ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

8, avenue Bertie-Albrecht
75008 PARIS
01.53.77.24.31

COLLOQUE

du 17 septembre 1998

à la Chambre de Commerce et d'Industrie
de Paris

ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

8, avenue Bertie-Albrecht
75008 PARIS
01.53.77.24.31

COLLOQUE

du 17 septembre 1998

à la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris

« LE RÔLE DU JUGE DANS LE DROIT BRITANNIQUE DE L'ARBITRAGE ET SON IMPACT DANS L'ÉVOLUTION DE L'ARBITRAGE EUROPÉEN »

TEXTE DES EXPOSÉS

Pages

Intervention 5
de Monsieur le Président
Michel FRANCK

Intervention 8
de Monsieur le Bâtonnier
F. MOLLET-VIEVILLE

Conférence 11
de Maître M. HOWLIN

Remerciements 28
de Monsieur le Bâtonnier
F. MOLLET-VIEVILLE

Questions / Réponses 28

INTERVENTION

de Monsieur le Président Michel FRANCK

Monsieur le Bâtonnier,
Mesdames, Messieurs,

Tradition qui nous est chère, nous voici réunis, comme tous les ans, pour assister à la conférence organisée par l'Association Française d'Arbitrage, association brillamment présidée par le Bâtonnier Francis Mollet-Vieville. Je tiens à le préciser, Monsieur le Président, c'est un honneur pour moi d'accueillir l'A.F.A. dans cet Hôtel Potocki. J'en profite pour saluer le fait que nos liens amicaux se sont concrétisés dans le cadre d'un organisme auquel j'attache beaucoup d'importance, le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris ; organisme qui rassemble également des instances aussi prestigieuses que le Tribunal de commerce de Paris, le Barreau de Paris, le Comité National Français de la Chambre de Commerce Internationale et, plus récemment, le Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables.

J'en viens, plus précisément, au sujet que vous avez choisi, Monsieur le Bâtonnier : « le rôle du juge dans le droit britannique de l'arbitrage et son impact dans l'évolution de l'arbitrage européen ».

Ce thème me semble particulièrement intéressant en ce qu'il présente une dimension européenne. En effet, quels que soient les domaines que nous abordons — et nous sommes bien placés en tant que chefs d'entreprises pour le savoir —, la vie économique et le droit qui y est étroitement attaché, ne peuvent s'abstraire de ce contexte communautaire.

Pour de multiples raisons — pragmatisme, rapidité, discrétion, intérêts commerciaux —, les hommes d'affaires britanniques préfèrent éviter les procès. Toutefois, il est bien connu que le système anglais a été largement critiqué par ces mêmes chefs d'entreprises, notamment en ce que la procédure arbitrale était particulièrement lourde.

Pour répondre à ces critiques, le droit anglais s'est enrichi en 1996 d'une nouvelle loi sur l'arbitrage, « Arbitration Act », qui s'est efforcée de faciliter le recours à l'arbitrage. Ce texte se caractérise par un libéralisme qui se traduit essentiellement par la place donnée à la volonté des parties.

Quant aux pouvoirs du juge, il s'agit, tout d'abord, de pouvoirs d'assistance tout au long de l'arbitrage, mais aussi en amont : lorsqu'il ordonne des mesures provisoires et conservatoires ou encore lorsqu'il proroge le délai prévu, par les parties, dans les clauses compromissoires pour demander l'arbitrage, ce qui est une différence notable avec le droit français.

Le juge dispose également de pouvoirs de contrôle : il a notamment la compétence de trancher un point de droit qui suscite des difficultés particulières, alors que, dans la plupart des pays européens — et en tout cas en droit français —, on considère que l'intérêt de l'arbitrage est de confier aux seuls arbitres le pouvoir de « dire le droit » : leur décision ne peut être remise en cause par le juge que si elle est contraire à l'ordre public ou si les parties en disposent autrement.

Rendre plus attrayant et plus compétitif l'arbitrage en Grande-Bretagne, c'est très nettement ce qui transparaît à travers cette loi. Nos amis britanniques n'ont toutefois pas voulu se départir du système de « discovery », c'est-à-dire du caractère essentiellement oral des débats et le contre-interrogatoire, qui continueront à avoir un coût et une lour-

deur indéniable et risqueront de dissuader des entreprises continentales de faire arbitrer leurs différends dans les pays de Common Law.

Il n'en demeure pas moins que l'exemple du droit anglais a le mérite de vouloir instaurer une réelle relation de confiance entre le juge et l'arbitre, exempts de méfiance réciproque. On sait en effet que, face aux incidents et difficultés susceptibles de surgir au cours de la procédure arbitrale, certains ont choisi d'adopter des règlements d'arbitrage de plus en plus détaillés, ce qui affecte la souplesse et la flexibilité pourtant inhérentes à l'arbitrage.

Le droit anglais préfère faire appel au juge qui doit bien entendu exercer son pouvoir avec modération.

Mais il appartiendra à M. Michael Howlin de poser les termes du débat et à tous nos experts de se prononcer sur les leçons de cette expérience britannique, en particulier du point de vue des autres droits européens.

Monsieur le Bâtonnier, je vous laisse sans plus tarder, la parole.

INTERVENTION

de Monsieur le Bâtonnier F. MOLLET-VIEVILLE

Monsieur le Président Michel Franck,

Vous le savez, c'est la douzième année où la manifestation de l'A.F.A. a lieu à la Chambre de Commerce de Paris et vous comprendrez que mes premiers mots soient des mots de gratitude renouvelée à nos amis, aussi bien au Président Philippe Clement, au très regretté Président Bernard Cambournac, qui nous a quittés, et à votre prédécesseur, le Président Hubert Flahault. Cette gratitude va s'adresser à vous-même. Il n'est de bonne tradition, ni de meilleures amitiés que les nôtres. Nous le constatons une fois de plus aujourd'hui.

Mon propos liminaire sera très bref. Permettez-moi d'évoquer la vie de l'A.F.A. et la personnalité de notre orateur.

La vie de l'A.F.A. Nous atteignons les 23 années d'existence de l'A.F.A. depuis sa fondation en 1975 par le « Pape de l'arbitrage », Jean Robert, et votre serviteur. Notre objet social n'a pas changé. Il maintient l'éthique que Jean Robert et moi avons adoptée, à savoir la promotion de l'arbitrage et le pouvoir de mener à bien les arbitrages qui nous étaient confiés. Notre œuvre a dépassé d'année en année les limites de l'hexagone en ce qui concerne cette promotion de l'arbitrage, en liaison avec le Comité Français de l'Arbitrage qui perpétue son éthique sous la présidence de notre ami Bertrand Moreau et cette conduite des arbitrages à laquelle se consacre l'A.F.A.

La clause compromissoire de l'A.F.A. se trouve insérée dans un très grand nombre de conventions.

En dire le nombre serait impossible, mais je constate que nous sommes sollicités de plus en plus fréquemment par les parties qui l'avaient inscrite dans leurs conventions. Ce sont généralement des sociétés de très grande importance, nationales ou multinationales et nous y voyons là le résultat de nos efforts depuis vingt-trois ans. D'autre part, si nous examinons le montant des litiges qui nous sont soumis, nous constatons qu'il est de plus en plus important. C'est donc que la qualité des parties qui ont recours à l'arbitrage de l'A.F.A. et le montant de leurs différends sont de plus en plus remarquables. Les arbitres sollicités sont toujours de grande qualité, désignés le plus souvent par le consensus des parties, le troisième arbitre étant proposé maintes fois à l'homologation de notre Comité d'arbitrage.

Sous la surveillance de ce dernier, les sentences sont prononcées dans les délais fixés et rarement reconduits. Nos frais administratifs ont été réduits au strict minimum. En résumé, la santé de l'A.F.A. est excellente, son existence est heureuse. Jean Robert, du haut du ciel, doit en être satisfait, comme nous le sommes nous-mêmes.

Si vous voulez bien, le trait d'union avec ma seconde observation sera l'au-delà des frontières. Nous allons ce soir mieux connaître la pratique de l'arbitrage en Grande-Bretagne, parallèlement à la justice étatique et pouvoir ainsi tirer profit des enseignements qui nous serons donnés. Le sujet a été rappelé par Monsieur le Président Michel Franck tout à l'heure. Il est concis et clair : « Le rôle du juge dans le droit britannique de l'arbitrage et son impact dans l'évolution de l'arbitrage européen ».

L'orateur, Maître Howlin, en 1945, année de sa naissance, avait à son chevet un père ingénieur. Plus tard, il allait faire son droit, obtenir, dès 1960, une licence française, une maîtrise de linguistique, et devenir professeur de langues étrangères en Allemagne et en Angleterre.

En 1980, Michael Howlin prête son serment de Barryster au Barreau d'Angleterre. Mais le Barreau écossais ne reconnaissant pas pour autant ce titre, ce ne sera qu'en 1990 qu'il prêtera le Serment d'Advocate au Barreau d'Ecosse. Dès lors il exerce sa profession à ce barreau et y est spécialisé dans le droit européen, le droit commercial et le droit des entreprises en difficulté. Il poursuit son enseignement universitaire en devenant professeur à l'Université de Glasgow en droit communautaire, droit de la concurrence et droit antidumping. Il pratique l'arbitrage et a particulièrement étudié le rôle du juge étatique tant, comme vous le disiez Cher Président, en amont qu'en aval de l'arbitrage. Il est l'auteur de publications sur le droit communautaire et de la concurrence ainsi que sur le droit social européen. Il a été, déjà en 1997, invité par l'Association Droit et Commerce aussi bien à Edimbourg qu'à Paris, plus récemment en 1998. Nous devons beaucoup à Madame Geneviève Augendre, qui a permis la rencontre avec notre orateur.

Marié à une charmante enseignante, Michael Howlin a deux fils dont l'un a déjà une activité de management à Toronto et l'autre qui poursuit ses études à l'Université d'Aberdeen.

Je vous dirai enfin que les passe-temps de Maître Howlin sont l'histoire et la littérature tant en France qu'aux États-Unis et sa distraction préférée la musique classique. Il étudie aussi l'environnement catalan en France. Je ne sais si cette activité contribuera à l'avènement d'une autonomie catalane, dont il se révélerait ainsi un artisan. Pour l'heure, constatons l'originalité de l'Ecosse qui a ses règles et ses pratiques propres à l'arbitrage et que nous souhaitons mieux connaître. C'est la raison pour laquelle je demande maintenant à notre ami, Monsieur Michael HOWLIN, de bien vouloir prendre la parole.

CONFÉRENCE

de Maître M. HOWLIN

M. le Président,
M. le Bâtonnier,
Mesdames et Messieurs.

Vous parler ce soir du rôle du juge dans l'arbitrage britannique, c'est une tâche dont je pourrais m'acquitter en quelques secondes, de sorte que personne dans la salle n'ait besoin d'attendre encore quarante-cinq minutes pour avoir droit au cocktail qui a été prévu après la fin de mon allocution. Si je vous parlais de l'arbitrage typique en Grande-Bretagne, je vous dirais qu'il était déclenché par une clause compromissoire, dont ni l'interprétation ni la mise en œuvre ne créaient de problème. Je vous dirais que son déroulement ne suscitait aucune difficulté dont le juge ait à connaître. Je vous dirais enfin qu'en se voyant signifier la sentence arbitrale, la partie qui avait succombé s'exécutait loyalement sans qu'il soit nécessaire de l'y contraindre par la force de la loi et sans engager des voies de recours. Voilà le cas typique ; il n'y a plus rien à dire. Nous pourrions donc faire circuler dès maintenant le très british gin tonic, les glaçons et les tranches de citron.

Pourtant, il y a hélas des arbitrages qui requièrent bel et bien l'intervention du juge, et c'est de ceux-là que je vais vous parler. Certes, j'invoquerai également certains aspects de l'arbitrage européen, mais je dois vous prévenir que dans la plus pure tradition anglo-saxonne du libéralisme économique j'entends pratiquer le partage du travail, de sorte que ce soit moi qui parle des aspects britanniques et vous qui approfondissiez le côté européen par la suite.

Je ne me propose pas d'énumérer ici tous les cas où le juge peut être appelé à intervenir, je me bornerai à évoquer cinq étapes de l'arbitrage qui peuvent intéresser les tribunaux civils. Ces étapes sont, *primo*, l'interprétation de la clause compromissoire ; *secundo*, le déclenchement du processus d'arbitrage ; *tertio*, le déroulement de l'arbitrage même ; *quarto*, le recours contre la sentence arbitrale et *quinto*, l'exécution de cette sentence.

Mais avant même d'aborder la première étape, je vais vous esquisser le cadre légal qui est à l'origine du pouvoir d'intervention du juge. Depuis plusieurs décennies l'arbitrage en Angleterre était régi par notre loi de 1950 sur l'arbitrage, celle-ci étant complétée par des lois supplémentaires, notamment celles de 1975 et de 1979. Aux environs de 1985, le Secrétaire d'Etat au Commerce et à l'Industrie s'est interrogé sur l'opportunité d'appliquer en Angleterre le règlement d'arbitrage de la commission des Nations-Unies sur le droit commercial international. Avec une modestie tout à fait touchante, les experts consultés par le Secrétaire d'État ont constaté que la pratique arbitrale britannique était tellement supérieure à celle préconisée par les Nations-Unies, qu'il valait mieux rejeter le modèle étranger. Cependant, on voulait bien reconnaître la nécessité de procéder à une refonte de la législation alors en vigueur, afin d'une part de consacrer dans une nouvelle loi les acquis de la jurisprudence et, d'autre part, d'en corriger certaines défaillances.

En 1996 la nouvelle loi a vu le jour, mais elle s'est révélée être bien plus qu'une refonte des lois antérieures. Elle porte même des traces de règlement des Nations-Unies et, en effet, cette nouvelle loi est à plusieurs égards révolutionnaire. Elle prime d'une façon éclatante la volonté des parties et cantonne l'intervention du juge à trois séries de cas. C'est-à-dire que le juge peut intervenir avant, pendant et après l'arbitrage, ou bien parce que les parties le veulent, ou bien parce que la loi supplée la volonté des parties,

ou bien parce qu'une telle intervention est d'ordre public. C'est cette approche triple qu'il faut garder présente à l'esprit dans tout ce qui suit.

La première étape est donc celle de l'interprétation de la clause compromissoire, le point de départ étant évidemment l'existence d'un litige survenu dans le cadre d'un contrat et la question étant de savoir si ce litige est au nombre de ceux qui, au terme de la clause compromissoire, doivent être résolus par voie d'arbitrage. Si les parties ne sont pas d'accord là-dessus, l'une d'entre elles, celle qui n'entend pas se soumettre à l'arbitrage, assignera l'autre devant le juge civil. Le défendeur plaidera que le litige échappe à la juridiction du juge et ce dernier tranchera le différend en interprétant la clause compromissoire, afin d'en fixer la portée. Si tout le monde suivait l'équivalent anglais de la clause compromissoire préconisée par l'A.F.A., selon laquelle « tous les litiges à naître du présent contrat ou à son occasion seront résolus par voie d'arbitrage », le juge prononcerait presque toujours le sursis de l'action en justice et renverrait les parties presque toujours devant l'arbitre. Presque toujours mais pas toujours, car la loi de 1996 énonce limitativement trois cas où le juge peut s'abstenir de prononcer un sursis. Il s'agit d'une part de la nullité de la clause compromissoire, d'autre part de l'inapplicabilité de cette clause et enfin du cas où la clause est incapable d'être mise en œuvre. Dans toute autre hypothèse, le sursis est obligatoire.

Je vais me pencher un instant sur cette notion d'inapplicabilité. En France, l'article 2060 du Code civil prévoit que « l'on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur des contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial

peuvent être autorisés par décret à compromettre ». Je n'étonnerai personne ici ce soir en vous signalant qu'en Grande-Bretagne le secteur public est bien plus restreint qu'en France et qu'il n'existe aucun principe selon lequel un établissement public n'aurait pas le droit de compromettre. Quant aux questions d'état et des capacités des personnes, nous aboutissons à un résultat largement analogue à celui imposé par le Code civil, mais en invoquant le common law. Ne peuvent donc être soumises à l'arbitrage les questions touchant la responsabilité pénale ou l'état civil d'une des parties. Un arbitre britannique ne peut donc pas prononcer le divorce. Il y a pourtant des cas limite. Selon notre loi de 1890 sur les sociétés civiles le juge peut, à la requête d'un quelconque associé, prononcer la dissolution judiciaire d'une société s'il tient une telle dissolution pour, et je cite, « juste et équitable ». L'on serait très tenté de croire qu'un tel pouvoir soit d'ordre public de sorte que son exercice relève du seul pouvoir judiciaire. Il existe pourtant une jurisprudence écossaise, selon laquelle rien en principe n'exclut la possibilité de conférer ce pouvoir à un arbitre. Mais pour qu'une clause compromissoire dans un contrat de société puisse être interprétée dans ce sens, il faut qu'elle soit rédigée dans les termes les plus clairs. Je dois vous avouer que cette jurisprudence est pour le moins surprenante, car il est incontestable que l'arbitre doit impérativement trancher les questions qui lui sont soumises à la lumière de la loi, non pas forcément de la loi britannique mais de la loi du contrat quelle qu'elle soit. La clause compromissoire selon laquelle l'arbitre est appelé à statuer en équité est donc en principe nulle et le litige relève par conséquent de la juridiction civile. Mais vous savez sans doute que, fort souvent, des contrat internationaux régis par le droit anglais — je pense surtout aux contrats de réassurance — prévoient précisément que l'arbitre doive trancher le litige de façon équitable. Le juge britannique ne veut pas mettre en

échec un contrat commercial, surtout s'il s'agit d'un contrat concernant le commerce international. Plutôt que de tenir une telle clause pour nulle, il s'efforcera donc de lui appliquer une interprétation assez souple, selon laquelle les parties sont censées avoir confié à l'arbitre le pouvoir, non de statuer en équité, mais d'appliquer leur contrat d'une manière qui fasse sens sur le plan commercial au lieu de l'interpréter au pied de la lettre.

Le juge a donc renvoyé les parties devant l'arbitre. Mais qui est cet arbitre et comment vient-il à être nommé ? Deuxième étape de mon propos. Dans un contrat commercial ordinaire, qui ne concerne aucun domaine à haute technicité, les parties se gardent généralement de cerner de trop près les qualités que devra posséder l'arbitre éventuel. Elles utilisent souvent le terme « un arbitre » sans autre précision. Si elles pensent que de futurs litiges risquent de soulever surtout des questions d'ordre juridique, elles peuvent se mettre d'accord pour que l'arbitre soit un juriste. Ainsi pourraient-elles exiger qu'il soit l'un des conseils de sa Majesté, c'est-à-dire un avocat chevronné qui a reçu le titre de « Queen's Counsel ».

Ceci dit, je dois vous dire qu'à Londres, des arbitrages d'une très grande complexité sont régulièrement confiés à des arbitres ne possédant aucune formation juridique. Plus l'objet du litige est d'ordre technique, plus grande est la tendance à exiger que l'arbitre lui-même possède des connaissances dans ce domaine technique, c'est-à-dire qu'il soit ingénieur, comptable, architecte, etc., selon le cas. Si la clause compromissoire a été rédigée convenablement, elle ne manquera pas de prévoir que l'arbitre est nommé d'un commun accord par les parties ou, en l'absence d'un tel accord, par un tiers. Ce tiers est généralement désigné comme étant le président de telle association ou de tel institut. S'agissant d'un contrat dans le domaine du bâtiment, le tiers sera vraisemblablement le président de l'Association Royale

d'Architectes. Dans le cadre d'un contrat pour l'exécution de travaux de génie civil, on fera sans doute appel au président de l'Institut Royal des Ingénieurs Civils, et ainsi de suite selon les divers types de contrats. Ainsi, le choix d'un arbitre pour résoudre un litige portant sur des questions de comptabilité pourrait-il être effectué, si les parties ne réussissaient pas à se mettre d'accord, par le président de l'Institut des Experts Comptables. Notez bien qu'il s'agit de l'Institut et non pas de l'Institut Royal, parce que les experts comptables n'ont pas encore leurs lettres de noblesse. Certains contrats atteignent un tel degré de complexité que la nomination de l'arbitre relève de l'un ou l'autre de plusieurs présidents différents, selon la nature du litige.

Il peut néanmoins arriver que l'arbitre doive être nommé par le juge. Il en est ainsi dans les cas où une telle nomination est prévue aux termes même de la clause compromissoire. Mais la loi confère également au juge un pouvoir de nomination dans d'autres cas précis, par exemple dans le cas où les parties n'ont pas pu se mettre d'accord et que le contrat ne prévoit d'autres mécanismes pour effectuer la nomination, mais aussi dans le cas où le tiers chargé de la nomination refuse de s'exécuter, ou bien dans celui où l'arbitre dûment nommé démissionne avant l'accomplissement de sa mission. Avant de nommer un arbitre, le juge peut aussi se voir amené à révoquer la nomination de l'arbitre nommé antérieurement.

Les circonstances dans lesquelles une révocation peut être prononcée sont cernées limitativement par la loi de 1996 et elles sont les suivantes. Soit il existe des doutes fondés quant à l'impartialité de l'arbitre, soit celui-ci ne possède pas les qualités requises par la clause d'arbitrage (par exemple parce qu'il n'est pas ingénieur, parce qu'il n'est pas architecte, etc.), soit il est incapable pour des raisons de santé physique ou mentale de mener à bien l'arbitrage, soit il existe des doutes fondés quant à cette capacité, soit

enfin il a refusé ou s'est abstenu de mener l'arbitrage correctement avec la rapidité nécessaire.

Une fois l'arbitre nommé, il faut s'interroger sur les règles de procédure qui régissent l'arbitrage. Encore une fois, il y a diverses possibilités. Soit la clause compromissoire énonce dans le détail les règles à appliquer (et c'est un cas rarissime), soit elle renvoie à un ensemble de règles fixées par une instance extérieure, soit enfin la question est tranchée par les prévisions supplétives de la loi, ces dernières offrant un gilet de sauvetage aux parties qui ont omis de tout prévoir.

Sur ces trois hypothèses, prenons la seconde, le recours à une instance extérieure. Quelles sont ces instances ? Eh bien, en Grande-Bretagne comme en France, il existe diverses associations ayant leurs règles de procédure arbitrale. Il y a par exemple le règlement de l'Institut Patenté d'Arbitres, qui est l'équivalent britannique de votre association. Il y a celui de la Société des Conseils Juridiques d'Ecosse, et ainsi de suite. Quant aux prévisions supplétives elles consacrent, ou du moins elles consacraient, une procédure dominée par le principe du contradictoire et par celui de l'oralité des débats. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de 1996, il allait presque sans dire que, selon la tradition britannique, l'arbitre ne menait pas les débats, il les présidait. Pourtant, l'article 34 de la nouvelle loi prévoit que, dans la mesure où les parties n'en ont pas décidé autrement, c'est à l'arbitre de déterminer la procédure à suivre et même décider de prendre l'initiative dans la recherche de la vérité. Il peut donc adopter une procédure inquisitoire.

Dans quelle mesure le juge peut-il être appelé à intervenir au cours de l'arbitrage, c'est-à-dire pendant la troisième de nos cinq étapes ? Avant d'aborder cette question, il convient de répondre à une interrogation préalable qui est celle de savoir si le juge a le droit d'intervenir. En principe, c'est-à-dire en

droit commun, le juge ne possède guère ce droit. Mais la loi sur l'arbitrage le lui confère à certaines fins précises. Ainsi le juge peut-il à tout moment de la procédure arbitrale exiger de l'une des parties des garanties pour couvrir les frais de l'autre, ou même pour couvrir le montant des dommages-intérêts en jeu. Ces garanties peuvent consister en la consignation des sommes en question dans un compte géré par la cour. Le juge peut permettre à tel témoin de souscrire un témoignage écrit, jurer devant notaire. Ceci constitue évidemment une exception au principe de l'oralité des débats. Il peut même ordonner l'interrogation d'un témoin, celui-ci dûment assermenté par un officier de la cour. Il peut ordonner la visite, la préservation ou la vente de tous biens faisant l'objet du litige, ainsi que le prélèvement d'échantillons. Avant l'entrée en vigueur de la loi de 1996, la loi précédente s'appliquait même si les parties avaient confié des pouvoirs analogues à l'arbitre. Mais la nouvelle loi, qui reprend les mêmes pouvoirs judiciaires, permet aux parties d'exclure leur exercice par le juge et le juge doit de toute façon s'abstenir d'exercer ces pouvoirs si l'instance arbitrale, sous l'égide de laquelle l'arbitrage a lieu, est en mesure de les exercer elle-même. Détail intéressant : le juge peut, en tout état de cause, prononcer une ordonnance dite « Habeas corpus ad testificandum » pour faire sortir de prison un prisonnier afin que celui-ci témoigne devant l'arbitre. Il y a sans doute certains pays étrangers où un tel pouvoir de faire témoigner un prisonnier de droit commun pourrait s'avérer fort utile dans le cas d'un arbitrage exigeant le témoignage d'un ancien ministre.

Mais la compétence judiciaire qu'il convient surtout de souligner à ce stade de la procédure, c'est celle qui confère au juge le pouvoir de trancher une question de droit qui aurait surgi au cours de l'arbitrage. C'est ce pouvoir qu'a évoqué M. le Président Franck. On conçoit fort bien que, d'une façon géné-

rale, les parties à l'arbitrage préféreraient attendre la fin de celui-ci avant de mettre en cause les décisions de l'arbitre en matière juridique. Mais il peut arriver que la question elle-même revête une telle importance qu'elle doive être tranchée préalablement. Si toutes les parties sont d'accord cette question peut être soumise au juge. En principe, elle peut lui être soumise sur la demande d'une seule des parties mais, dans ce cas, la demande doit être soutenue par l'arbitre. Quel que soit l'auteur de la demande, le juge peut refuser de statuer. Et ici les changements effectués par la loi de 1996 sont significatifs. La loi antérieure prévoyait que dans le cas d'une demande contestée le juge pouvait néanmoins statuer sur la question préalable s'il avait acquis la certitude, *primo*, qu'une décision de sa part pourrait abréger la durée et donc réduire de façon significative le coût de l'arbitrage et, *secundo*, que si l'arbitre tranchait lui-même la question, sa décision pourrait en tout état de cause faire l'objet d'un recours ultérieur. La nouvelle loi, en revanche interdit au juge de statuer, sauf dans le cas où il est convaincu que le coût de l'arbitrage peut être réduit de façon significative : encore faut-il que la demande ait été formulée dans un délai raisonnable. Mais, la clause compromissoire peut exclure formellement toute référence de ce genre.

Voilà donc la question que doit se poser tout juriste chargé de rédiger les termes de la clause compromissoire pour un contrat donné : faut-il ou ne faut-il pas exclure toute possibilité de soumettre au juge une question préalable ? Je pense que la pratique anglaise et écossaise penche pour l'exclusion. Pourquoi ? Parce que les parties pensent que l'arbitrage est nécessairement plus rapide, plus informel et surtout moins coûteux que la justice étatique. J'ai dit que les parties pensaient ainsi, mais j'aurais peut-être dû dire qu'elles se l'imaginaient ou, mieux encore, qu'elles se laissaient bercer par cette illusion.

Venons-en maintenant à la quatrième étape de l'arbitrage, c'est-à-dire le recours contre la sentence arbitrale. Je ne vais nullement m'étendre ici sur les modalités d'un tel recours. Bien plus intéressante est la question de savoir si ces voies de recours existent, car la réponse ne va pas de soi. Notre loi de 1950 conférait à tout arbitre la faculté de soumettre au jugement de la cour une question de droit qu'il était amené à trancher au cours de l'arbitrage. Le juge anglais pouvait même, à la demande d'une des parties, ordonner à l'arbitre de lui soumettre cette question. Vous devinez bien la conséquence de cette législation. Au lieu de résoudre un litige de façon définitive, la salle d'arbitrage devenait pour ainsi dire l'antichambre de la cour et l'arbitrage lui-même devenait, pour changer de métaphore, le prélude du procès à suivre. C'est pour cette raison que la loi a été modifiée par le Parlement en 1979 et que la modification d'alors a été largement reprise par la nouvelle loi. Aujourd'hui, donc, il est loisible d'interjeter appel contre la sentence arbitrale, pour autant qu'elle tranche une question juridique, si toutes les parties y consentent ou si le juge, sans leur consentement unanime, le permet. Face à une demande dans ce sens, le juge doit se convaincre de ce que quatre conditions préalables sont réunies. Ainsi doit-il être convaincu que, eu égard à toutes les circonstances, la détermination de la question de droit pourrait affecter d'une manière importante — la loi dit « de façon substantielle » — les droits de l'une ou l'autre des parties. La question juridique doit être une question que l'arbitre lui-même avait été appelé à trancher, ce qui empêche l'introduction à ce stade tardif de tout nouveau moyen juridique. Dès lors il doit apparaître, et je cite, « juste et convenable » que la question soit définitivement tranchée par le juge et non pas par l'arbitre. Et même si toutes ces questions appellent une réponse affirmative, le juge possède un pouvoir discrétionnaire. Il peut permettre ou interdire l'engage-

ment de la procédure d'appel contre la sentence. Si, par exemple, le contrat sous-jacent est un contrat *sui generis* ne soulevant pas de question juridique d'une portée générale, le juge ne permettra pas d'appel sauf dans les cas où la simple lecture de la sentence arbitrale démontre de façon évidente que l'arbitre a dû se tromper. Par contre, si la question juridique qui se pose a bel et bien une portée générale, le juge peut permettre l'appel si la décision de l'arbitre suscite des doutes sérieux quant à sa correction.

Cette dernière formulation fait songer aux termes d'un arrêt de principe prononcé dans le cadre de la loi antérieure dans l'affaire Pioneer Shipping. Il s'agissait d'un vaisseau immobilisé par une grève dans un port espagnol et la question était de savoir si, aux termes de la charte-partie qui gouvernait sa location, ce vaisseau devait mettre le cap immédiatement pour le port de Soret dans les eaux du Saint-Laurent au Québec ou si, étant donné la grève en Espagne, cette obligation contractuelle avait été éteinte par application de la doctrine de l'impossibilité. Détail important : nous sommes en automne. L'hiver approche. Vous savez que pendant l'hiver le Saint-Laurent n'est plus navigable car il est entièrement recouvert de glace profonde. Il y avait donc urgence. L'urgence était telle que, de recours en recours, la sentence arbitrale a fini par être l'objet d'un pourvoi en cassation devant notre cour suprême, c'est-à-dire devant le comité judiciaire de la Chambre des Pairs. Tout dépendait de l'interprétation de certaines clauses de la chartepartie, qui était rédigée dans des termes tout à fait extraordinaires. Selon Lord Diplock, il était presque inconcevable que de tels termes soient reproduits dans une quelconque autre charte-partie. La question tranchée par l'arbitre n'avait donc aucune portée générale. Il n'était pas évident non plus que la sentence arbitrale fût erronée, et par conséquent le juge de première instance avait lui-même eu tort de permettre un appel contre cette sentence. A mon avis, cette jurisprudence

Pioneer Shipping continuera de peser sur les jugements rendus dans le cadre de la nouvelle loi.

S'agissant de la possibilité d'interjeter appel, il est évident que l'erreur de droit commise par l'arbitre ne saurait représenter le seul cas d'ouverture. La nouvelle loi prévoit également l'appel contre la sentence arbitrale au motif que le litige en question échappait à la juridiction de l'arbitre, ou bien au motif qu'une irrégularité grave a été commise et qu'elle a eu pour conséquence une injustice sérieuse. Mais qu'est-ce donc qu'une irrégularité grave ? Cela peut être la partialité de l'arbitre, l'excès de pouvoir, l'inobservation du règlement de procédure, le fait que l'arbitre ait omis de statuer sur l'une des questions qui lui étaient soumises, la rédaction ambiguë de la sentence arbitrale, le fait que cette sentence soit contraire à l'ordre public (par exemple parce qu'elle a été obtenue par fraude), l'existence d'un vice de forme ou enfin toute autre irrégularité dans la mesure où elle ait été reconnue soit par l'arbitre lui-même, soit par l'instance arbitrale qui l'a nommé.

Il est pourtant loisible de réduire au minimum la possibilité d'un appel. Je vous ai dit que la loi de 1996 consacrait le rôle prédominant de la volonté des parties. Elle prévoit notamment dans son article 1b, que les parties devraient être libres de s'entendre sur la façon dont leurs litiges seront résolus, sous réserve uniquement des mesures de sauvegarde qu'impose l'intérêt public. Il est en effet accepté de longue date que les parties peuvent très largement exclure la compétence des tribunaux civils en souscrivant une clause dite Scott-v.-Avery, d'après l'arrêt de principe dans l'affaire du même nom. Mais cette possibilité a ses limites. Ainsi, bien que la plupart des possibilités d'appel puissent être exclues par une clause Scott-v.-Avery, les parties ne sont pas libres d'exclure l'appel en cas d'excès de juridiction ou d'irrégularité grave, ce qui ouvre la porte à toute cette liste de cas d'ouverture que je viens de citer.

S'il n'y a pas eu d'appel ou si celui-ci n'a pas abouti, la toute dernière étape du processus d'arbitrage est évidemment l'exécution de la sentence arbitrale. Cette sentence a certes force de chose jugée, mais est-ce qu'elle constitue un titre exécutoire ? En Angleterre comme en France, cette question appelle *a priori* une réponse négative. L'article 1477 du nouveau Code de procédure civile prévoit que la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'*exequatur* émanant du Tribunal de Grande Instance. Selon l'analyse anglaise, comme les parties se sont soumises à l'arbitrage moyennant un contrat à cet effet, c'est ce même contrat qui est censé obliger la partie qui a succombé à s'exécuter. Si elle ne le fait pas, le remède du vainqueur peut être celui qui s'applique dans presque tous les cas d'inexécution d'une quelconque obligation contractuelle, c'est-à-dire le recours au tribunal civil. Possibilité donc d'intenter un procès devant le juge étatique. Mais le droit anglais prévoit néanmoins la possibilité d'invoquer l'autorité judiciaire sans qu'un tel procès soit nécessaire. Selon notre nouvelle loi, le juge peut prononcer un arrêt entérinant la sentence arbitrale. À partir de ce moment, c'est l'arrêt qui constitue un titre exécutoire. Il s'agit dans ce cas de l'exécution dite sommaire. Mais de toute évidence, si le juge peut prononcer un tel arrêt, il peut aussi ne pas le prononcer. Tel sera le cas notamment si la sentence elle-même ne constate aucune obligation de payer ; et si la validité de la sentence paraît douteuse le juge refusera de l'entériner, sauf dans les cas où la possibilité d'un recours est définitivement forclose, par exemple parce que les délais de recours sont déjà écoulés.

Vous avez peut-être remarqué que j'ai parlé il y a un instant non pas du droit britannique, mais du droit anglais. Cette distinction suscite sans doute peu d'intérêt en France, mais il en est autrement en Ecosse. Vous savez certainement qu'il y a bientôt trois

siècles, avant de s'unir à l'Angleterre de façon à créer justement le Royaume-Uni, l'Ecosse était un pays indépendant, d'ailleurs très francophile, qui avait son propre système juridique basé sur le droit romain. Ce système, dans une large mesure avait su résister à l'invasion anglaise, tout comme les Québécois ont su conserver le droit français au Canada. Bien que les conditions météorologiques qui sévissent dans le nord aient fait des Ecossais un peuple un peu frileux, la procédure civile écossaise n'est nullement frileuse quand il s'agit de faire exécuter une sentence arbitrale ou — et j'y reviendrai tout à l'heure — de donner au demandeur de solides garanties sur le patrimoine de son adversaire. Sachez donc qu'en Ecosse la cour suprême tient un registre d'actes juridiques privés. Si un tel acte prévoit une obligation de payer une somme précise, l'extrait du registre vaut titre exécutoire quant au paiement de cette somme. Il n'est pas rare de trouver dans les clauses compromissoires écossaises une prévision selon laquelle la sentence arbitrale peut être enregistrée auprès de la cour, et ce à la demande de n'importe laquelle des parties. Comme l'enregistrement de la sentence et l'obtention d'un extrait de cet enregistrement sont des gestes qui peuvent être accomplis très rapidement, ce phénomène écossais vaut non pas exécution sommaire mais exécution immédiate.

Etant arrivé à la fin de l'arbitrage, revenons brièvement à la case départ. Puisque l'éventualité de l'inexécution de la sentence arbitrale est en principe prévisible dès le début, n'a-t-on pas intérêt à prendre dans un tout premier temps des dispositions pour en assurer l'exécution ? Oui, bien sûr. Il est possible d'obtenir du juge anglais, même avant le déclenchement de l'arbitrage, une ordonnance dite « Mareva », interdisant à l'autre partie de faire sortir ses avoirs financiers de la juridiction. Comme le demandeur compte sur un effet de surprise, il demande l'ordonnance en chambre du conseil sans que son adversaire

soit convoqué à paraître et sans même que la requête du demandeur ait été signifiée à cet adversaire. De toute évidence, le prononcé d'une telle ordonnance peut constituer une ingérence intolérable dans les affaires de celui contre lequel elle est dirigée. Ainsi le juge ne donnera-t-il suite à la requête que s'il est persuadé qu'il existe un risque sérieux et concret de transfert de fonds à l'étranger. L'avocat qui plaide tout seul devant le juge doit donc impérativement faire preuve d'un grand sens du fair-play. Il doit non seulement énoncer les arguments qui pourraient inciter le juge à prononcer l'ordonnance désirée, mais aussi évoquer, s'il en a connaissance, les faits qui pourraient produire l'effet contraire.

J'ai parlé tout à l'heure du juge anglais et non pas du juge britannique. Je vous ai dit que la procédure civile écossaise était extrêmement frileuse dès qu'il s'agissait de donner au demandeur de solides garanties sur le patrimoine de son adversaire. En effet, les procès civils écossais sont déclenchés normalement par une assignation qui n'a d'effet qu'une fois revêtue du sceau de la cour. Mais l'apposition du sceau autorise le demandeur de plein droit à pratiquer une saisie-arrêt sur les biens du défendeur. Le demandeur qui a fait « sceller » une assignation est donc en mesure, même et surtout avant de signifier celle-ci à son adversaire, de faire geler les comptes bancaires de ce dernier. Cette saisie-arrêt restera en place pendant tout l'arbitrage, elle sera encore en place au moment de l'exécution de la sentence arbitrale, exécution à laquelle elle pourra conférer une efficacité extraordinaire.

Avant d'en terminer je sais que je devrais évoquer aussi certains aspects européens de l'arbitrage, et c'est surtout au moment de l'exécution de la sentence arbitrale que ces aspects acquièrent une importance particulière. Quel est le rôle du juge britannique dans l'exécution d'une sentence prononcée « sur le continent », comme on le dit chez moi ?

Dans un monde meilleur il existerait un règlement, ou du moins une convention communautaire, organisant l'exécution quasi automatique des sentences arbitrales entre pays membres de l'Union européenne. Mais vous savez que la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale prévoit, dans son article premier, que l'arbitrage est exclu de son champ d'application. Il faut donc avoir recours à d'autres conventions internationales. Il s'agit, en l'espèce, soit de la convention de Genève, soit de celle plus récente de New York. Dans les deux cas la loi prévoit que les sentences arbitrales étrangères soient exécutées suivant les mêmes modalités qu'une sentence britannique. C'est-à-dire qu'il s'agisse ou bien d'assigner en justice la partie qui a succombé à l'arbitrage, ou bien de demander l'exécution dite sommaire. Bien que les modalités d'exécution soient identiques il y a une différence d'approche suivant la convention qui régit le cas et cette différence est d'une importance primordiale. En effet, dans le cas où la convention de Genève est invoquée, il existe un certain nombre de conditions qui doivent être réunies au préalable, afin que le juge puisse accorder l'exécution, tandis que dans le cadre de la convention de New York le juge est en principe obligé de prononcer l'exequatur à moins que l'une ou l'autre de certaines exceptions limitativement énumérées soit manifeste.

Est-ce là tout ce qu'il y a à dire au sujet de l'arbitrage européen ? Certes pas mais je pense que si nous voulions tirer des conclusions fiables sur les conséquences pour l'arbitrage européen du rôle joué par le juge dans l'arbitrage britannique, nous devrions nous livrer à une étude bien plus approfondie que celle que j'ai esquissée ce soir. En fin de compte, la question qui sous-tend mon intervention est une question du soi-disant forum shopping arbitral en fonction des avantages procéduraux que l'on

escompte devant telle ou telle juridiction. Afin de pratiquer le forum shopping en connaissance de cause, il faudrait être en mesure de comparer minutieusement la mesure dans laquelle, d'une juridiction européenne à l'autre et à chaque étape de la procédure arbitrale, l'intervention du juge est permise ou interdite, et la mesure dans laquelle cette intervention peut être bénéfique ou néfaste. Selon le partage des tâches que j'avais prévu au début de mon propos, c'est à vous d'effectuer cette comparaison. Pour ma part, je dois vous avouer que ma gorge commence à se dessécher, que je crois détecter une vague odeur de rondelle de citron et que j'entends de loin les glaçons qui s'entrechoquent comme des banquises sur le fleuve Saint-Laurent. M. le Président, M. le Bâtonnier, Mesdames et Messieurs, je vous remercie d'avoir été aussi attentifs.

REMERCIEMENTS

de Monsieur le Bâtonnier F. MOLLET-VIEVILLE

QUESTIONS/RÉPONSES

Quitte à vous décevoir, mon cher Confrère, il vous faut, dans l'immédiat, continuer à écouter le tintement des glaçons et espérer le zeste de citron. Nous n'allons pas vous quitter aussi vite. Nous venons de bénéficier d'un exposé d'une très grande densité et d'un intérêt tout particulier. Permettez-moi d'en tirer deux conclusions.

La première c'est de pouvoir vous exprimer ma très grande reconnaissance. Vous avez accepté la mission proposée par l'A.F.A. Vous avez accepté aussi le sujet que je souhaitais vous entendre traiter lors de votre intervention et vous avez apporté non seulement le fruit d'un travail considérable mais également celui de votre expérience des arbitrages auxquels vous avez concouru soit dans le cadre du droit écossais, soit dans celui de la Grande-Bretagne.

Ceux qui viennent de vous écouter et qui recevront le texte de votre discours — ce qui leur permettra de pouvoir encore mieux en bénéficier — vous sont reconnaissants de tout ce que vous venez de leur apprendre.

Vous savez que sont ici réunis ce soir, un certain nombre de professeurs de droit, de magistrats, d'avocats et d'arbitres. Je suis certain que des questions

vont vous être posées. La tradition veut que notre réunion annuelle comporte rarement cet échange de vues. Mais compte tenu du sujet que vous avez traité et de l'heure qui nous permet de disposer de quelques minutes avant d'aller mieux entendre le tintement des glaçons et de poursuivre nos entretiens de l'autre côté de ce jardin, permettez-moi, si vous le voulez bien, une première question :

J'aimerais savoir si, d'une façon générale, en Grande-Bretagne, les parties s'en remettent à un arbitre unique ou à un collège arbitral.

M. Howlin :

Pour étonnant que cela puisse paraître, et malgré le fait que des sommes très importantes dépendent du résultat des arbitrages, surtout à Londres, c'est presque une règle générale que l'on choisisse un seul arbitre. Je sais que la pratique en France est différente. La loi de 1996 prévoit le cas où l'on aurait choisi deux arbitres et que les deux ne puissent pas se mettre d'accord. La prévision est celle que les deux arbitres choisissent un troisième arbitre. Mais normalement, qu'il s'agisse de baux commerciaux, de chartes-parties, d'assurances maritimes, qui peuvent être des cas soit d'une très grande complexité technique, soit d'une très grande complexité juridique, soit les deux à la fois, il y a un seul arbitre parce qu'il en a toujours été ainsi.

Bruno Leurent (Avocat) :

Vous avez conclu votre entretien sur l'utilité qu'il y aurait de procéder à une étude des forums shopping possibles, mais je ne suis pas sûr d'avoir perçu la connotation qu'il y avait derrière l'emploi que vous faisiez du mot « forum shopping ». Ma question est : à votre avis est-il souhaitable que, à côté de la pratique française de l'arbitrage ou d'une pratique continentale de l'arbitrage, les Anglais continuent d'entretenir leur particularisme, ce qui offre à chacun la liberté du choix, ou bien pensez-vous qu'il vaudrait

mieux tendre vers une confusion des pratiques arbitrales d'un côté et de l'autre de la Manche ?

M. Howlin :

Je dois vous avouer que si je devais répondre à cette question en tant qu'arbitre, je serais un très mauvais arbitre parce que je ferais preuve d'une certaine partialité. On a déjà évoqué le fait que j'enseignais le droit européen à l'université. Je suis personnellement convaincu des avantages de tout ce qui tend à la convergence des systèmes juridiques ou des pratiques juridiques dans le domaine de l'entreprise en difficulté par exemple ; il me semble que si l'on voulait faire une Europe forte qui crée une certaine unité sur le plan juridique, à part d'autres plans culturels, etc., il serait fort souhaitable d'avoir une convergence des règles d'arbitrage. Ce que j'avais évoqué rapidement, c'est peut-être un règlement communautaire qui donnerait à chaque pays membre le choix d'adopter un règlement unique. Le résultat pourrait être par exemple que les Anglais étant insulaires, diraient de ce règlement ce qu'ils disaient des Nations-Unies : nous pouvons faire mieux que ça, ce n'est pas la peine d'adopter cette loi étrangère. Mais le fait d'avoir le choix, le fait d'avoir la possibilité d'un système unifié serait très souhaitable. A part d'autres considérations, le fait qu'un juriste dans une juridiction sache que la loi en Allemagne, en Italie, doit être plus ou moins analogue grâce à cette tendance unificatrice, serait aussi avantageux.

Jean-Pierre Sloan (Avocat au Barreau de Paris, membre du Conseil de la Concurrence) :

Vous avez indiqué qu'il était possible d'effectuer un recours auprès du juge pour obtenir le blocage des fonds, en l'absence bien entendu de la partie adverse à condition de faire preuve, ce qui est bien britannique, de fair-play. La question que je pose est celle-ci : la décision du juge prise à cet égard est-elle susceptible d'une voie de recours ?

M. Howlin :

Il faut d'abord penser à l'effet de surprise. Rien n'est plus surprenant que de recevoir un coup de téléphone du directeur de la succursale de votre banque pour vous dire que vos comptes sont bloqués. C'est certainement un effet de surprise. Mais normalement dans les 48 heures on peut demander une audience devant le juge, pas forcément le même juge, vraisemblablement un autre, pour justement débattre de la licéité et/ou l'opportunité de la saisie-arrêt. Cette fois-ci le juge, avec un total fair-play, aura devant lui les avocats des deux parties. Il pourra prendre en considération les arguments qui peuvent être avancés des deux côtés et statuer en toute connaissance de cause.

Geneviève Augendre (Avocat à la cour, ancien membre du Conseil de l'Ordre) :

Vous nous avez parlé, et vous nous avez beaucoup intéressés, de cet arbitrage britannique ; à la fin de votre propos vous avez évoqué la possibilité d'une harmonisation européenne ; nous avons compris qu'une harmonisation avait été tentée mais qu'elle n'avait pas forcément été bien admise en Grande-Bretagne. Il y a, et cela est vrai pour l'arbitrage, une spécificité anglo-saxonne : vous l'avez évoquée tout à l'heure, il s'agit du mode de preuve. Ma question est : le juge joue-t-il un rôle dans l'administration de la preuve en Grande-Bretagne et en Ecosse ?

M. Howlin :

En principe les parties sont libres de décider presque tout, y compris le droit des preuves. Si elles ne décident rien à cet égard, le droit des preuves britannique — c'est le même droit en Ecosse et en Angleterre — est présumé s'appliquer. Je ne vais pas invoquer toute cette série de règles compliquées, mais c'est un droit qui s'imbrique justement dans notre procédure civile. C'est un droit qui normalement ne permet pas au juge d'intervenir. C'est le

Président du tribunal qui écoute les conseils des deux parties et leurs témoins ; il peut certes poser des questions supplémentaires pour bien saisir un point qui a été évoqué, mais il ne mène pas de débats. C'est là le système qui va vraisemblablement continuer. Cela dit, je discutais l'autre jour de cette nouvelle loi avec un de mes confrères qui pratique en Ecosse et à Londres. Il m'a dit que son impression, lors des débats qui présidaient à l'élaboration de cette loi, était que les Anglais, tout en se croyant différents à l'égard du droit des preuves par exemple et à maints autres égards, avaient l'impression de faire un grand pas vers l'Europe en donnant à l'arbitre la possibilité de mener l'arbitrage à la façon d'un juge continental. C'est-à-dire qu'au lieu de présider l'arbitrage, il prenait les devants, en estimant qu'il ne voulait pas seulement écouter les réponses aux questions très précises que les conseils posaient, tout en sachant qu'il y avait d'autres questions qu'ils n'osaient pas poser. Donc cette possibilité est acquise ; elle est perçue comme un pas vers le système européen. Ce qu'il faut savoir, c'est qu'il n'y a qu'à peu près vingt-quatre mois depuis l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi. Elle est très jeune, la pratique n'a pas encore évolué ; il n'y a pas de jurisprudence, et nous sommes dans l'attente de son évolution. Si j'ai bien compris et si je voulais résumer l'essentiel de ma réponse, c'est que la direction que prend le législateur visant l'arbitrage britannique se rapprocherait à l'heure actuelle de ce que nous connaissons en France ; au plan européen ce serait meilleur.

J'aimerais poursuivre car j'ai l'impression de ne pas avoir répondu clairement à votre question, dans la mesure où elle concernait le droit des preuves. Pour vous donner un exemple typique, lors d'une audience en Grande-Bretagne devant un juge ou devant un arbitre, le conseil du demandeur pose une question à son propre témoin, c'est-à-dire au témoin

de la partie qu'il représente. Avant que le témoin n'ouvre la bouche, l'autre conseil se lève, et lui dit : « Don't answer that question ». Il s'adresse au juge : « My Lord, I object. Cette question n'est pas permise selon notre droit des preuves ». Pourquoi cette objection ? Parce que l'adversaire a peur de la réponse. Il ne veut pas que la réponse soit prononcée, car une fois prononcée elle fait partie des éléments qui seront pris en considération. Evidemment, on peut très bien se figurer qu'il y a des lacunes très importantes. On peut même se figurer que les témoignages qui ont été prononcés constituent plutôt une sorte de gruyère, dans ce sens qu'il y a plus de trous que de fromage.

M. le Bâtonnier Mollet-Vieville :

Quelqu'un aurait-il une question à poser ?

Un participant :

Je suis un ancien arbitre depuis longtemps déjà et je n'exerce plus. Ceci me rappelle un souvenir personnel. J'étais président d'un tribunal arbitral qui siégeait à La Haye, entre une partie turque et une partie hollandaise, quand j'ai vu arriver deux confrères de M. Howlin, barristers d'Angleterre tous deux, qui avaient été choisis par les parties pour plaider cette affaire. Je ne demandais pas mieux que de leur laisser la liberté de plaider comme ils en avaient l'habitude, mais comment justifier l'intrusion du droit anglais dans une procédure étrangère aux parties. Le lieu du litige était Chypre et le lieu de l'arbitrage La Haye. Heureusement, il s'agissait d'un arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, dont l'article 11 donne à l'arbitre le pouvoir de fixer les règles de l'arbitrage sans référence à un droit national. J'ai fait signer par les parties un accord décidant que la procédure comprendrait cette intervention, mais tout en réservant au tribunal arbitral le droit d'intervenir. Je suis intervenu beaucoup plus que ne l'aurait fait un juge anglo-saxon, mais les deux barristers se sont

déclarés tout à fait satisfaits. Je me demande, suite à votre précédente réponse, si ce n'est pas dans le sens de cet article 11 du règlement de l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale que l'on pourrait trouver une solution, qui naturellement supposerait que le même article soit introduit dans d'autres règlements d'arbitrage ?

M. Howlin :

Je pense que dans un sens ce règlement existe implicitement dans certaines prévisions de la loi, car, d'abord, les parties peuvent choisir leur propre règlement d'arbitrage. Si elles n'ont rien prévu, l'arbitre lui-même peut choisir. Si vous étiez arbitre dans un arbitrage qui était régi par cette loi, vous seriez en mesure de dire : « Puisque les parties n'ont fait aucun choix à cet égard, j'ai décidé d'imposer tel ou tel règlement de procédure. Si vous avez l'habitude de juges qui ne font que présider, vous allez avoir une petite surprise au cours de cet arbitrage ». Cela est tout à fait possible.

Antoine Valéry (Avocat, ancien membre du Conseil de l'Ordre) :

Ma question est très simple, elle est la suivante : que Maître Howlin pense-t-il de ce que nous appelons, dans notre droit français, l'amiable composition ?

M. Howlin :

C'est très à la mode. Je sais par exemple, de ma propre expérience, qu'en Allemagne le juge a le devoir selon le Code de procédure civile allemand de formuler dès le début de la procédure des propositions de ce genre. En principe, on peut demander au juge britannique de le faire. Je pense que maintenant on voit justement ces sorties à l'amiable, pour ainsi dire, comme une troisième voie. Il y a la procédure civile devant le juge, il y a l'arbitrage qui jusqu'à maintenant ressemblait à s'y tromper à la même procédure, et puis la possibilité de cette troisième

voie qui consistait à s'asseoir autour d'une table, à discuter.

Antoine Valéry :

Si je peux me permettre de préciser ma question, je vous interrogeais sur notre amiable composition dans l'arbitrage, c'est-à-dire ce choix des parties entre un arbitrage suivant la règle de droit et l'arbitrage dans le cadre d'une amiable composition. Je pense en effet que vous n'avez pas exactement les mêmes distinctions chez vous et j'aimerais savoir si vous pensez que notre pratique est intéressante ?

M. Howlin :

Je dis toujours à mes clients : « Vous avez le choix. Ou bien vous vous enrichissez, ou bien vous m'enrichissez. Cela dépend de la manière dont vous allez vous y prendre ». Il est certain que tout ce qui peut raccourcir l'arbitrage peut être avantageux pour le client. Mais pour répondre très précisément à votre question, l'arbitre britannique ne peut pas avoir recours à l'amiable composition. Il doit statuer en tant qu'arbitre — c'est-à-dire selon la loi — et non pas en tant que amiable compositeur.

Michel Lacorne (Avocat) :

Une question qui engendrera une réponse très courte. Je voulais savoir s'il existait une distinction de régime entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international ?

M. Howlin :

Pour nous la notion d'arbitrage international signifie un arbitrage ayant lieu selon d'autres lois que la loi britannique. On peut très bien concevoir par exemple qu'un arbitrage ait lieu à Londres mais qu'il n'ait rien à voir avec le droit britannique, ni avec l'arbitrage britannique. Le seul stade où ce choix engendre des conséquences, c'est au stade de l'exécution. Est-ce que c'est un arbitrage qui est interne et qui est régi par les prévisions normales de notre

loi ? En fait, ce stade compte de moins en moins. Lisez par exemple la liste des pays qui ont souscrit aux deux conventions que j'ai évoquées. La convention de Genève est franchement sans intérêt. Ce qui compte, c'est la convention de New York, où l'on voit qu'en Grande-Bretagne la plupart des arbitrages internationaux, dès qu'il s'agit de leur mise en exécution à l'encontre d'une partie britannique, reçoivent plus ou moins le même traitement qu'un arbitrage britannique.

Alain Tinayre (Avocat, ancien membre du Conseil de l'Ordre) :

Une question très courte. Je souhaiterais savoir, en droit britannique et écossais, jusqu'à quel point la confidentialité de l'arbitrage est préservée et comment ?

M. Howlin :

Il y a une certaine limite que l'on peut identifier comme étant celle des voies de recours. Dès qu'il y a une procédure devant le juge, vous avez la possibilité d'y avoir la presse ; vous avez des groupes de jeunes qui sortent de l'école pour voir comment fonctionne une cour de justice. Donc tout dépend de la volonté des parties ou même d'une seule d'entre elles. Dans quelle mesure la confidentialité est-elle garantie ? Je pense que là on aborde une question tout à fait différente. Il n'y a pas de loi qui exige la confidentialité, mais cela fait partie de l'atmosphère, de la culture. Il y a le mot grec *éthos* qui indique également ce que je veux dire. Il y a une certaine mentalité entre les arbitres, qui fait qu'ils savent très bien qu'ils sont liés par un devoir de confidentialité, et d'ailleurs ils savent aussi très bien que s'ils n'observent pas ce devoir ils finiront par ne plus être désignés comme arbitres.

Un participant, Avocat :

Je suis avocat. J'ai une question. Elle concerne le forum shopping dont vous avez parlé à la fin de

votre exposé, qui a intrigué Bruno Laurent, et votre réponse m'a encore intrigué probablement parce que la réponse n'était pas uniquement partielle. Vous avez à juste titre souligné tout à l'heure dans votre intervention la célérité et le moindre coût de la procédure d'arbitrage. Or, nous savons que le forum shopping est un jeu subtil, extrêmement gracieux et de très longue durée pour faire traîner une procédure et pour chercher des incompétences un peu partout. Unifier les procédures sur le plan européen c'est une très bonne chose comme vous l'avez suggéré, mais, si je vous ai bien compris vous voulez quand même laisser le choix aux parties à l'arbitrage d'aller faire du forum shopping, c'est-à-dire d'aller discuter de telle ou telle compétence de tel et tel lieu d'arbitrage pour justement tirer avantage de telle ou telle loi procédurale locale. Ai-je compris ou ai-je mal compris ?

M. Howlin :

Je pense que votre question souligne une certaine différence d'approche ou de mentalité de part et d'autre de la Manche. Lorsque j'évoquais le « forum shopping » je pensais à un stade antérieur. Dès que l'arbitrage est déclenché, il est trop tard pour faire du shopping parce que les shops sont fermées. Le moment idoine, c'est celui de la rédaction de la clause d'arbitrage. Dans un monde idéal, on se poserait à ce stade-là la question de savoir où aura lieu cet arbitrage, et selon quelles règles. Par exemple, Hambourg nous offre certaines garanties, certaines possibilités, qui ne sont pas présentes à Londres. Le problème est un problème pratique.

Nous savons comment sont rédigées des clauses compromissoires. Dans l'ère de l'ordinateur et du traitement de texte, une clause très importante qui mérite beaucoup de réflexion sort du contrat A, B, C pour se voir implanter dans le contrat X, Y, très souvent sans que son rédacteur y réfléchisse. C'est aussi

une question de mentalité. Au moment de la signature du contrat les gens sont entre amis, tout marche bien. Il n'y a aucune possibilité de la moindre dispute. Vous savez aussi que dans certains actes juridiques, les chartes parties, les contrats d'assurance (surtout dans le domaine des assurances maritimes régies soit par le droit anglais, soit par le droit de l'Etat de New York), il y a certaines clauses qui sont reproduites mécaniquement et qui ne sont jamais retouchées. Ainsi, s'il s'agit du forum shopping, ce n'est pas parce qu'on est arrivé au seuil de l'arbitrage qu'il faut seulement se poser la question ; on a dû se la poser bien avant. Je pense qu'il s'agit pour chaque avocat de s'interroger : est-ce qu'il est avantageux pour mon client, dans les différends qui pourront survenir, d'avoir un arbitrage dans tel lieu selon tel règlement, ou telle procédure ? Si oui, pourquoi ? Si non, pourquoi ?

Jacques Ribs (Conseil d'Etat honoraire) :

Si j'ai bien compris les explications que nous a données notre conférencier les dispositions de l'article 2060 de notre code, qui excluent de l'arbitrage les collectivités publiques et les établissements publics, n'existent pas en Grande-Bretagne. Est-ce que les collectivités publiques ont l'habitude de recourir à l'arbitrage et comme cela se passe-t-il ?

M. Howlin :

Si les collectivités publiques exercent une fonction commerciale, il est tout à fait normal que leurs contrats soient régis par les mêmes lois que n'importe quel contrat commercial. Nous n'avons pas d'arrêt Blanco en Grande-Bretagne, parce que la question ne peut pas se poser. C'est encore une question de mentalité, de différence. Si on voulait vraiment approfondir cette question, on parlerait du colbertisme et nous passerions toute la nuit à parler de l'étatisme, etc., parce que ce sont les manifestations de cette approche.

M. le Bâtonnier Mollet-Vieville :

A votre place, voici quelques années, se trouvait le professeur Pierre Delvolve dont le discours est resté très présent dans nos mémoires. Le sujet qui vient d'être évoqué est un sujet qui lui est très cher ; je crois que la vraie conclusion c'est lui qui, sous forme de question ou de proposition, va nous la donner.

M. le Professeur Delvolve :

Ni question ni proposition, M. le Président. Contestation. La Grande-Bretagne a désormais un arrêt Blanco, comme notre collègue John Bell l'a démontré dans un article à la *Revue Française de Droit Administratif*. La Grande-Bretagne a des « administratives tribunals », qui ne sont pas de véritables juridictions. La Grande-Bretagne a un droit administratif. Sir William Wade a produit en plusieurs éditions un traité d'administrative law. Le problème de l'arbitrage en droit administratif se pose donc en Grande-Bretagne, autant qu'en France.

M. le Bâtonnier :

Voici la protestation que nous attendions en matière de conclusion ! Nous allons nous retrouver de l'autre côté de ce jardin. Mais avant je veux redire ma gratitude au Président Franck, qui a eu la grande gentillesse, une fois de plus, de nous permettre le déroulement de notre manifestation annuelle de l'Association Française d'Arbitrage à la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. Un grand merci également à mon confrère Michael Howlin, qui a été passionnant et maintenant qu'il n'entende plus seulement le tintement des glaçons, mais qu'il boive le gin espéré.

La séance est levée.