la condition de « déclaration expresse » ou « convention spéciale » anéantit les effets de la renonciation, cette renonciation n'émanant pas d'une volonté libre et éclairée.
- Dans le cas contraire, si les parties, pleinement conscients des conséquences de la renonciation, décident de renoncer à tous recours contre la sentence, en respectant les conditions de déclaration

N'être pas assisté par un spécialiste en matière d'arbitrage

Prof. Sixto Sánchez Lorenzo¹

Membre du Comité Exécutif de la Délégation Espagnole de la Cour Européenne d'Arbitrage

Il y a seulement une chose plus dangereuse, lors d'une procédure arbitrale, que le fait de n'être pas assisté par un spécialiste vraiment averti sur le domaine de l'arbitrage: celle d'avoir désigné un arbitre qui n'est pas spécialiste sur le sujet de la controverse. Il est permis de se méfier des arbitres qui ne parlent ou n'écrivent qu'à propos de matières arbitrales. Finalement, la chose plus importante dans une controverse arbitrale est la décision sur le fond d'une question de droit matériel. On peut trouver des sentences arbitrales annulées en raison d'une confusion entre la perte de gain et la perte de chance². Récemment, une sentence arbitrale a été annulée du fait qu'elle contredisait les règles d'un procès équitable en déterminant la dissolution d'une société commerciale qui n'était pas partie dans une procédure arbitrale qui ne concernait que les associés³.

Mais il faut être également méfiant devant des avocats ou des conseillers juridiques, même très réputés dans les domaines du droit commercial international, qui ne maîtrisent point les aspects fondamentaux d'une controverse arbitrale.

On a déjà souligné l'importance d'une assistance spécialisée même pendant les pourparlers d'une convention d'arbitrage. La rédaction d'une belle convention d'arbitrage exige d'éviter les

clauses pathologiques, mais aussi de connaître les conséquences de choisir un arbitrage ad hoc ou institutionnel, et surtout de choisir une cour d'arbitrage ou un règlement d'arbitrage particuliers.

La maîtrise des questions arbitrales devient essentielle dans l'instance arbitrale. Chaque institution, chaque siège et chaque règlement d'arbitrage nous montrent des singularités. Les avocats doivent être conscients de ces particularités et, au-delà, ils doivent se sentir à l'aise dans une culture générale assez différente de celle qui préside les procédures devant les juridictions nationales.

Voyons quelques exemples:

1. La portée du principe de loyauté

Contrairement aux procédures judiciaires, l'instance arbitrale est fondée sur des principes idiosyncrasiques : flexibilité, célérité, oralité, coopération, loyauté... Ces principes qualifient l'instance arbitrale et au même temps fournissent les clefs qui expliquent les rapports entre l'arbitrage et les juridictions étatiques. Par exemple, le principe général de coopération

1 - Professeur de droit international privé de l'Université de Grenade (Espagne).

2 - Cour de Cassation (1re Ch. civ.), 29 juin 2011, *Soc. Overseas Mining Investments Ltd c/ soc. Commercial Caribbean Niquel* (Revue de l'arbitrage, 2011/3).

3 - Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1), 20 janvier 2015, *Société Coralsa Corporation Alimentaria SA c/ société Ingelco* (Revue de l'arbitrage, 2015/1).

et loyauté entre les parties et les arbitres a une portée particulière inconnue dans l'instance judiciaire et comporte des conséquences variées et remarquables. L'article 1.464.3^o du Code de Procédure Civile français contient une formulation expresse du principe de loyauté: « Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ».

Un tel principe explique la règle de l'estoppel connue même par la jurisprudence française, selon laquelle, par exemple, les parties ne peuvent pas contester la compétence du tribunal arbitral si elles ont nié préalablement la compétence de la juridiction nationale s'appuyant sur la convention d'arbitrage, ou une partie, qui a elle-même formé la demande d'arbitrage et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, ne peut pas soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable⁴.

La règle de l'estoppel limite aussi les effets négatifs de la convention d'arbitrage. Par exemple, l'article 7 de la Loi Fédérale Suisse sur le Droit International Privé prévoit une exception à la déclinatoire de la compétence des tribunaux suisses au cas où «le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage»⁵.

Le principe de loyauté explique aussi le refus aux États, entreprises ou institutions publiques du droit d'invoquer les prérogatives établies dans le droit national afin d'éviter l'instance arbitrale⁶.

L'application du droit de l'arbitrage aux entités publiques pose certaines incertitudes, même en droit français. À propos d'une affaire récente, le Conseil d'État a assumé des compétences extraordinaires d'intervention et de contrôle par rapport à l'annulation et à la reconnaissance de sentences arbitrales concernant des conventions d'arbitrage qui obligent les entités publiques françaises⁷.

4 - *Golshani c/ Gouvernement de la République islamique d'Iran, Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 6 juillet 2005, 01-15.912, Revue de l'arbitrage, 2005, 993, note Ph. Pinsolle.*

5 - *Aux États-Unis, l'article 3 de la Federal Arbitration Act s'inspire aussi de cette règle émanant du principe de loyauté: "If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement, providing the applicant for the stay is not in default in proceeding with such arbitration."*

L'article 5 de la Loi suédoise sur l'arbitrage est aussi très représentative de la portée du principe de loyauté sur les effets négatifs de la convention d'arbitrage:

«A party shall forfeit his right to invoke the arbitration agreement as a bar to court proceedings where the party:

1. has opposed a request for arbitration;
2. failed to appoint an arbitrator in due time; or
3. fails, within due time, to provide his share of the requested security for compensation to the arbitrators».

6 - Article 177.2 de la Loi Fédérale Suisse sur le Droit International Privé du 18 décembre 1987:

«Si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage ».

Article 2.2 de la Loi d'Arbitrage espagnole:

«Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral».

Article II de la Convention sur l'arbitrage commercial international de 1961: Capacité des personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage:

- «1. Dans les cas visés à l'article 1, paragraphe 1, de la présente Convention, les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de « personnes morales de droit public » ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage.
2. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention ou d'y adhérer, tout État pourra déclarer qu'il limite cette faculté dans les conditions précisées dans sa déclaration».

7 - Arrêt du 19 avril 2013, *Revue de l'arbitrage, 2013, 761, note de M. Laazouzi. Voir une synthèse de l'évolution de cette question en droit français à M. Jacquet, Ph. Delebecque y S. Carneloup, Droit du commerce international, 3ème éd., Paris, 2014, Dalloz, 851-859. Plus en détail, bien que publié avant la dernière décision du Conseil d'État, M. Audit, "Arbitrage international et contrats publics en France", Contrats publics et arbitrage international (M. Audit éd.), Bruxelles, Bruylant, 2011, 115-132.*

2. Déchéance ou renonciation au droit de faire objection

Un principe général, presque universel, gouvernant l'instance arbitrale établit la renonciation au droit de faire objection devant les juges ou les arbitres en raison d'irrégularités touchant le tribunal ou l'instance arbitrale, si la partie affectée n'a pas invoqué une telle irrégularité si tôt qu'elle l'a connue ou a pu la connaître.

L'article 32 du Règlement de la CNUDCI établit à ce propos une règle qui est devenue un principe général du droit de l'arbitrage⁸:

«Une partie qui ne formule pas promptement d'objection au non respect du présent Règlement ou d'une condition énoncée dans la convention d'arbitrage est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection, à moins qu'elle ne puisse montrer qu'en l'espèce l'absence d'objection de sa part était justifiée.

La perte du droit de faire objection ferme la porte à une possible annulation de la sentence arbitrale devant les juges. Évidemment, la seule voie pour conserver un tel droit consiste à être extrêmement attentif pendant le déroulement de l'instance arbitrale, car toute irrégularité doit être remarquée et notifiée à temps. Néanmoins, il semble impossible d'être prudent à ce propos si l'on manque de la connaissance approfondie des règles et des principes qui gouvernent l'arbitrage international et, particulièrement, de la portée des conventions d'arbitrage, des règlements arbitraux et de la *lex arbitri* applicable à un arbitrage donné.

La même connaissance et la même prudence sont exigées afin de récuser les arbitres en cas

d'impartialité ou de faute d'indépendance. Les particularités du monde arbitral obligent les avocats experts à faire attention aux conflits d'intérêts et aux révélations des arbitres à propos de leur indépendance et de leur neutralité. Une investigation préalable au-delà de ces déclarations est toujours recommandable. Tout ce qu'une partie peut facilement connaître au moment de la constitution du tribunal arbitral ne pourra pas être utilisé postérieurement afin de récuser un arbitre.

Par conséquent, il y a certains reflexes conditionnés de Pavlov qui sont propres à l'espèce arbitrale et qui ne partagent point d'autres espèces, telle que la juridictionnelle.

3. L'acte de mission

L'acte de mission fournit une autre preuve de l'importance de compter sur des avocats experts en matière arbitrale. Rédiger un acte de mission constitue un pas important selon certaines règlements et lois d'arbitrage, particulièrement dans le continent européen, mais aussi dans la Cour d'Arbitrage de la CCI (article 23 du règlement). Les audiences préliminaires peuvent accomplir le même rôle dans les systèmes qui ne connaissent pas l'acte de mission proprement dit (article 15 du Règlement d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA).

Ce document sert à clarifier la convention d'arbitrage, à fixer le sujet et les points controversés, à déterminer la loi applicable

⁸ - La même règle se trouve, par exemple, dans les articles 39 du Règlement d'Arbitrage de la CCI, 1466 du Code de la Procédure Civile français, 73 de la Loi anglaise sur l'arbitrage, 14 de l'Acte Uniforme sur l'Arbitrage de l'OHADA, 31 du Règlement de la Chambre de Commerce de Stockholm, 28 des Arbitration Rules de l'ICDR.

au fond, le siège et la langue de l'arbitrage, le calendrier et les voies de notification, le cadre procédural du litige, les pouvoirs des arbitres comme médiateurs, les délais et les dates limites. Les parties et leurs avocats travaillent avec les arbitres pour la rédaction de l'acte de mission, qui peut devenir crucial. L'expertise en matière arbitrale est donc absolument nécessaire afin de proposer, corriger ou refuser les propositions des arbitres ou de l'autre partie à cet égard.

Par exemple, un conseil averti est conscient du risque dérivé des dates et des délais trop rigides et il sera probablement prudent afin d'éviter fast-track arbitrations. Il prendra en considération l'incorporation de règles procédurales déterminées, l'organisation des audiences, témoignages et déclaration des experts, discovery, etc. Et il fera attention aux règles de procédure applicables en absence de leur détermination dans la convention d'arbitrage ou dans l'acte de mission. L'importance d'autres aspects particuliers, tels que le siège ou la langue, a déjà été soulignée.

Un conseil expert fera attention à la description large ou stricte du sujet de la controverse. Il sera capable d'étendre ou restreindre les limites de la convention d'arbitrage aux dépens de l'autre partie si ses avocats sont moins avertis. Un conseil expert est capable de prévoir d'après les intérêts de son mandant une possible annulation contre une sentence arbitrale dictée ultra petita, extra petita ou infra petita.

Les risques et les particularités des procédures arbitrales sont, donc, diverses et incommensurables.

Afin de satisfaire les intérêts de son mandant, un conseil doit évaluer un nombre considérable d'aspects variables que seulement un expert en matière arbitrale peut gérer.

4. Petites questions, grandes problèmes

En plus de la liste de questions qu'il faut considérer pour la rédaction d'une convention d'arbitrage ou d'un acte de mission, une longue liste de petites questions, pas du tout négligeables, doit être considérée par un conseil expert et, au même temps, elle peut passer inaperçue aux yeux d'un avocat moins expert. On peut citer à cet égard:

- La détermination du début de l'arbitrage: Parfois cette question peut être (et doit être) convenue par les parties. En absence d'un tel choix, il y a une énorme diversité de solutions: le dépôt, réception ou notification d'une demande d'arbitrage⁹, la requête de désignation des arbitres¹⁰, l'acceptation par ceux-ci ou la constitution du tribunal arbitral¹¹... Néanmoins, cette question très simple peut devenir déterminante de l'irrégularité de l'instance ou de la sentence arbitrale ou des possibilités d'annulation.
- Possibilité d'invoquer une sentence partielle ou intérimaire sur certaines questions.
- Voies procédurales pour attaquer la compétence du tribunal arbitral ou récuser les

9 - Voir, par exemple, article 3.2 des Arbitration Rules of the European Court of Arbitration (2015); article 21 de la Loi Modèle de la CNUDCI; article 19 de la Loi d'Arbitrage suédoise; article 3.2^o du Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI; article 4.2 du Règlement d'Arbitrage de la CCI; article 2.2 des Arbitration Rules of the ICDR.

10 - Voir, par exemple, article 14.2 et 14.3 de la Loi d'Arbitrage anglaise; article 181 de la Loi Fédérale suisse sur le droit international privé; article 10 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage de l'OHADA.

11 - Voir, par exemple, l'article 1456.1 du Code de la Procédure Civile français.

arbitres.

- Possibilité d'invoquer la litispendance, d'accumuler des procédures différentes ou de réclamer la suspension de l'instance.
- Mesures provisoires et conservatoires: Le conseil affronte un choix délicat à ce propos: une partie peut demander des mesures conservatoires aux arbitres autant qu'au juge d'appui¹². Une bonne décision à cet égard doit se fonder sur trois perspectives ou aspects: D'abord, la possibilité même de demander des mesures conservatoires au tribunal arbitral conformément aux règles applicables à l'instance arbitrale. Deuxièmement, les limites imposés à cette première possibilité par la loi de la juridiction primaire ou *lex arbitri* et, donc, les chances alternatives de demander des telles mesures aux juges¹³. Finalement, le cas échéant, il faut prévoir les possibilités de reconnaissance et exécution d'une telle mesure dans une juridiction secondaire¹⁴. Un bon choix exige une connaissance approfondie d'un scénario assez singulier, bien que très connu par les spécialistes en matière

arbitrale.

Les réflexions sur les mesures conservatoires nous permettent d'arriver à une conclusion plus générale: la vision périphérique propre aux experts en matière arbitrale.

5. Une vision périphérique

Les experts en matière arbitrale internationale développent une vision périphérique singulière. Les experts en matière juridictionnelle ou même en matière d'arbitrage interne sont plus habitués à une vision centrale.

Dans les controverses internationales devant les juges, le but des avocats est toujours d'obtenir une décision favorable. L'exécution de la sentence est toujours importante, mais dans l'arbitrage international il s'agit d'une question cruciale et un peu plus complexe, étroitement liée au sens de la sentence arbitrale et au

12 - La majorité des systèmes admet la concurrence parfaite entre les arbitres et les juges par rapport à l'adoption de mesures provisoires et conservatoires (voir articles 9 de la Loi Modèle de la CNUDCI; IV.4 de la Convention de Genève de 1961; 11 et 23 de la Loi d'Arbitrage espagnole; 25 de la Loi d'Arbitrage suédoise; 1.041.1 de la Zivilprozessordnung allemande; 26.2 c) du Règlement de la CNUDCI; 21 des Arbitration Rules of the European Court of Arbitration; 24.1 des Rules ICDR). Certaines institutions arbitrales permettent même l'adoption de mesures provisoires ante causam, à travers la figure de l'arbitre d'urgence (par exemple, Appendix II du Règlement de la Chambre de Commerce de Stockholm, article 29 du Règlement CCI, article 6 des Rules ICDR ou article 9B du Règlement de la London Court of International Arbitration).

13 - Certains systèmes, comme l'italien (article 818 du Code de la procédure civile) et le grec (article 889 du Code de la procédure civile), interdisent ou limitent la compétence des arbitres à cet égard [voir S. Izzo, "Arbitrato e tutela cautelare", Arbitrato, ADR, Conciliazione (M. Rubino Sammartano ed.), Bologna, Zanichelli, 2013, pp. 529-549; Une approche comparative se trouve à A. Ye ilirmak, Provisional Measures in International Commercial Arbitration, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 64-66]. Même le système français réserve à la juridiction de l'Etat la compétence pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires [article 1.468 du Code de la Procédure Civile; selon certains auteurs ceci est le cas aussi des systèmes italien, anglais ou nord-américain: cf. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (E. Gaillard et J. Savage eds.), La Haya, Kluwer Law International, 1999, n° 1.334, p. 716, nota 80^o]. Par contre, d'autres systèmes, comme l'anglais [section 44 (5) de la Loi d'Arbitrage] et aussi le français, avec les exceptions soulignées (article 1449 du Code de la Procédure Civile), limitent la compétence des juridictions nationales si la mesure conservatoire peut être adoptée par les arbitres.

14 - La reconnaissance des mesures provisoires et conservatoires adoptées par les juridictions étatiques est fort limitée dans la plupart des systèmes juridiques. La Règle «Bruxelles I bis» permet une telle reconnaissance, sauf s'il s'agit d'une mesure purement territoriale. D'habitude, la portée territoriale de telles mesures facilite leur exécution sur le territoire du juge. Par contre, la reconnaissance des mesures conservatoires adoptées par les arbitres est une question controversée, même dans le cadre de la Convention de New York de 1958. Tandis que certains États considèrent qu'il s'agit d'une décision obligatoire et exécutive susceptible d'être reconnue (par exemple, France, Belgique ou les Pays Bas), d'autres juridictions se montrent contraires à la reconnaissance (Allemagne, Suisse, Angleterre).

déroulement de l'instance arbitrale.

Une vision périphérique dans l'arbitrage international est nécessaire du fait que les avocats doivent faire attention, au même temps, à trois scénarios différents. En premier lieu, le regard se dirige vers les singularités dérivées des règles ou règlement d'arbitrage qui gouvernent la controverse, y comprises les pratiques et les tendances de l'institution arbitrale.

Deuxièmement, il faut regarder les aspects procéduraux et matériels à la lumière de la loi national du pays ou se trouve le siège arbitral (lex arbitri ou juridiction première). Les règles de procédure sont là aussi importantes que les loi de polices applicables au fond.

Finalement, les avocats et aussi les arbitres doivent prendre en considération ce que les auteurs allemands appellent «Exportfähigkeit», c'est-à-dire, les chances de la sentence arbitrale ou des mesures provisoires d'être reconnues et exécutées dans une juridiction secondaire. À cet égard, il est difficile à imaginer des avocats qui agissent dans une instance arbitrale sans penser à tout moment à la Convention de New York sur la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères et aussi aux règles nationales sur cette question dans des États qui ne font pas partie de la Convention. Un expert sera même persuadé de l'importance des règles nationales plus favorables des pays qui font partie de la Convention¹⁵. Cette attention doit être toujours

présente à l'avance quand il s'agit de déterminer les règles de la procédure arbitrale, de prévoir les lois de police qui s'appliquent à la procédure ou contrairement à la loi applicable au fond, etc.

Finalement, les recours pour réviser, modifier ou annuler une sentence arbitrale ou les moyens pour obtenir la reconnaissance d'une sentence arbitrale dans une autre juridiction impliquent un complexe noyau de règles et de principes qui réclame un conseil expert.

On peut imaginer, par exemple, un arbitrage soumis à la Cour d'Arbitrage de la CCI, siéger en Suisse. Un bon conseil connaît les avantages et aussi les risques de ce choix, qui comporte apparemment la renonciation prévue à l'article 34.6 du Règlement CCI: «Toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties. Par la soumission de leur différend au Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer». Mais il ne faut pas centraliser notre vision. Un expert avec vision périphérique se rendra compte immédiatement qu'une telle présomption n'empêche pas le recours pour annuler la sentence arbitrale en Suisse, en vertu de l'article 192.1 de la Loi Fédérale de Droit International Privé, qui n'admet pas une renonciation tacite, mais à travers une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur¹⁶. Si l'on arrive à annuler la sentence arbitrale en Suisse, la vision périphérique nous permet de constater que malgré l'annulation on

15 - Il ne faut pas oublier que l'article VII de la Convention de New York permet d'appliquer le droit national prévoyant des conditions de reconnaissance plus favorables (favor recognitionis). Par exemple, la loi espagnole (article 9.6 de la Loi d'Arbitrage par rapport à l'article 1.2) est plus favorable pour accorder la validité de la convention d'arbitrage [article V.1 a) de la Convention], car elle permet d'appliquer, alternativement, la loi choisie par les parties pour régler la convention d'arbitrage, la loi applicable au fond, ou la loi du siège ou de l'État où la reconnaissance est demandée. Quant à l'exigence de la forme écrite de la convention d'arbitrage (art. II.1 de la Convention), certains systèmes sont plus favorables à la liberté de forme, tels que le français (article 1.507 du Code de la Procédure Civile) ou le portoricain (article 1.03.1B de la Loi d'Arbitrage Commercial International du 2012, qui suit l'Option II de l'article 7 de la Loi Modèle de la CNUDCI). Par rapport à l'article V.1^e e) de la Convention, elle est bien connue la possibilité de reconnaître des sentences arbitrales annulées par la juridiction de l'État du siège dans des pays qui ne reconnaissent pas une telle condition, particulièrement en raison du caractère non national de l'arbitrage (France), ou en raison d'une appréciation des standards internationaux qui justifient les motifs de l'annulation retenus par la juridiction primaire (États-Unis).

16 - La même condition est prévue dans l'article 1522 du Code de la Procédure Civile français.

peut tenter de faire reconnaître et d'exécuter en France la sentence arbitrale annulée en Suisse, car le système français ne connaît pas l'annulation dans la juridiction primaire comme un obstacle pour la reconnaissance¹⁷.

6. Last but not least

L'arbitrage est aussi une culture particulière. Les pratiques de la common law, parfois très lointaines des coutumes continentales, règlent parfois l'instance arbitrale: discovery, cross examination, audiences avec des débats flexibles... exigent une certaine familiarité avec une culture procédurale souvent très proche des traditions de la common law.

Mais l'arbitrage international exige aussi certaines qualités personnelles. On dit que la valeur d'un arbitrage dépend de la valeur des arbitres. J'ajouterais: «et aussi des conseils ou avocats». Évidemment, l'instance arbitrale, comme l'instance judiciaire, est pleine de dogues autant que de chiens de manchon. Cependant, l'arbitrage modèle est toujours déterminé par des arbitres et des avocats qui, en plus d'experts en matière commerciale et en matière d'arbitrage, sont des chevaliers et des dames capables de défendre leurs arguments dans un climat de distinction intellectuelle, coopération et vraie loyauté.

17 - Dans l'affaire *Hilmarton* (arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 23 mars 1994) il s'agissait précisément d'une sentence arbitrale prononcée à Genève. Des affaires plus récentes suivent la même jurisprudence: arrêt de la Cour de Cassation du 26 juin 2013 (EGPC), *Revue de l'arbitrage*, 2013, 1.022, note de M. Laazouzi; arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris du 16 mai 2012 (*Maximov v Novolipetsky Steel Mill*).

To accept to argue in the language of the opposite party.

José Ángel Rueda García
Principal Associate, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid ¹

I. Introduction

The question whether to accept to argue in the language of the opposite party suggests that this is a choice not to be made in an international arbitration agreement. This advice may be submitted in a more provocative fashion: do not use your counterparty's language to arbitrate a dispute with it as far as possible.

In this presentation I will subsequently deal with the diversity of languages in international arbitration (II), of course the advantages of this advice (III), some of its disadvantages (IV) and how to implement it in the arbitration agreement (V). A conclusion will follow (VI). As you will realize, this presentation has been conceived

from the subjective point of view of a lawyer. Nonetheless, I acknowledge the difficulties of proposing general theories in international arbitration.

II. Diversity of languages in international arbitration

In international arbitration nowadays there are many chances to find cases in which the disputing parties have different languages. This is the consequence of the widespread use of arbitration to solve disputes in international trade/commerce, in international investment law and

1 - Author's disclaimer: this paper is a slightly modified version of the speech delivered during the conference. Some footnotes have been added. Nonetheless, the paper still reflects its nature of speech rather than article and should be regarded as such. The author may be reached at joseangel.rueda@cuatrecasas.com. This paper reflects only the author's views and should not be seen to reflect the law firm's position on this matter.

also, and increasingly, in cases between subjects of international law (mainly, inter-State disputes).

Even when the parties share the same language, it may happen that any of them may (deliberately or not) hire the services of counsel with expertise in international arbitration but who work in another language. Even if the parties are domiciled in the same country, if the dispute affects the interests of international trade² (for example, because any of the parties is a subsidiary of a foreign company), any of them may be tempted to consider that the dispute should be argued and adjudicated in another language.

Consequently, the selection of the language of the proceedings is one of the main issues of an international arbitration that must be solved as soon as possible.

It seems clear that two English-speaking parties will seldom depart from the world's lingua franca in conducting their arbitration. Leaving that example aside, in other situations it is possible that the parties choose or are forced to choose a neutral language to arbitrate because none of them trusts its ability to present its case in the language of the other one and they both accept a third language.

For the purposes of this presentation, let's assume that we have one party domiciled in Italy and another party domiciled in Spain. None of them trusts the other party, none of them is willing to use the other party's language as the

official language of the proceeding.

III. Which are the advantages of avoiding arbitrating in the other party's language?

As said before, the main advantage of this advice is to avoid to have to present one's case in the language of the other side, while the latter may present comfortably its case in its own language. An alternative to imposing one's own language is then to agree on a neutral language.

If one party cannot freely use its own language to defend its case, the submission of written pleadings and the conduction of oral advocacy before the arbitral tribunal will be more burdensome for it. If necessary, it will be forced to change its legal counsel. And, in the end, it loses part of the control over the proceeding.

Specific advantages of this advice may be also found in more subtle points, for example if the language that the interested party wants to avoid is the one:

- a) in which the contract is written;
- b) in which the main pieces of factual evidence are written;
- c) in which the law applicable to the merits is written; or,

² - A well-known characterisation of an arbitration proceeding as international included in Article 1504 (formerly Article 1492) of the French Code de Procédure Civile ("*Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*") and imported, among others, into Article 3(1)(c) of the Spanish Arbitration Act (Act 60/2013) and Article 62(c) of the Colombian Arbitration Act (Act 1563/2012).

d) in investment treaty cases, the language in which the law applicable to the facts of the case (not to the merits) is written – the law applicable to the merits is international law (the investment treaty and general international law)³.

Turning to more specific situations with the Italian and Spanish parties:

- a) The Italian party that categorically wants to avoid the use of Spanish as the official language of the proceeding may be very interested in, for example, confusing the Arbitral Tribunal with the concept of *causa* in the Spanish Civil Code, identifying it via translation into English with the concept of consideration in the Common Law.
- b) If we think in an investment treaty case involving an Italian company and the Kingdom of Spain, the Italian company may understand that Spain may find it more difficult to explain the concepts of Spanish administrative law in English rather than in Spanish.

A second advantage may be found in the selection of the arbitral tribunal. Arbitrating in a different language may help establish certain distance between the facts of the case and the tribunal, particularly if we understand that a foreign arbitrator may interpret the facts in a different way than an arbitrator who speaks the language of the contract or law might do.

IV. Can we find disadvantages in this proposal?

Leaving aside, for example, the situation of many non-English-native people endeavoring to express themselves in Shakespeare's language, it is beyond any reasonable doubt that litigating in another language also poses some challenges to the party that follows our advice.

With regard to the written phase of the proceeding, the amount of required translations may be an issue. The party may be obliged to (let's say, 'unnecessarily') translate into another language:

- a) On the one hand, all the pleadings: memorials (on the merits/counter-memorial, reply/rejoinder), interlocutory requests like provisional measures, the always burdensome document production requests and, in some occasions, even ordinary communications with the arbitral tribunal.
- b) On the other hand, all kinds of exhibits: factual evidence, legal authorities, witness statements and expert reports.

With regard to the oral phase of the proceeding, the hearing with the arbitral tribunal may be also challenging in terms of the need to have interpreters that translate the words of the members of the arbitral tribunal, secretary, any assistant to any of the arbitrators, the parties, counsel, witnesses, experts, court reporters... everyone within the hearing room.

3 - See, for example, Article 26(6) of the Energy Charter Treaty: "A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law." Although investment treaty practice is not homogeneous, such conclusion stems from the vast majority of investment treaties in force and reflects the principle that the State's breaches of a treaty cannot be assessed but by virtue of international law, as a breach of a treaty is an internationally wrongful act. Article 28(1) of Act 60/2003, as amended in 2011 by Act 11/2011: "Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas del arbitraje. A falta de acuerdo, y cuando de las circunstancias del caso no permitan delimitar la cuestión, el arbitraje se tramitará en cualquiera de las lenguas oficiales en el lugar donde se desarrollen las actuaciones. La parte que alegue desconocimiento del idioma tendrá derecho a audiencia, contradicción y defensa en la lengua que utilice, sin que esta alegación pueda suponer la paralización del proceso."

In all cases the parties will have to devote considerable amounts of time and costs to translations. Of course, if time is considered also a cost, then litigating in another language (let's say again, 'unnecessarily') may be very costly.

Also, depending on the combination of potential languages involved in the case, we could also find problems stemming from the inability to find suitable candidates to serve as arbitrators.

In the end, the party following the advice not to accept to argue in the language of the opposite party should strike a balance between the costs of litigating in another language (let's say, 'unnecessarily') and the chances to win the case as far as its counterparty is unable to fully present its case (or not so comfortably as it could have imagined at the beginning).

V. How to implement this advice in practice?

The question is how to implement this advice in practice.

1. Arbitration agreement

The first step is, naturally, the arbitration agreement. In this sense, the strategy varies in view of the different types of arbitration proceedings. I will focus only on international commercial arbitration and international investment arbitration.

a. International commercial arbitration

On the one hand, in international commercial arbitration the parties normally include the arbitration agreement into the contract by setting up a clause subject to the classic principle of separability. The choice of language in the arbitration agreement, prior to any dispute, is as important as choosing the correct rules of arbitration, the place/seat of that arbitration and the adequate number of arbitrators that will make up the potential arbitral tribunal. Problems stem from negotiating the arbitration agreement in a hurry. The party following our advice should push for the inclusion of a third, neutral language. In practice, English will be selected in the vast majority of cases.

Bearing in mind the rest of elements that the parties should include in the arbitration agreement, the party who wants to avoid the use of its counterparty's language should avoid complex combinations that could even jeopardize its own chances to present its case:

- a) The choice of a specific language in the arbitration agreement does not have to influence other choices like the rules of arbitration or the seat of the arbitration.

Most arbitral courts like the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce and the European Court of Arbitration may administer arbitration proceedings in many languages.

Moreover, the seat of arbitration is generally just a legal fiction, so it is not necessary for the parties or the arbitral tribunal to even visit that place at any time of the proceedings. Article 28 of the Spanish Arbitration Act provides the use of any of the official languages of the seat of

arbitration only if the parties did not agree on the language of the proceeding.

- b) However, at the time of drafting the arbitration agreement it is difficult to foresee which counsel will represent the parties, let alone the profiles of the members of the arbitral tribunal. Any complex selection on languages may complicate the task of selecting any of them in the future. It is usual in big law firms that contracts are negotiated by a team of counsel that will not represent the client in any subsequent dispute arising out of the contract, because of the distinction in their firm between transactional lawyers and litigators.

b. Investment treaty arbitration

In investment arbitration, particularly investment treaty arbitration, the circumstances vary notably. It is well known that in investment treaty arbitration there is not a classic arbitration agreement because the aggrieved investor only accepts the State's offer to arbitrate in the treaty years after that treaty enters into force, be that acceptance made in a specific communication or simply by submitting a request for arbitration. This is 'arbitration without privity'⁵.

Contrary to international commercial arbitration, in investment treaty arbitration it is nearly impossible to agree beforehand on the language of the proceeding. And sometimes it is difficult for the investor to avoid the use of the respondent State's official language or languages as the languages of the proceeding. Four

elements may be highlighted:

- a) First. I have not found any bilateral or multilateral investment treaty containing provisions on the language of the proceeding in investor-State arbitration. This issue remains then open for subsequent clarification, contrary to the arbitration agreement in commercial cases.
- b) Second. Investors are usually very reluctant to accept arbitrating in the State's official language or languages, particularly if that language is not English, for the reasons above mentioned.
- c) Third. It has been stressed that a State, as a sovereign, has the right to use its own official language or languages in a proceeding.
- d) Fourth. If the official language or languages of the respondent State coincide with one of the official languages of the administrative institution (for example, in ICSID, English, French and Spanish)⁶, it can be almost impossible for the investor to avoid the use of that language in the arbitration proceeding.

If the investor finds no guidance in the arbitration agreement (rectius, in the offer to arbitrate included in the investment treaty), the first step that an investor may follow, to try to avoid the application ipso facto of the respondent State's language, is the drafting of the notice of intent or 'triggering letter' in a foreign language.

A triggering letter is the communication whereby

5 - See J. Paulsson, 'Arbitration Without Privity', 10(2) *ICSID Review – FILJ* (1995), pp. 232-257.

6 - English, French and Spanish are the official languages of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, done at Washington on March 18, 1965. See <https://icsid.worldbank.org> (last accessed: November 26, 2016).

the investor indicates that a dispute exists and calls for an amicable settlement of that dispute during a so-called cooling-off period, which may last from 3 to 18 months according to the treaty at stake⁷. In many occasions this letter will be the very first direct contact between the State and the investor, and may be taken into account subsequently as a piece of evidence (*facta concludentia*) for the selection of the language of the proceeding.

2. Request for Arbitration

In both cases of international commercial arbitration and of investment treaty arbitration, if the arbitration agreement does not solve the problem, the parties will have to face this matter before the request for arbitration and respectively, if applicable, the answer to the request for arbitration.

The request for arbitration plays a different role depending on the type of arbitration. As above mentioned, in investment treaty arbitration such request will normally contain the investor's acceptance of the State's offer to arbitrate, so we are still, properly speaking, in the scenario of the arbitration agreement.

Turning back to both kinds of arbitration, the parties will usually express before then their views on the language of the proceeding. If this is not settled before such pleadings, the selection of one language for the drafting of the request or answer to the request may aim to influence the subsequent selection of the language of the proceeding.

3. Appointment of co-arbitrator

Another suitable mechanism for gaining influence on the selection of the language of the proceeding is the appointment of the co-arbitrator when the tribunal is composed of more than one arbitrator. In our case, if the Italian company wants to avoid the application of Spanish, it should definitely appoint a non-Spanish-speaking arbitrator.

If that arbitrator participates in the decision on the language of the proceeding (if the decision is taken by the arbitral tribunal, not by the body which administers the arbitration), he or she will not vote for the application of Spanish as the language of the proceeding (or as the sole language) because on the one hand he or she will not understand it and on the other hand he or she will not be happy to resign.

4. Bilingual arbitration proceedings

A middle ground is a bilingual arbitration proceeding. If the arbitral tribunal decides that the arbitration proceeding be bilingual (including then the language of the two parties or at least of one of them) there may be various possible combinations. Let us turn to our example of Italian and Spanish parties.

In an international commercial arbitration, the most frequent bilingual scenario in a dispute between an Italian and a Spaniard would be the choice of Italian and Spanish, for obvious reasons. It is less probable that the arbitral tribunal or arbitral court chooses English and

7 - See, per omnes, the classic study by C. Schreuer, "Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", 5 *The Journal of World Investment and Trade* 2, pp. 231-256 (pp. 232-239).

Italian or English and Spanish, unless English is the language used in the contract or in the main pieces of evidence, or the law applicable to the merits is in English.

In investment treaty arbitration, the most probable formula in a case involving an Italian investor and the Kingdom of Spain at ICSID is to select English and Spanish as the official languages, bearing in mind that Spanish is one of the official languages of ICSID.

In practice the famous Argentinean cases involving European or US investors against Argentina were bilingual (English and Spanish). This is the frequent practice followed by the arbitral tribunals when hearing a case under the Energy Charter Treaty against Spain.

The final question arises: whether bilingual proceedings are efficient for the purposes of the party that wanted to avoid the counterparty's language.

In international commercial arbitration, if the Italian company manages to avoid Spanish, this will be a success for it. If the tribunal chose English and Spanish, depending on the composition of the arbitral tribunal, English can still be the predominant language, what would make it at least a partial victory.

In investment treaty arbitration, unless the president of the arbitral tribunal is a Spanish native speaker, the use of English will be undoubtedly predominant because English is the main language of international investment law.

In both cases, if English is the language in which the tribunal will work, they will probably give precedence to the English versions of the pleadings and evidence, so the Italian company may consider that it has successfully avoided the undesired application of Spanish.

VI. Conclusion

In my own experience, the advantages of the avoidance of the counterparty's language in the arbitration proceeding clearly outweighs the disadvantages in terms of costs and time. If the arbitration proceeding is conducted in a neutral language, or in two languages out of which English be the language of the arbitral tribunal, the party seeking to avoid to argue at a disadvantage may feel that it has broken the equilibrium of the proceeding in its favor.