

PARISBABYARBITRATION
BIBERON



ÉDITION SPÉCIALE
18 - 22 mars 2024

BUREAU DE L'ASSOCIATION



Andy Haddad
Présidente



Lina Ettabouti
Secrétaire Générale



César Hasson
Vice-Président



Maxime Villeneuve
Trésorier

ÉQUIPE ÉDITORIALE



Théo Moreno
Responsable Général



Elena Andary
Responsable Contributeurs



Lea Maalouf
Responsable PAW



Clara Friess
Responsable PAW



Samuel Davies
Responsable PAW

AVANT-PROPOS

Fidèles lecteurs du Biberon et nouveaux arrivants,

Nous avons le grand plaisir de vous présenter la troisième édition spéciale de notre "Biberon" consacrée à la *Paris Arbitration Week* (PAW). Pour la quatrième année consécutive, nous nous sommes associés au Comité d'organisation de la PAW pour rendre compte des nombreux événements de l'édition de cette année.

Nous avons travaillé cette année en étroite collaboration avec le comité d'organisation de la PAW pour livrer une édition spéciale digne du contexte unique dans lequel elle s'inscrit. Notre équipe de reporters a couvert une multitude de séminaires, abordant cette année les questions de procédure dans l'arbitrage mais également, en clin d'œil aux prochains Jeux olympiques d'été de Paris, le règlement des litiges sportifs dans le domaine de l'arbitrage.

Nous tenons à exprimer nos sincères remerciements à l'intégralité du Comité d'organisation de la PAW, avec qui ce fut un réel plaisir de collaborer. Nous tenons également à remercier les cabinets et les entreprises qui nous ont fait confiance, et tout particulièrement la chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris, qui nous a fait l'honneur de nous ouvrir ses portes pour sa toute première participation à la Paris Arbitration Week, ainsi que tous nos reporters pour leur travail remarquable.

Nous espérons que vous prendrez plaisir à lire cette édition spéciale de notre revue. N'hésitez pas à nous suivre sur nos réseaux sociaux pour être informés de tous nos projets futurs.

Paris Baby Arbitration est une association parisienne et un réseau d'étudiants et de jeunes praticiens visant à promouvoir la pratique de l'arbitrage international, ainsi que l'accessibilité de ce domaine du droit.

Chaque mois, son équipe travaille à la rédaction du Biberon, une revue en anglais et en français, destinée à faciliter la compréhension des décisions les plus récentes et les plus marquantes rendues par les États et les juridictions internationales, ainsi que des sentences arbitrales. Depuis 2021, grâce à son partenariat avec la Paris Arbitration Week, elle publie également une édition spéciale de cette revue consacrée à cet événement.

Paris Baby Arbitration souhaite ainsi encourager la contribution des étudiants et jeunes avocats à la communauté de l'arbitrage. Les valeurs qui animent Paris Baby Arbitration sont l'ouverture et la bienveillance, c'est pourquoi nous souhaitons permettre aux étudiants et jeunes avocats d'exprimer leur passion pour la pratique de l'arbitrage international.

Vous pouvez retrouver toutes les éditions précédentes du Biberon et vous abonner pour recevoir un nouveau numéro chaque mois sur notre site internet : parisbabyarbitration.com.

Nous vous invitons également à nous suivre sur [LinkedIn](https://www.linkedin.com/company/parisbabyarbitration).

Bonne lecture !

Sincèrement vôtre,

Théo Moreno

CONTRIBUTEURS ET CONTRIBUTRICES



Elena Andary



Oumeima Baazaoui



Youssef Ben Khamsa



Rym Bahbou



Samuel Davies



Saskia Dodds



Elizabeth Ebelechukwu
Arubalueze



Inès Elleingand



Antoine Garbé



Paul Gobetti



Elisa-Marie
Goubeau



Maria Gruszczynska



Florian Hamel
Cooke



Celine Kahi



Lidia Kruczkowska
Mottrie



Maya
Konstantopoulou



Lia Lazaridi



Maritina Leontiou



Cellya Lejemtel



Lea Maalouf



Théo Moreno



Aliénor Nin



Hoda Otayek



Vlada Ratnikova



Aya Serragui



Yasemin Topcan



Redeat Zewdie

TABLE DES MATIÈRES

ICC International Court of Arbitration : 8ème Conférence Européenne de la CCI sur l'Arbitrage International	P. 7
--	-------------

THÈME 1 : ARBITRAGE ET SPORT

Eight Advisory : Jeux olympiques : le temps est un facteur essentiel pour les projets de construction	P. 10
Comité Français de l'Arbitrage : Arbitrage, droit du sport et jeux olympiques	P. 12
Deloitte : Football et arbitrage : un jeu à l'envers	P. 15
Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes : Arbitrage sportif : discussion sur les enjeux actuels et les défis à venir	P. 18

THÈME 2 : PROCÉDURE ARBITRALE

Cour d'appel de Paris : La conception française de l'autonomie de l'arbitrage - quels enjeux?	P. 22
Simmons & Simmons : Différends ISDS en matière fiscale : tendances récentes à l'ICSID, et perspectives futures	P. 27
BSP : Arbitrage vicié : mieux vaut savoir où l'on en est (en tant qu'avocat) ! Perspectives française, anglaise et luxembourgeoise	P. 30
Navacelle : Ethique and arbitrage : clarifications sur les questions de conflits d'intérêts, d'indépendance et d'impartialité des arbitres	P. 32
Jones Day : L'Interaction entre le fond du litige et la compétence razione temporis	P. 34
Paris Place d'Arbitrage - Sorbonne Arbitrage : "Twilight Issues: Latent Choice of Law Issues in Arbitral Practice": Conférence du Professeur George A. Bermann	P. 37
Loyens & Loeff : "Où sont les documents ?" Perspectives sur la production de documents et le rôle des tribunaux étatiques	P. 39
Advant Altana / Beiten / NCTM : Que faire de la sentence ? Recours dans le pays du siège, reconnaissance et exécution à l'étranger : une approche comparative	P. 42
Habib Al Mulla & Partners - LexisNexis : Tout savoir sur les clauses d'arbitrage : le bon, la brute et le truand ...	P. 44
Linklaters : Et ils vécurent heureux... Une histoire d'exécution réussie : fable, mythe, ou réalité ?	P. 47
Fieldfisher - ECAA : Quelque chose de nouveau, quelque chose d'ancien, quelque chose d'emprunté	P. 49
CMAP : Rôle et mission de l'organe administratif d'une institution arbitrale : un juste équilibre entre contrôle et liberté de procédure	P. 51
Leynaud & Associés : Retard concurrent : quelle approche est la plus équitable ?	P. 54

*Chaque article est accessible directement en cliquant sur la ligne correspondante.

RENDRE UNE DÉCISION AYANT UN IMPACT : RÉDIGER DES SENTENCES QUI RÉPONDENT AUX BESOINS DES PARTIES

Par Lidia Kruczkowska Mottrie, traduit par Elena Andary

Le mardi 18 mars 2024, dans le cadre de l'édition 2024 de la Paris Arbitration Week, la Chambre de commerce internationale de Paris a organisé la 8e Conférence européenne d'ICC sur l'arbitrage international, dont le thème de cette année était « *Vers un bénéfice mutuel : Naviguer entre les intérêts des parties dans l'arbitrage* », qui a été au centre des trois sessions de la conférence. Le troisième panel s'est concentré sur l'intérêt des parties dans le rendu de la sentence, le rôle des arbitres dans la satisfaction de ces attentes, ainsi que les facteurs qui pourraient influencer la rédaction des sentences.

La session a été modérée par Malgorzata Surdek-Janicka (*Arbitre indépendante chez Surdek Arbitration, en Pologne et vice-présidente de la Cour internationale d'arbitrage d'ICC*), et était composée de Mohamed S. Abdel Wahab (*Professeur de droit à l'Université du Caire, associé fondateur et responsable de l'arbitrage international au cabinet d'avocats Zulficar & Partners en Égypte*), Karl Hennessee (*Premier vice-président, responsable du contentieux, des enquêtes et des affaires réglementaires chez Airbus en France*), Marieke van Hooijdonk (*Associée chez Allen & Overy aux Pays-Bas*) et Angeline Welsh KC (*Barrister chez Essex Court Chambers au Royaume-Uni*).

Le panel a exprimé son consensus sur le fait que dans le processus de rédaction d'une sentence en arbitrage international, il y a différents intérêts en jeu, dont la liste n'est pas exhaustive et qui, au cas par cas, peuvent avoir des significations différentes. Mme Surdek-Janicka a commencé la session par une question générale sur le fait de savoir si le tribunal arbitral devrait limiter le raisonnement de la décision aux motifs demandés, ou bien aller au-delà dans le but d'apporter une valeur ajoutée à l'arbitrage international. Me van Hooijdonk a déclaré qu'il y a des situations où le tribunal arbitral envisage de fournir des justifications de décision plus élaborées, en particulier lorsque la partie soulève plusieurs arguments pour une même demande. Cependant, permettre une flexibilité sur le raisonnement au-delà de l'intérêt pourrait conduire à une situation de double couture et créer un espace pour l'attaque de contre-offre.

Le Professeur S. Abdel Wahab a parlé de l'approche basée sur les intérêts et des influences possibles des procédures parallèles sur la décision arbitrale. Il a commencé par procéder à une comparaison entre l'approche de droit opposée, appliquée aux contrats et au droit, et l'approche fondée sur les intérêts. Il a qualifié cette dernière de « royaume des suppositions » en raison de la diversité possible des points de vue, y compris celui des parties, alors que la première apporte plus de certitude au processus de prise de décision. Il a ajouté que dans certaines juridictions, c'est la loi elle-même qui exige l'évaluation de l'intérêt des parties et l'examen des avantages proportionnels qu'elles en retirent. Le Professeur S. Abdel Wahab a souligné l'importance de prendre en compte différents facteurs au-delà des raisons solides pour informer le raisonnement derrière les décisions, en se concentrant sur la création de valeur et l'impact sur les relations actuelles et futures des parties. En ce qui concerne l'influence des procédures parallèles, le Professeur S. Abdel Wahab a souligné le fait qu'en raison de la complexité croissante des litiges, les tribunaux arbitraux s'appuient sur les raisonnements de décisions similaires, à condition que le raisonnement soit suffisamment convaincant et applicable à l'affaire.

Mme Surdek-Janicka a dirigé le panel d'intervenants sur l'aspect de la flexibilité permise au tribunal arbitral en cas de conflit entre les dispositions contractuelles et le droit applicable. Selon le Professeur S. Abdel Wahab, le fait de s'écarter de la loi applicable en raison du manque de conscience ou de connaissance des parties sur l'effet de cette loi ne justifie pas sa non-applicabilité, et ne devrait pas permettre une telle flexibilité. En outre, il a réitéré sa position en soulignant que le fait de s'écarter du droit applicable pour préserver les intérêts des parties peut conduire à des incohérences majeures et risquer de compromettre l'exécution de la sentence, et que, par conséquent, le degré de flexibilité dépendra du cas individuel et de sa matrice factuelle.

Me Welsh KC a abordé le conflit potentiel entre les objectifs de l'arbitrage, en particulier entre la prudence dans l'exécution de la sentence et la nécessité de défendre les intérêts des parties. Tout d'abord, elle a observé que les arbitres sont prudents en ce qui concerne l'exécution des sentences et les défis futurs, ce qui les empêche d'aborder les intérêts des parties de manière plus approfondie. En outre, elle a mis en évidence les différentes catégories d'affaires, à savoir celles impliquant la détermination de principes, les litiges fondés sur les intérêts et les litiges fondés sur les preuves. Elle a également souligné la nécessité de ne pas appliquer un modèle unique d'exercice d'équilibre entre les intérêts et la communication. Bien que l'on puisse se demander si les arbitres devraient approfondir des questions qui dépassent le cadre de l'affaire, une sentence bien motivée a plus de chances d'être acceptée par la partie perdante en raison de l'explication et de la compréhension qu'elle apporte. Elle a conclu que les arbitres devraient, dans le cadre du processus décisionnel, prendre en compte la valeur de la décision au-delà de la simple création d'un précédent, en insistant pour qu'une attention particulière soit accordée aux affaires comportant des enjeux financiers importants, ainsi qu'au rôle du règlement d'arbitrage dans les questions de preuve.

Renforçant le point précédent, M. Hennessee a discuté de la nature évolutive des procédures d'arbitrage, notant également une préoccupation croissante parmi les arbitres et les parties au sujet de l'identification publique et de la critique conduisant à la contestation des sentences. Il a également souligné que le taux constant de contestation des sentences confirme l'absence de raisonnement détaillé dans les décisions, ce qui peut compromettre les attentes des parties. En conclusion, sur l'importance de définir l'approche fondée sur les intérêts dans la prise de décision arbitrale, M. Hennessee a suggéré qu'il serait plus facile et plus facilement réalisable d'identifier une analyse fondée sur les intérêts efficace et applicable à des cas individuels que d'en établir une de zéro.



ARBITRAGE ET SPORT

JEUX OLYMPIQUES : LE TEMPS EST UN FACTEUR ESSENTIEL POUR LES PROJETS DE CONSTRUCTION

Par Redeat Mulugeta Zewdie

Le mardi 19 mars 2024, Eight Advisory a organisé une table ronde intitulée « *Jeux olympiques : le temps est un facteur essentiel pour les projets de construction* ». Le panel s'est concentré sur les défis associés aux projets de construction confrontés à des délais stricts. Il était modéré par Guillaume Tyteca (*Manager chez Eight Advisory*), et était composé de Vincent Lefevre (*Directeur chez Eight Advisory, spécialisé sur les problématiques d'analyse retard*), Floriane Merias (*Associée chez Eight Advisory dans la pratique Financial Expertise & Dispute Resolution intervenant sur des évaluations de préjudice*), et Sandrine Hubert (*Directrice du département Real Estate chez Eight Advisory, dotée d'une expertise opérationnelle dans la gestion de projets et notamment d'infrastructures sportives*).

Le panel, mené par M. Tyteca, a entrepris une exploration complète de la gouvernance efficace et de la prise de décision dans les projets de construction. La discussion a d'abord été menée par Mme Hubert, qui a abordé les bonnes pratiques en matière de cadres décisionnels, de transparence et de clarté des rôles pour optimiser la gestion du projet. L'analyse par Mme Hubert du modèle RACI a souligné l'importance de l'attribution claire des responsabilités (R pour Responsable), de la validation de l'autorité (A pour Approbateur), de l'implication des parties prenantes pertinentes (C pour Consulté) et du maintien de l'information des parties prenantes (I pour Informé).

Relevant l'inévitabilité des retards, M. Lefevre a ensuite mis en avant l'importance pragmatique de la gestion proactive des risques et de l'identification opportune des facteurs de retard. En faisant une distinction claire entre les risques et les incertitudes, il a clarifié leurs impacts respectifs sur les échéanciers des projets. Qu'il s'agisse de conditions météorologiques imprévisibles ou de changements de conception inattendus, M. Lefevre a souligné l'urgence d'une identification précoce et de stratégies robustes de mitigation, le tout étayé par une communication efficace avec les parties prenantes.

Approfondissant les idées de M. Lefevre, Mme. Hubert a renforcé le rôle crucial de la communication claire et des cadres de prise de décision dans la résolution des retards de projet. En délimitant les trois seules approches possibles pour résorber les retards - diminuer ou altérer le périmètre du projet, reporter une partie du contenu technique « non essentiel » du projet après la date butoir ou accélérer les parties en retard - elle a mis en lumière les considérations pragmatiques inhérentes à la gestion de projet. La mise en garde de Mme Hubert contre les solutions morcelées sans considération globale du projet a rappelé de manière pragmatique les complexités apparaissant dans l'exécution du projet.

Dans un paysage où les considérations pragmatiques règnent en maître, l'expertise collective des panélistes résonne comme un phare de sagesse pratique pour naviguer les défis des projets de construction. Grâce à leurs idées, les parties prenantes sont équipées des outils nécessaires pour naviguer dans les complexités de la gestion de projet, garantissant que les retards sont abordés avec une précision pragmatique et que les projets sont menés à bien.

Dans la continuité de la captivante discussion menée par M. Tyteca, les intervenants ont exploré en profondeur les nuances de la gestion des projets de construction, révélant des stratégies pour lutter contre les retards et assurer la conformité des projets. Mme Merias a présenté les différents types de réclamations financières, distinguant les coûts d'accélération et de prolongation, et soulignant la nécessité d'une documentation claire et transparente en vue d'une résolution des différends financiers avec succès.

Approfondissant ces idées, Mme Hubert a souligné l'importance d'une préparation proactive, incitant les parties prenantes à identifier et qualifier les risques dès la phase de conception en identifiant également des solutions correctives par anticipation.

M. Lefevre a mis en avant l'importance des clauses contractuelles favorisant la confiance et la coopération pour éviter les retards, mettant en garde contre les clauses de résiliation. Mme Merias a ajouté sa perspective, soulignant la nécessité d'une communication transparente et de preuves pour détailler les montants de réclamation, et insistant sur l'équilibre économique et financier du contrat pour chaque partie prenante et la nécessaire collaboration pour la continuité du projet. Mme Hubert a réitéré ces points, soulignant la nécessité d'une planification globale, de délais réalistes et d'un suivi continu pour atténuer efficacement les retards.

Pour clore le débat, M. Tyteca a posé une question sur le rôle des experts dans la gestion des projets de construction. Mme Merias a souligné l'importance cruciale des experts dans le renforcement de la confiance et la fourniture de preuves pour la résolution des réclamations, tandis que Mme Hubert a mis en avant leurs stratégies proactives et leur expérience dans le traitement des problèmes potentiels avant qu'ils ne s'aggravent, en accord avec l'adage selon lequel « une bonne préparation est essentielle pour réussir ». M. Lefevre a conclu en mettant l'accent sur le rôle indispensable des experts dans les phases d'arbitrage, garantissant l'alignement du projet avec les délais et les budgets préétablis.

En conclusion, la discussion du panel a offert des aperçus précieux sur la gestion complexe des projets de construction. Des stratégies pratiques ont été proposées sur la gestion des réclamations, la gestion de la communication, et des risques. Le rôle crucial des experts a été souligné pour favoriser la confiance et fournir des preuves des réclamations. En appliquant une approche alliant pragmatisme et vision stratégique, les parties prenantes peuvent surmonter les défis des projets de construction, assurant ainsi une gestion efficace des retards et visant l'excellence grâce à la collaboration, la préparation et la diligence.

ARBITRAGE, DROIT DU SPORT ET JEUX OLYMPIQUES

Par Inès Elleingand

À l'approche du début des Jeux Olympiques 2024, dans le cadre de la 8ème édition de la Semaine de l'Arbitrage de Paris, le Comité Français de l'Arbitrage a organisé un événement sur un sujet récent et crucial : l'arbitrage, le droit du sport et les Jeux Olympiques.

Le 19 mars 2024, un panel distingué accueilli par Janice Feigher (*Secrétaire Générale du CFA, Avocate et Arbitre chez Feigher Dispute Resolution*) et composé de Hervé Le Lay (*Associé chez MCL Arbitration et Arbitre au Tribunal Arbitral du Sport/TAS*), Matthieu Reeb (*Directeur Général du TAS*), Carole Malinvaud (*Associée chez Gide Loyrette Nouel, Membre du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport/CIAS et Présidente de la Chambre Ordinaire du TAS*) et le Professeur Antonio Rigozzi (*Associé chez Lévy Kaufmann-Kobler, conseil dans les arbitrages sportifs et arbitre dans les différends liés au sport en dehors du TAS, Professeur à l'Université de Neuchâtel*), a discuté de deux sujets significatifs mais interdépendants : les spécificités du droit du sport ; et l'arbitrage des Jeux Olympiques.

Sur ce premier panel, Me Le Lay a présenté le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) et ses missions principales.

Le TAS est une institution indépendante non liée à une organisation sportive fournissant des services qui facilitent le règlement des différends liés au sport. Les principaux outils du TAS pour résoudre ces différends sont l'arbitrage ou la médiation au moyen de règles de procédure adaptées aux besoins spécifiques du monde du sport. Domicilié à Lausanne (Suisse), le TAS a été créé en 1984 par le Comité International Olympique (CIO). Malgré ses débuts modestes, le succès du TAS est indéniable.

En 1994, une réforme significative a eu lieu, conduisant à l'établissement du CIAS, fondation de droit suisse chargée de veiller à l'administration et au financement du TAS, coupant ainsi les derniers liens avec le CIO. Parallèlement, les organisations sportives ont commencé à intégrer des clauses arbitrales en faveur du TAS dans leurs statuts. L'indépendance du TAS a été une préoccupation récurrente, régulièrement abordée et affirmée dans diverses instances. Notamment, cette indépendance a été soulignée par le Tribunal fédéral suisse dans l'affaire Lazutina de 2003 et réaffirmée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Mutu et Pechstein contre la Suisse en 2018. Le TAS est aujourd'hui suffisamment indépendant pour être qualifié de véritable tribunal arbitral.

En termes de structure, le TAS comprend plusieurs éléments clés. Tout d'abord, il est supervisé par le CIAS, qui en est l'organe directeur. Outre l'administration et le financement du TAS, le CIAS est chargé de la préservation de l'indépendance du TAS et des droits des parties concernées. Il est responsable de l'adoption et de la modification du Code de l'arbitrage en matière de sport et désigne les arbitres et médiateurs sur les listes du TAS. De plus, le TAS comprend le Greffe du Tribunal, dirigé par un Directeur Général et soutenu par un groupe de 53 membres du personnel.

La liste d'arbitres du TAS doit compter au moins 300 membres. Actuellement, la liste se compose d'environ 400 arbitres établis sur les cinq continents. De plus, des listes spécialisées existent, telles qu'une liste spécifique pour les affaires de football et une Chambre Antidopage du TAS, statuant en première instance pour les affaires liées aux violations des règles antidopage.

Selon l'article R27 du Code du TAS, tout différend directement ou indirectement lié au sport peut être soumis au TAS. Me Le Lay a souligné que la rédaction de cette règle est intentionnellement large et non limitative. Par conséquent, cela implique que la juridiction *ratione materiae* concerne les « *questions liées au sport* ». M. Reeb a commenté qu'à sa connaissance, la seule instance où la compétence *ratione materiae* du TAS a été contestée en raison d'un manque de lien avec le sport s'est produite lors des Jeux Olympiques d'hiver de 2002 à Salt Lake City.

Dans ce cas particulier, des plaintes ont été déposées auprès du TAS par l'organisation PETA concernant la protection des animaux utilisés dans les rodéos pour des événements culturels. Cependant, le TAS a refusé sa compétence car le différend était considéré comme lié à un événement culturel plutôt qu'à un événement sportif.

Avec l'avènement récent des compétitions « e-sports », la question de la compétence du TAS se pose concrètement. Tout le panel a unanimement convenu que compte tenu des similitudes entre les problèmes dans les e-sports et les sports traditionnels, le TAS est entièrement équipé pour régler des litiges dans le cadre de ce nouveau domaine.

Deux types principaux de procédures sont reconnus : « ordinaire » et « appel ». Le type de procédure le plus courant est l'appel, les affaires portées en appel - en particulier celles concernant les décisions des organes liés au sport - recevant le plus d'attention. Les règles appliquées peuvent être trouvées dans les statuts et règlements des fédérations. Parfois, il existe des réglementations spécifiques au sport en question. Dans le cadre de l'appel, le TAS procède à une révision *de novo* de l'affaire. Les procédures d'appel englobent des questions réglementaires, pas seulement disciplinaires, telles que les différends concernant l'éligibilité des athlètes à participer à une compétition. Les sentences rendues à la suite d'appels sont généralement rendues publiques, publiées sur le site Web du TAS, et contribuent à la constitution d'une forme de jurisprudence.

S'agissant des recours contre les sentences du TAS auprès du Tribunal fédéral suisse, M. Reeb a précisé que les motifs d'annulation sont limités, et comprennent le défaut de compétence, la violation des règles fondamentales de procédure, ou l'incompatibilité avec l'ordre public.

L'arbitrage ordinaire traite principalement de différends contractuels. La convention d'arbitrage et la loi applicable peuvent être trouvées dans le contrat. Le droit suisse peut également être applicable, en l'absence de choix des parties. Les différends typiques comprennent la détermination de prestations financières, des honoraires d'agent, des transferts de joueurs, des contrats de sponsoring ou les différends en matière de droit du travail. Contrairement aux sentences rendues en appel, ces sentences arbitrales sont confidentielles.

Le second panel concernait le rôle du TAS pendant les Jeux Olympiques. Me Malinvaud et M. Reeb ont introduit le thème, mettant l'accent sur le rôle unique du TAS lors des Jeux Olympiques. M. Reeb a commencé la présentation en décrivant l'origine et le développement de la Chambre *ad hoc* du TAS, division créée spécifiquement pour les Jeux Olympiques, suite à une demande du CIO et du comité d'organisation des Jeux Olympiques en 1996 à Atlanta. Cette initiative visait à fournir aux athlètes un mécanisme de résolution des litiges rapide, en harmonie avec la courte durée des Jeux Olympiques, qui ne durent que 17 jours.

Avec le TAS déjà existant, le CIO a proposé la création de la section *ad hoc*. Son slogan, « *Fair, fast and free* », soulignait l'engagement envers une résolution rapide, visant à régler les litiges dans les 24 heures pour éviter de gêner le déroulement des compétitions. Le terme « *free* » reflétait l'absence de frais pour les parties concernées, un principe maintenu à ce jour. La première Chambre *ad hoc* a fait ses débuts à Atlanta. Six demandes d'arbitrage ont été soumises par des athlètes. La Chambre *ad hoc* était composée d'un petit groupe de douze arbitres et d'un personnel réduit.

Quarante ans plus tard, la Chambre *ad hoc* pour les Jeux Olympiques existe toujours. Les prochains Jeux de Paris sont particulièrement attendus. Cette année, la Chambre *ad hoc* du TAS sera hébergée au Tribunal de Paris.

Actuellement, des discussions portent sur la création potentielle d'un groupe d'avocats *pro bono* pour conseiller les athlètes qui n'ont pas les moyens financiers ou le temps d'engager un avocat. Après une présentation complète sur la création de la Chambre *ad hoc* du TAS, Me Malinvaud a mis en lumière ses principales caractéristiques.

Elle a tout d'abord souligné que la Chambre *ad hoc* est compétente pour juger tout litige découlant des Jeux Olympiques ou lié à ceux-ci. Il est donc essentiel de relever que toute affaire portant sur l'application des « règles du jeu » est exclue de cette chambre spécifique, sauf en cas d'allégations de fraude ou de corruption dans le processus décisionnel. En outre, en ce qui concerne ses opérations, la Chambre *ad hoc* fonctionne selon les règles d'arbitrage du TAS pour les Jeux Olympiques, qui sont facilement accessibles sur son site Web. Ces règles exigent que les décisions soient rendues si possible dans les 24 heures ; ce délai peut toutefois être prolongé en cas de besoin. Les procédures restent gratuites, et la loi applicable est soit la Charte Olympique, soit, si nécessaire, le droit suisse pour combler d'éventuelles lacunes.

En ce qui concerne la compétence, Me Malinvaud a relevé que toute personne participant aux Jeux Olympiques est tenue de signer un formulaire reconnaissant la compétence exclusive du TAS. Cette compétence trouve également son fondement dans l'article 61 de la Charte Olympique, qui dispose que « *tout différend survenant à l'occasion des Jeux Olympiques ou en relation avec ceux-ci sera soumis exclusivement au Tribunal Arbitral du Sport (TAS), conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport* ».

Le principal défi réside dans la combinaison de la portée matérielle et *rationae temporis* de la compétence de la Chambre *ad hoc*.

De même, concernant la compétence *rationae temporis* de la Chambre *ad hoc*, le moment de l'apparition d'un différend est crucial, étant donné que la Chambre *ad hoc* du TAS n'est compétente qu'à partir de 10 jours avant l'ouverture des JO et jusqu'à leur clôture. En outre, elle ne dispose que d'une fenêtre de 24 heures pour prendre une décision, ce qui signifie que les actions doivent être mises en œuvre rapidement. Dans les cas impliquant un risque de préjudice irréparable immédiat, des demandes de mesures provisoires sont confiées au président de la Chambre *ad hoc* pour résolution.

Le Professeur Rigozzi a clôturé l'événement en discutant le rôle spécifique des conseils agissant dans le cadre d'un arbitrage aux Jeux Olympiques. Selon lui, il convient d'être attentif au délai de 24 heures, et donc à la nature très accélérée de la procédure. De ce fait, les conseils des parties doivent "oublier" les pratiques usuelles de l'arbitrage, comme le choix des arbitres, les conférences de gestion de procédure et la mise en place d'un calendrier procédural. Le point clé est de se focaliser sur les aspects décisifs de l'affaire. Cela implique une préparation conséquente et également une connaissance des arbitres. Étant donné qu'il n'y a que douze arbitres, le conseil doit savoir identifier leurs différentes interprétations des règlements en examinant leur expérience passée, par exemple. De même, il est essentiel de bien connaître le droit applicable (principalement la Charte Olympique et les règlements de la fédération concernée) et de se familiariser avec les décisions passées de la Chambre *ad hoc*, car, tant en matière de procédure que sur le fond, les problèmes et questions juridiques à résoudre pendant les Jeux Olympiques sont souvent les mêmes ou très similaires. Enfin, il est intéressant de noter que le choix de la langue de la demande (qui peut être déposée en anglais, français ou espagnol) peut exercer une influence importante sur la composition de la Formation. En effet, comme il n'y a qu'une liste limitée d'arbitres sélectionnés pour siéger dans la Chambre *ad hoc*, ce choix peut avoir un impact direct sur le "sous-ensemble" d'arbitres susceptibles d'être nommés dans la Formation en charge de l'affaire en question.

FOOTBALL ET ARBITRAGE : UN JEU À L'ENVERS

Par Antoine Garbé

Le mercredi 20 mars 2024, dans le cadre de l'édition 2024 de la Semaine de l'Arbitrage de Paris, l'équipe Disputes de Deloitte Finance a organisé une table ronde sur le sport et l'arbitrage, avec un focus sur le football. Le panel, modéré par Xavier Metaireau (*Directeur de l'équipe Disputes chez Deloitte Finance*), était composé de Carmen Núñez-Lagos (*Arbitre indépendante chez Núñez-Lagos Arbitration*), Pierfilippo Capello (*En charge du département Sports chez Deloitte Legal Italie et Vice-président de la Chambre des agents du Tribunal de la FIFA*) et Battine Edwards (*Associée en charge de l'équipe Disputes de Deloitte Finance*).

M. Capello a été d'abord invité à définir les principaux acteurs de l'industrie du football. Il a souligné que le principal acteur est l'athlète. C'est lui qui est au cœur et le principal moteur de tout le système et l'industrie.

Il a expliqué que de nombreux acteurs peuvent être identifiés selon la perspective adoptée. En adoptant une définition étroite de l'industrie, on retrouve parmi ces principaux acteurs, outre les athlètes, les clubs, les agents, les fédérations nationales, les sponsors ainsi que les fédérations internationales. Cependant, d'un point de vue économique, les frontières s'élargissent, et les entreprises de construction ou les sociétés de média peuvent également être considérées comme des acteurs majeurs de l'industrie. Le pouvoir décisionnel que possèdent ces dernières se manifeste par exemple dans les débats au sujet du nouveau format envisagé pour la Ligue des champions. Le football peut être considéré comme le cœur d'un cercle concentrique dans lequel les acteurs de diverses industries sont impliqués, entretenant ainsi tout un écosystème.

Interrogé sur les types de contrats pouvant être signés entre les parties prenantes, M. Capello a partagé l'exemple des contrats relatifs aux entraîneurs de football professionnels. Habituellement, le contrat standard - fourni par les fédérations nationales, contient seulement deux pages. Cependant, les avocats agrémentent souvent les contrats de certaines clauses spécifiques concernant, entre autres, les taxes, les garanties, des accords sur le droit à l'image ainsi que des clauses juridictionnelles.

Se concentrant ensuite sur l'acteur principal de l'industrie footballistique, c'est-à-dire les joueurs, M. Capello a souligné que, dans l'industrie sportive, la valeur de ces athlètes est inscrite comme actif au bilan de leur club. C'est un fonctionnement propre au sport puisque, dans tout autre secteur, les employés, - ou encore d'autres acteurs du secteur du football, tels que les entraîneurs - ne peuvent figurer à l'actif du bilan des clubs, qui supportent simplement leurs salaires comme charges opérationnelles.

Par ailleurs, le football constitue une exception au principe de libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne en raison de la contrainte des fenêtres de transfert, puisque la FIFA (et l'UEFA) interdit que les joueurs soient transférés à différents clubs en dehors de ces périodes spécifiques. En ce qui concerne les transferts de joueurs, M. Capello a mis en avant la réglementation de la FIFA sur les transferts internationaux, tout en soulignant l'autonomie des clubs dans la rédaction des contrats comprenant des clauses spécifiques à l'industrie du football, telles que les clauses de revente.

M. Metaireau a ensuite demandé à Mme Núñez-Lagos de fournir un aperçu des différents litiges liés au football sur lesquels elle est intervenue en tant qu'arbitre. Elle a d'abord souligné les implications financières des résiliations de contrat en raison de problèmes de dopage. Elle a ensuite discuté des différentes instances de règlement des litiges, et notamment de l'interaction entre le Tribunal Arbitral du Sport (« TAS ») et le mécanisme de règlement des litiges de la FIFA en mettant l'accent sur les appels contre les décisions de la FIFA et les procédures disciplinaires engagées au niveau continental ou local. Elle a également mentionné les litiges résultant d'actes de violences dans les stades et a abordé les litiges concernant les droits à l'image et les coûts de formation impliquant des joueurs mineurs. Plus important encore, elle a souligné les litiges en matière d'emploi comme un problème majeur dans le sport, souvent traités par le système du TAS.

Mme Núñez-Lagos a ensuite été interrogée par M. Metaireau sur son rôle en tant qu'arbitre au TAS. Elle a commencé par expliquer que le TAS a été créé par le Comité international olympique et qu'il fonctionne en collaboration avec le Conseil International de l'Arbitrage pour le Sport (« CIAS »), dont le fonctionnement est similaire à celui de la Chambre de commerce internationale (« CCI »). Le TAS maintient trois listes d'arbitres : la liste générale, la liste du football et la liste antidopage, qui est particulièrement stricte et comprend des personnes ayant des connaissances scientifiques ou criminelles. Mme Núñez-Lagos a ensuite souligné que les parties impliquées dans les procédures du TAS doivent choisir des arbitres inclus dans ces listes. Le TAS fonctionne selon deux ensembles de règles : les procédures ordinaires pour les cas liés au sport impliquant des clauses compromissaires, et les procédures d'appel, où le président du tribunal est nommé par le CIAS. Notamment, les Chambres *ad hoc* du TAS, en particulier les chambres *ad hoc* olympiques, sont spécifiques à ses opérations. Elle a également ajouté que le siège de l'arbitrage du TAS est toujours à Lausanne, même pour les comités olympiques *ad hoc* organisés dans d'autres villes, notamment Paris.

M. Capello a complété cette notion en soulignant que l'adhésion à une association (telle qu'une fédération sportive nationale) implique d'accepter ses règles, renonçant ainsi au droit de choisir le forum de résolution des litiges. Il a ajouté que bien que cela puisse, d'une part, contraindre la liberté, cela assure, d'autre part, un mécanisme d'exécution plus solide. Ce système favorise l'uniformité, bien que les deux intervenants aient souligné les défis résultant de la possibilité que cette structure puisse évoluer, comme pourrait le suggérer la récente décision de la Cour de justice de l'Union européenne concernant la "Superleague".

Le panel s'est ensuite concentré sur la façon d'apprécier la valeur d'un club de football. Mme Edwards a d'abord souligné que si deux approches viennent généralement à l'esprit lorsqu'il s'agit d'évaluer le quantum dans un contexte d'arbitrage international, à savoir les données comptables et la méthode du Discounted Cash Flow ("DCF"), ni l'une ni l'autre ne permet de correctement apprécier le quantum dans le secteur du football.

Elle a expliqué que la valeur d'un club réside dans son équipe, sa marque et son stade, pour autant qu'il possède l'actif immobilier. Elle a précisé que la marque fait référence à ce à quoi les supporters s'identifient et à ce qui incarne la performance historique du club, bien qu'elle ne puisse pas être vendue, étant souvent fondée sur le nom d'une ville. De fait, elle peut ne pas être considérée comme une marque à proprement parler. S'appuyant sur le bilan de Manchester United pour illustrer son propos, elle a fait remarquer que la valeur de la marque n'est pas toujours inscrite au bilan. D'un point de vue comptable, à moins que le club n'ait été racheté, la valeur de la marque est souvent nulle. En ce qui concerne la valorisation des joueurs, Mme Edwards a montré, en prenant l'exemple de Manchester United, la différence entre la valeur de l'équipe inscrite au bilan (à savoir le coût supporté pour obtenir le droit d'enregistrement d'un joueur) et la somme des valeurs de marché de chacun des joueurs figurant dans les états financiers comme faisant partie de cette équipe. Elle a mentionné la plateforme TransferMarkt comme une source couramment utilisée et citée pour évaluer la valeur des joueurs de football.

Lorsqu'il lui a été demandé s'il était possible d'utiliser la méthode d'actualisation des flux de trésorerie disponibles (ou Discounted Cash Flows Method, en anglais, « DCF ») pour évaluer la valeur d'un club, elle a expliqué qu'il s'agit de l'une des méthodes d'évaluation intrinsèque des entreprises, qui part du principe que la valeur d'un actif ou d'une entreprise est égale à la valeur actuelle des bénéfices futurs pouvant être distribués aux investisseurs de cet actif ou de cette entreprise. Cependant, elle a souligné l'inadéquation de l'application de la méthode DCF lors de l'évaluation des clubs de football en raison du manque structurel de rentabilité de ces derniers, qui résulte d'une combinaison de revenus volatiles et de dépenses de fonctionnement extrêmement élevées, les salaires des joueurs représentant souvent une part importante du chiffre d'affaires. Elle a présenté deux approches pour évaluer une entreprise : la méthode DCF et l'approche analogique (fondée sur des multiples boursiers ou transactionnels), relevant que bien que l'approche analogique soit couramment utilisée dans le contexte de transactions dans le secteur du football, sa mise en œuvre nécessite de l'expérience, une analyse solide et une bonne compréhension de la composition du chiffre d'affaires. En effet, les clubs de football sont évalués sur la base d'un multiple Valeur d'Entreprise/Chiffre d'affaires. Elle a ensuite listé les différents types d'investisseurs dans le secteur, leurs différentes logiques d'investissement et les incidences de ces dernières sur le niveau des multiples payés, avant d'expliquer comment sélectionner et appliquer le multiple adéquat lors de la mise en œuvre de l'approche analogique pour l'évaluation des entreprises, qui est basée sur le principe de substitution.

Enfin, Mme Núñez-Lagos a ensuite été interrogée par M. Metaireau sur le comité *ad hoc* du TAS pour les Jeux olympiques, expliquant que les sessions se tiendront au Tribunal de Paris. La création du comité découle de préoccupations relatives aux développements après les Jeux olympiques d'Atlanta, où le Comité national craignait des problèmes potentiels avec les tribunaux judiciaires locaux. Pour remédier à cela, le Comité olympique a créé le comité *ad hoc* pour résoudre rapidement les problèmes des athlètes dans un délai de 24 heures, voire moins en cas d'urgence. Mme Núñez-Lagos a ajouté que les Règlements d'arbitrage olympique sont transparents et accessibles au public, la loi suisse s'appliquant en cas de problèmes d'interprétation des règles. La commission fonctionne dans trois langues : le français, l'anglais et l'espagnol. Pour les Jeux olympiques, la commission fonctionnera 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, anticipant la plupart des questions pendant la journée, et commencera dix jours avant les Jeux olympiques, se poursuivant jusqu'à 17 jours après la cérémonie de clôture.

ARBITRAGE SPORTIF : DISCUSSION SUR LES ENJEUX ACTUELS ET LES DÉFIS À VENIR

Par *Eléna Andary et Paul Gobetti*

Le mercredi 20 mars 2024, dans le cadre de l'édition 2024 de la Paris Arbitration Week, le cabinet Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes a organisé une conférence intitulée « *Sports Arbitration: Open Talk On Key Issues And Future Challenges* ». L'événement, qui s'est tenu au Parc des Princes (le stade légendaire du Paris Saint-Germain football club), a réuni près de 300 participants, composés d'universitaires, de praticiens de l'arbitrage et du droit du sport, ainsi que de représentants nationaux et internationaux de fédérations, de ligues, de clubs, de syndicats de joueurs et de clubs, etc.

La conférence a été ouverte par Yas Banifatemi (*Associée fondatrice du cabinet Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes*), qui a notamment présenté la pratique du cabinet en matière d'arbitrage relatif au sport. Franck Latty (*Professeur de droit à l'Université Paris-Nanterre*) a ensuite donné le coup d'envoi de la conférence en formulant des remarques introductives sur l'arbitrage des litiges sportifs. Ce dernier a exposé les raisons pour lesquelles l'arbitrage en matière sportive a été institué au début des années 1980 par le Comité international olympique (« CIO »), notamment pour bénéficier d'une résolution des litiges plus efficace, répondant aux spécificités du sport : rapidité, flexibilité, cohérence. Le Professeur Latty a ainsi décrit le rôle central du Tribunal arbitral du sport (« TAS ») en la matière, tout en relevant les critiques qui subsistent à l'égard de cette institution d'arbitrage spécialisée située à Lausanne (en Suisse).

Après l'exposé du Professeur Latty, Benjamin Siino (*Associé fondateur du cabinet Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes*) a pris la parole en sa qualité de co-président de la PAW pour exposer les nouveautés de l'édition 2024 ainsi que son succès. Me Benjamin Siino a ensuite présenté les intervenants du premier panel.

Le premier panel, intitulé « *Réflexions sur l'arbitrage des litiges sportifs en France* », était composé de Mathieu Maisonneuve (*Professeur de droit à l'Université Aix-Marseille*), Patricia Moyersoén (*Associée chez Moyersoén Avocats*), Bernard Foucher (*Membre honoraire du Conseil d'État*), Stéphane Bottineau (*Directeur juridique de la Ligue de Football Professionnel*) et Philippe Piat (*Président de l'Union nationale des footballeurs professionnels*). Pierre Viguier (*Collaborateur senior au sein du cabinet Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes*) s'est chargé de la modération des échanges passionnés entre les intervenants.

Après une brève présentation du sujet de la table ronde par Me Pierre Viguier, le Professeur Mathieu Maisonneuve a rappelé la distinction entre les litiges sportifs *stricto sensu* (par exemple, les contestations des décisions d'ordre disciplinaire ou non-disciplinaire des fédérations sportives qui, en droit français, sont des actes administratifs) et les litiges relatifs au sport (dont le sport colore simplement le contexte factuel de l'affaire). Il a expliqué que, pour les litiges sportifs, la pratique française en cinq étapes actuellement en vigueur (à savoir, (i) l'épuisement des voies de recours au sein des fédérations, (ii) la procédure de conciliation obligatoire sous l'égide du Comité national olympique et du sport français (« CNOSF »), (iii) la procédure devant le tribunal administratif, (iv) le recours devant la cour administrative d'appel puis (v) le Conseil d'Etat) n'est plus satisfaisante. Il a donc proposé de soumettre ces litiges à la compétence d'une juridiction spécialisée (par exemple, arbitrale) "organisée et encadrée par l'Etat".

La parole a ensuite été donnée à M. Stéphane Bottineau, qui a expliqué les raisons pour lesquelles la Ligue de Football Professionnel (« LFP ») a récemment introduit dans sa réglementation une clause d'arbitrage devant la Chambre arbitrale du sport (« CAS ») du CNOSF visant à résoudre certains litiges de nature commerciale entre clubs professionnels de football participant aux championnats de France de Ligue 1 et de Ligue 2. Ce dernier a expliqué que ce choix, intervenu dans le contexte de la crise de la Covid-19, a avant tout été une réaction aux procédures dilatoires visant à retarder le paiement des créances relatives aux contrats de transfert de joueurs ou d'entraîneurs.

Le débat s'est poursuivi avec Me Patricia Moyersoen qui a discuté les avantages et les inconvénients de l'arbitrage comme mode de résolution des litiges sportifs. Selon cette praticienne expérimentée, bien que la justice arbitrale suscite parfois des craintes, elle permet d'obtenir une décision juste pour les parties et qui répond aux spécificités du sport. En prenant l'exemple des problématiques que soulèvent les contentieux relatifs aux « transferts » de joueurs et d'entraîneurs, Me Moyersoen a insisté sur la nécessité que la juridiction chargée de trancher ces questions comprenne le vocabulaire et les enjeux de la matière.

M. Bernard Foucher (*Conseiller d'Etat honoraire, membre du comité en charge de l'administration de la CAS du CNOSE, et arbitre du TAS*) a ensuite été interrogé sur la question de savoir lequel de l'arbitre ou du juge étatique est le mieux à même de résoudre les litiges sportifs. M. Foucher a d'abord relevé que le système actuellement en place en France fonctionne et que les juges administratifs apprécient ce contentieux. Il a toutefois constaté que l'arbitrage présente des avantages importants (notamment la sécurisation de la solution, ce qui par le biais de l'arbitrage se caractérise par une sentence définitive) et qu'il n'est pas impossible que, dans un futur plus ou moins proche, les litiges sportifs seront soumis à l'arbitrage en France.

La parole a enfin été donnée à M. Philippe Piat, qui est le Président de l'Union nationale des footballeurs professionnels (« UNFP ») depuis 1969. M. Piat a exprimé les réticences des joueurs et joueuses de football à l'égard de l'arbitrage. Il a notamment rappelé les critiques qui existent à l'égard du TAS (comme son manque d'indépendance vis-à-vis des fédérations internationales) et le risque que ceux qui édictent les règles en la matière soit aussi ceux qui les appliquent pour trancher les litiges sportifs. M. Piat a également rappelé le coût élevé des procédures d'arbitrage pour les athlètes. En d'autres termes, selon M. Piat, les sportifs ont davantage confiance en la justice étatique, notamment eu égard à l'impartialité du juge.

Après une première période riche en débats, Me Pierre Viguié a sifflé la « mi-temps » de la conférence. Les participants ont ainsi saisi ce moment de convivialité pour discuter et profiter des rayons de soleil printaniers sur la terrasse du magnifique salon Concorde du Parc des Princes.

Le coup d'envoi de la deuxième mi-temps a été donné par Jean-Rémi de Maistre (*Co-fondateur et CEO de Jus Mundi*). M. de Maistre a présenté l'historique de la legal tech Jus Mundi, ses fonctions de recherche innovantes et les produits qu'elle propose aux praticiens de l'arbitrage, y compris en matière de litiges sportifs internationaux.

Ce fut ensuite au tour du second panel de la conférence de prendre place, pour discuter du sujet suivant : « *Drawing on 40 years of the Court of Arbitration for Sport: Time for Evolution, Innovation or Revolution?* ». La seconde table ronde, également modérée par Me Pierre Viguié, était composée de Michele Bernasconi (*Associé chez Bär & Karrer, et arbitre au TAS*), William Sternheimer (*Associé chez Morgan Sports Law*), Alexandra Gómez Bruinewoud (*Conseillère juridique senior chez FIFPro*), David Pavot (*Professeur de droit à l'Université de Sherbrooke, et titulaire de la Chaire de recherche sur l'antidopage dans le sport*) et Antoine Duval (*Chercheur senior chez T.M.C. Asser Instituut*).

Me William Sternheimer a rappelé les caractéristiques principales des procédures du TAS et a souligné que la force du TAS réside dans le mécanisme d'appel des décisions des fédérations et autres organismes sportifs. Il a toutefois expliqué que le TAS est une institution perfectible et qu'il est nécessaire que les parties prenantes soient davantage impliquées pour améliorer le système.

La parole a ensuite été donnée à Mme Gómez Bruinewoud, qui a insisté sur la nécessité de réformer le TAS, notamment sur les questions du coût des procédures pour les athlètes, du délai pour obtenir une sentence, de l'indépendance et la transparence du TAS et de la diversité dans la nomination des arbitres.

Les débats ont continué avec l'intervention du Professeur David Pavot, qui a pointé les changements souhaitables au sein du TAS en ce qui concerne les litiges en matière de dopage, les conflits d'intérêts et le mécanisme de l'aide juridictionnelle.

La discussion s'est poursuivie avec M. Antoine Duval, qui a fait état des nombreuses critiques à l'égard du TAS, notamment en se référant aux décisions récentes rendues par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (« CEDH ») dans les affaires Mutu & Pechstein c. Suisse et Caster Semenya c. Suisse, d'une part, et les arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne rendues respectivement dans les affaires International Skating Union, European Super League et Royal Antwerp, d'autre part. Selon M. Duval, une réforme structurelle profonde du TAS est indispensable, en s'inspirant du modèle des tribunaux internationaux. Enfin, la parole a été donnée à Me Michele Bernasconi qui a souligné les progrès du TAS observés au cours des 20 dernières années, notamment concernant l'accès à la justice en matière de sport. Il a néanmoins admis que le système n'est pas parfait, et que qu'il appartient au TAS de donner confiance aux parties prenantes afin que son succès et sa crédibilité continuent de perdurer dans le monde du sport.

Les échanges se sont poursuivis sur la question des éventuelles alternatives au TAS. Me Sternheimer a rapidement évoqué le Basketball Arbitral Tribunal (« BAT »), qui a été créé par la Fédération internationale de basketball (« FIBA ») pour régler les litiges contractuels entre les joueurs, agents, entraîneurs et clubs dans le domaine du basketball. Mme Astrid Mannheim (Senior Case Manager chez Sports Resolutions) a ensuite rejoint les intervenants pour présenter Sports Resolutions, une organisation à but non lucratif spécialisée dans le règlement extrajudiciaire des litiges dans le domaine du sport.

En conclusion, les intervenants se sont accordés sur le fait qu'il y a un réel besoin de réformer le système actuel de résolution des litiges internationaux en matière de sport, favorisant toutefois une évolution par rapport à une révolution.

Me Pierre Viguié a conclu la conférence et invité les participants à rejoindre le salon du Président du Paris Saint-Germain, qui donne directement accès à la tribune officielle et sa vue panoramique (le stade était éclairé pour l'occasion). Au cours du cocktail, des visites guidées ont permis aux participants de découvrir les vestiaires des joueurs et le bord du terrain, ainsi que de nombreux autres lieux emblématiques du Parc des Princes.



PROCÉDURE ARBITRALE

LA CONCEPTION FRANÇAISE DE L'AUTONOMIE DE L'ARBITRAGE - QUELS ENJEUX ?

Par Théo Moreno et Léa Maalouf

Le mercredi 20 mars 2024, la Paris Arbitration Week (PAW) a, pour la première fois de son Histoire, accueilli une conférence organisée par la Cour d'appel de Paris. Historique, cette conférence a été l'occasion de revenir sur la conception française du principe de l'autonomie de l'arbitrage, tout en ouvrant la discussion à une analyse de droit comparé. Étaient ainsi présents, en tant qu'hôtes, M. Jacques Boulard (*Premier président de la Cour d'appel de Paris*), M. Daniel Barlow (*Président de la chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris*), Mme Fabienne Schaller, (*Présidente à la chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris*), ainsi que Mme Laure Aldebert, (*Conseillère à la chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris*). Le panel, quant à lui, était modéré par Me Philippe Pinsolle (*Associé chez Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan LLP*), et était composé de M. Eric Loquin (*Professeur émérite de l'Université de Bourgogne*), Mme Claire Debourg (*Professeure à l'Université Paris X Nanterre*), M. Franco Ferrari (*Professeur à la New-York University School of Law*), Me Claire Pauly, (*Associée chez Jones Day*), ainsi que de M. Xavier Favre-Bulle (*Docteur en droit et Associé chez Lenz & Staehelin*).

Me Benjamin Siino, co-fondateur et associé du cabinet Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes ainsi que co-président de l'édition 2024 de la PAW, a démarré en prononçant un discours d'ouverture soulignant l'importante influence de la jurisprudence française sur les développements du droit de l'arbitrage international moderne.

Le premier président Jacques Boulard a ensuite pris la parole pour présenter les récents développements dont ont fait l'objet les juridictions françaises pour s'adapter aux pratiques internationales, et notamment à l'arbitrage international. Il a notamment souligné la création de chambres internationales, tant au sein du Tribunal du commerce que de la Cour d'appel de Paris.

M. Daniel Barlow a, de son côté, expliqué que la question de l'autonomie innerve le droit français de l'arbitrage et que la Cour d'appel y est sensible étant donné son origine prétorienne. Il a fait part de l'évolution de la jurisprudence française à cet égard depuis les années 1960, qui reflète selon lui une volonté claire : celle d'une faveur du droit français envers l'arbitrage international.

Mme Fabienne Schaller a ensuite souligné la pertinence du sujet traité. Il s'agit selon elle d'un sujet qui, malgré sa simplicité apparente, soulève des questions bien complexes et qui suscite de nombreuses interrogations chez les pays voisins de la France. Elle qualifie ainsi le principe d'autonomie de « marque française » (ou *french touch*) de l'arbitrage et explique qu'il paraît alors intéressant d'aborder le sujet d'un point de vue comparatiste.

Mme Laure Aldebert a enfin mis en avant la création d'un guide pratique de procédure, inspiré des bonnes pratiques de l'arbitrage et qui met à l'honneur la place grandissante que la Cour d'appel de Paris veut allouer à l'oralité des débats et à la qualité des échanges et des décisions. Elle a également mentionné la création future d'une nouvelle salle d'audience destinée à accueillir les affaires internationales.

La parole a ensuite été donnée aux intervenants. Me Pinsolle a alors signalé qu'il s'agissait de la première fois, dans une conférence internationale, que l'autorité de recours prend l'initiative d'engager le dialogue avec les parties prenantes à l'arbitrage international. Il a ensuite présenté les intervenants, avant de donner la parole au Professeur Éric Loquin qui a expliqué que l'autonomie de l'arbitrage est notamment assurée, en France, par deux principes.

Le premier de ces principes est celui de l'autonomie de la clause compromissoire, dont la première manifestation se trouve dans l'arrêt Hecht du 4 juillet 1972, dans lequel la Cour de cassation a énoncé qu'en matière internationale, la clause compromissoire présente une complète autonomie. Cette jurisprudence a également frappé par le fait qu'elle ne recherche ni ne dit quel est le droit applicable à la clause compromissoire, et fonde cette autonomie sur la commune volonté des parties et leur bonne foi dans l'application de la clause.

Cette conception a été reprise plus clairement encore par la Cour d'appel de Paris le 13 décembre 1975 dans un arrêt Menicucci, dans lequel elle retient que la clause compromissoire est valable indépendamment à toute loi étatique. Enfin, cette évolution s'est concrétisée par l'arrêt Dalico, rendu par la Cour de cassation le 20 décembre 1993, qui nous enseigne également que le principe de validité de la clause compromissoire se fonde sur une règle matérielle internationale du droit de l'arbitrage, sans préciser l'origine de la règle. La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 juin 2006, a précisé que le principe de validité de la clause d'arbitrage internationale était une règle matérielle de droit français de l'arbitrage international.

Le professeur Loquin a ensuite souligné que cette conception de l'autonomie de la clause compromissoire ne fait pas l'unanimité, notamment à l'étranger où la méthode des règles matérielles a pu être qualifiée d'impérialiste. Le sentiment du Professeur Loquin est que cet impérialisme n'existe pas, puisque la convention d'arbitrage est une convention de procédure dont l'efficacité ne peut être appréciée qu'au regard de la loi du for. Il a cité à cet égard la possibilité offerte par la Convention de New-York du 10 juin 1958 à chaque état de déclarer unilatéralement que la clause est valable dès lors que la règle invoquée par le juge du for est plus favorable à la circulation des sentences arbitrales que ce que permet la Convention. S'agissant du contrôle des effets de la sentence dans l'ordre juridique français, il appartient au droit français de déterminer dans le respect des conventions internationales les règles applicables à ce contrôle. Le lex forisme du droit français est donc légitime et fondé sur le droit international public.

Le deuxième principe assurant l'autonomie de l'arbitrage est celui selon lequel la sentence arbitrale internationale n'est intégrée dans aucun ordre juridique. Ce principe a été dégagé par l'arrêt Putrabali de la Cour de cassation du 29 juin 2007, lequel énonce que la sentence arbitrale n'est pas rattachée à l'ordre juridique au sein duquel siège le tribunal arbitral. Dans cette conception, il n'existe ainsi pas de for arbitral. S'agissant du contrôle des effets de la sentence dans l'ordre juridique français, il appartient au droit français de déterminer dans le respect des conventions internationales les règles applicables à ce contrôle. Le lex forisme du droit français est donc légitime et fondé sur le droit international public.

D'une part, cette absence de for du tribunal arbitral a pour conséquence qu'il appartient seulement au tribunal arbitral de juger de sa propre compétence. D'autre part, elle justifie que l'instance arbitrale elle-même n'est pas intégrée dans l'ordre juridique du siège. Tout cela implique, par conséquent, qu'une décision étrangère d'annulation de la sentence arbitrale internationale n'aura aucun effet sur la validité de cette même sentence au regard du droit français. En 2022, la Cour d'appel de Paris a également reconnu que la décision d'une juridiction étrangère rendue sur le fond d'une affaire n'empêche pas la reconnaissance d'une sentence rendue postérieurement sur cette même affaire. La cour d'appel de Paris a également jugé qu'il n'y a pas de contradiction à présenter à l'exequatur en France une sentence rendue par un arbitre désigné par un juge d'appui étranger alors que la décision de ce juge d'appui a ensuite été annulée dans l'ordre juridique où elle a été prononcée. Il appartient au juge français de vérifier si le tribunal arbitral a été régulièrement constitué selon le droit français de l'arbitrage international. Certains auteurs ont ainsi pu écrire que, devant le juge de l'exequatur, le seul objet du débat est la sentence, concluant que l'arrêt Putrabali impose d'ignorer toutes les décisions étrangères de l'ordre juridique du siège de l'arbitrage.

Le professeur Loquin a conclu que dès l'instant qu'il est requis qu'une sentence produise des effets en France, tout se passe comme si cette sentence était rétroactivement régie par le droit français. Cela est vrai pour la clause compromissoire, l'instance arbitrale et la sentence elle-même.

Le Professeur Loquin a ensuite répondu à quelques questions, posées par Me Pinsolle. Il a ainsi souligné qu'il ne pense pas que la méthode des règles matérielles entraîne un risque d'arbitraire dès lors que celles-ci coïncident avec les règles de droit international public.

La parole a ensuite été donnée au Professeur Ferrari, qui a commencé en traitant de la notion doctrinale d'exceptionnalisme en droit français. Cette notion renvoie par exemple à un système juridique qui posséderait des caractéristiques uniques qui le distinguent des systèmes étrangers. Selon lui, en matière d'arbitrage international, cet exceptionnalisme français existe bel et bien.

Il a expliqué que dans la majorité des droits étrangers, la loi du siège conserve une place prépondérante parmi les divers droits susceptibles de s'appliquer à un arbitrage donné, s'élevant ainsi au rang de *lex arbitri*. Cela signifie toutefois que, dans ces pays, le siège fonctionne comme un point d'ancrage liant l'arbitrage à ce siège, et par conséquent à ses règles impératives et son ordre public.

Selon le Professeur Ferrari, le siège est notamment d'une importance capitale dans la phase post-arbitrale. En effet, il détermine la loi applicable au motif d'annulation étant donné que les tribunaux du siège appliqueront leur loi nationale si aucune loi étrangère n'a été choisie par les parties. Le siège occupe également une place extrêmement importante vis-à-vis de la procédure de reconnaissance et d'exécution de la sentence, dans la mesure où sa localisation va déterminer si la convention de New-York de 1958 s'applique ou non.

Le Professeur Ferrari a ensuite rappelé que les tribunaux français, de leur côté, acceptent d'accueillir en France une sentence qui a été annulée par les juridictions du pays d'origine. Cependant, il estime que cette règle ne prend pas place au sein d'un ordre juridique arbitral autonome, mais constitue une simple manifestation du droit français de l'arbitrage. Par conséquent, elle n'est applicable qu'en France, malgré qu'elle aspire à trouver application à une échelle beaucoup plus large.

Il a enfin répondu à quelques questions, posées par Me Pinsolle. Il estime ainsi que les juridictions sont soumises au cadre législatif dans lequel elles évoluent, ce qui ne leur laisse que peu de marge de manœuvre pour insuffler une volonté politique différente vis-à-vis de l'arbitrage. Il estime enfin que la distinction, développée aux États-Unis, entre *primary jurisdiction* (appliquée aux juridictions du lieu du siège de l'arbitrage) et *secondary jurisdiction* (appliquée aux juridictions du lieu de l'exécution de la sentence) ne s'applique qu'aux fonctions remplies par ces deux juridictions et ne crée pas de hiérarchie.

Me Pinsolle a ensuite attribué la parole à la Professeure Claire Debourg, qui s'est exprimée au sujet de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Elle a commencé par relever que, bien que profondément ancré en droit français, ce principe n'a pas échappé à la critique. Il lui a notamment été reproché de retarder le dénouement du litige ou encore d'obliger les parties à saisir un arbitre précisément pour contester sa compétence. La Professeure Debourg estime cependant que ces critiques ne suffisent pas à mettre à terre ce principe. Elle considère que ces inconvénients ne sont que temporaires puisqu'ils ont vocation à être résolus par le juge de l'annulation. À l'inverse, laisser les procédures étatiques et arbitrales se dénouer parallèlement favoriserait le risque de contrariété de décisions, ce qui pourrait ralentir voire paralyser totalement l'arbitrage.

Elle a ensuite souhaité revenir sur l'enjeu essentiel de l'effet négatif du principe de compétence-compétence comme outil de gestion des procédures parallèles et de prévention des situations de contrariétés de décision. En matière d'arbitrage, en présence de litiges identiques, la contrariété de décisions serait le produit d'un dysfonctionnement des règles de répartition des compétences entre le juge et l'arbitre. L'effet négatif a cet avantage de coordonner et de hiérarchiser dans le temps les compétences en amont de tout problème. Elle souligne cependant un défaut : cet effet ne peut pas prendre en compte les situations de procédures parallèles impliquant des procédures étatiques étrangères, ce qui pose souvent de sérieuses difficultés.

La Professeure Debourg considère néanmoins qu'il reste potentiellement une petite marge de manœuvre à cet effet négatif. Elle envisage ainsi l'hypothèse d'une décision étrangère présentée aux fins d'exequatur devant le juge français et se demande si ce dernier pourrait ou non jouer un rôle dans cette instance. Cela pourrait être envisagé lorsque le juge étranger, statuant au mépris de l'existence d'une clause d'arbitrage, a rendu une décision insusceptible d'être reconnue en France. Cette solution pourrait alors avoir deux fondements : premièrement, l'on pourrait considérer que la décision étrangère contrevient aux conditions de compétence indirecte, au prix d'une petite adaptation des règles de reconnaissance d'une décision étrangère émises dans l'arrêt *Simitch*, lesquelles visent en principe la violation d'une compétence exclusive française ; secondement, l'on pourrait déclarer une décision étrangère contraire à l'ordre public international dès lors qu'elle méconnaît le principe de compétence-compétence.

Elle a terminé en expliquant que cette question se pose désormais également vis-à-vis de la position des juges européens, puisque le mécanisme est aujourd'hui menacé par la jurisprudence London Steam-Ship de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui impose le respect des « règles fondamentales de litispendance » au-dessus de celui du principe de compétence-compétence.

La professeure Debourg a enfin répondu à deux questions, posées par Me Pinsolle. Elle considère ainsi que l'application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence traduit une faveur à l'arbitrage, et a pu exprimer son avis vis-à-vis des anti-suit et anti-arbitration injunctions, dans lesquelles elle voit une grande efficacité.

La parole a ensuite été donnée à Me Claire Pauly, qui a discuté de l'autonomie de l'instance arbitrale en s'interrogeant sur les limites posées au pouvoir des parties dans l'exercice de leur liberté procédurale. Pour ce faire, elle s'est employée à déterminer les règles impératives qui seraient susceptibles d'en limiter l'exercice. Elle a par exemple constaté, s'agissant du règlement d'arbitrage de la CCI, que certaines règles relatives à la procédure sont rédigées en termes impératifs et ne permettent pas d'aménagement conventionnel par les parties. Cela semble notamment être le cas de l'article 22, paragraphe 4, qui garantit le respect du principe du contradictoire et du principe d'égalité entre les parties, et qui se recoupe donc avec l'article 1510 du Code de procédure civile français.

Me Pauly a ensuite présenté l'arrêt Hop ! du 19 janvier 2021, rendu par la Cour d'appel de Paris sur l'interaction entre les règles procédurales prévues par les parties et le respect du contradictoire. Il s'agissait-là d'une affaire dans laquelle, malgré la décision des parties de ne pas entendre un expert lors d'une audience, le tribunal arbitral s'était tout de même fondé sur l'expertise de ce dernier, sans en avertir les parties. La Cour d'appel a alors jugé que la renonciation d'une partie à faire entendre un expert ne constituait pas pour autant une renonciation au principe de la contradiction, et a annulé la sentence. S'agissant, ensuite, du principe d'égalité des parties, Me Pauly a présenté un arrêt du 8 novembre 2016. Dans cette affaire, l'Irak n'avait pas été mise en mesure de déposer ses propres pièces au soutien de sa position procédurale compte-tenu de la guerre. Le tribunal arbitral n'y a pas vu de problème, considérant que l'Irak était toujours en mesure de commenter les pièces déposées par les demandeurs. C'est un argumentaire qui n'a pas convaincu la Cour d'appel de Paris, qui a annulé la sentence en se fondant sur le principe d'égalité des parties.

Me Pauly a conclu son intervention en faisant part de l'apparition croissante de clauses d'arbitrage asymétriques attribuant au demandeur le pouvoir de désigner l'intégralité des membres du tribunal arbitral. Elle relève que cette situation fait alors apparaître un dilemme au sein des institutions d'arbitrage, qui doivent se demander s'il faut plutôt respecter la volonté des parties, ou bien s'assurer d'éviter l'annulation d'une sentence.

Enfin, Me Pauly a répondu à une question, posée par Me Pinsolle, relative à d'éventuelles autres limites posées à la liberté procédurale des parties. Me Pauly a confirmé qu'il n'y en avait, selon son analyse, pas d'autres, un consensus semblant s'être dessiné selon lequel le non-respect des règles de procédure choisies par les parties pourrait entraîner l'annulation uniquement dans l'hypothèse où il emporterait violation de ces principes du contradictoire et d'égalité des parties.

La parole a ensuite été donnée à Me Xavier Favre-Bulle, qui a passé en revue les limites de l'autonomie de l'arbitrage, en procédant à une analyse comparée des droits suisses et français. Il a porté son attention sur huit critères en particulier, ayant une influence sur l'autonomie de l'arbitrage. Le premier est celui de l'arbitrabilité, qui reste un sujet important au vu du risque que les restrictions existant en arbitrage interne puissent influencer la liberté existant en arbitrage international (du fait notamment du besoin de protection pouvant exister dans certains domaines: contrat de travail, etc.). Vient ensuite le critère de la validité matérielle de la convention d'arbitrage, qui est régie de manière particulièrement libérale en droit suisse avec un rattachement alternatif *in favorem validitatis* s'agissant du droit applicable, ce qui semble être une limite de moins qu'en droit français.

Le troisième de ces critères est celui de la compétence, qu'il traite par le prisme de l'extension de la convention d'arbitrage au tiers non-signataire. Alors que le droit français va facilement admettre qu'un tiers qui s'est immiscé dans la conclusion ou l'exécution du contrat est lié par la clause d'arbitrage, sans nécessairement reconnaître des droits à cette partie sur le fond, le Tribunal fédéral suisse considère que celui qui s'est immiscé reconnaît des engagements contractuels matériels allant au-delà de la seule convention d'arbitrage, ce qui pose la question de la relation entre droit de l'arbitrage et droit des contrats. Il aborde ensuite le quatrième critère, celui de l'intervention du juge. À ce sujet, il relève que tant en droit suisse qu'en droit français, l'ingérence des juridictions dans l'arbitrage est minimale. Me Favre-Bulle considère cependant que la théorie française de la délocalisation de l'arbitrage permet d'aller plus loin s'agissant de l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

Il a poursuivi avec le cinquième critère, celui de la procédure arbitrale. À cet égard, le Tribunal fédéral suisse a récemment évolué vers un amenuisement de la protection du contradictoire en durcissant ses exigences dans la caractérisation de la violation de ce principe (les éléments omis par le tribunal arbitral devant être de nature à influencer sur le sort du litige). À l'inverse, la jurisprudence française n'est pas aussi stricte et accueille plus facilement le grief de non-respect du contradictoire. Le sixième critère abordé est relatif au champ du contrôle de la violation de l'ordre public international, qui diffère selon lui de manière considérable entre les juridictions suisses et françaises. Là où le Tribunal fédéral suisse a défini l'ordre public de façon très étroite, les tribunaux français en ont une conception plus large et en renforcent la protection, à l'image notamment de la jurisprudence récente en matière de corruption. L'avant-dernier critère est, quant-à-lui, celui de la renonciation au recours. Ici aussi, les conceptions divergent : le droit français permet cette renonciation sans conditions à l'article 1522 du Code de procédure civile, alors que le droit suisse ne l'ouvre que pour les parties non-domiciliées en Suisse. Enfin, le huitième et dernier critère relevé par Me Favre-Bulle est celui de la reconnaissance et de l'exécution des sentences étrangères qui, en droit suisse, est entièrement régi par la Convention de New-York du 10 juin 1958, à l'inverse du droit français.

Pour finir, il a répondu à deux questions posées par Me Pinsolle, relatives à la nature de certaines règles contenues dans la LDIP suisse. Me Favre-Bulle a confirmé que certaines dispositions de cette loi pouvaient être considérées comme des règles matérielles.

DIFFÉRENDS ISDS EN MATIÈRE FISCALE : TENDANCES RÉCENTES A L'ICSID, ET PERSPECTIVES FUTURES

Par Yasemin Topcan et Céline Kahi

Le mardi 19 mars 2022, deuxième jour de la 8ème édition de la Paris Arbitration Week, le cabinet d'avocats Simmons & Simmons a organisé un séminaire portant sur les tendances récentes et les perspectives futures des litiges entre investisseurs et États (« ISDS ») en matière fiscale, modéré par Me Philippe Cavalieros (*Associé co-responsable mondial de la pratique arbitrage international de Simmons & Simmons*). Le panel était composé de trois intervenants : Mme Aurélia Antonietti (*Conseillère juridique senior au CIRDI*), M. le Professeur Arnaud de Nanteuil (*Professeur de droit à l'Université Paris-Est Créteil et Senior Advisor EY Société d'Avocats*), et M. le Professeur Robert Danon (*Professeur de droit à l'Université de Lausanne et Associé fondateur de DANON*).

Me Cavalieros a introduit le séminaire en rappelant l'importance de ce dernier, insistant sur l'objectif des intervenants de démêler les complexités qui peuvent survenir dans des arbitrages internationaux en matière fiscale et d'explorer des pistes potentielles pour relever ces défis.

La première intervenante, Mme Antonietti, a planté le décor par la présentation de statistiques et d'illustrations utiles relatives aux différentes clauses d'exclusions insérées dans les Traits d'investissement. Selon une étude d'impact réalisée en 2021, 14% des arbitrages portent principalement sur des mesures fiscales (les chiffres étant identiques pour les arbitrages CIRDI). Mme Antonietti a également indiqué que jusqu'en 2000, ces affaires concernaient principalement des litiges contractuels. Après 2000, les arbitrages internationaux d'investissement impliquant des mesures fiscales étaient principalement argentins et équatoriens. Mme Antonietti a constaté qu'au cours des 14 dernières années, la majorité des affaires étaient espagnoles ou italiennes. Au 31 janvier 2024, 129 arbitrages concernant la fiscalité ont été enregistrés.

Mme Antonietti a ensuite expliqué que 78% des affaires sont basées sur des traités (tous les traités étant pris en compte), 13% sur des contrats et 9% sur le droit des investissements. Cela reflète assez bien ce qui se passe également vis-à-vis de ce que l'intervenant a appelé les « affaires CIRDI régulières ». Les défendeurs sont principalement originaires d'Europe occidentale (29%), d'Europe orientale (20%) et d'Amérique du Sud (17%). Quant aux demandeurs, ils viennent principalement d'Italie, d'Espagne, d'Allemagne, des États-Unis, des Pays-Bas, du Luxembourg, de France, de Turquie, du Royaume-Uni et du Danemark. Mme Antonietti a déduit de la durée moyenne des affaires fiscales (plus de cinq ans), que celle-ci n'est pas écourtée par la spécificité de la matière fiscale.

L'intervenante a noté qu'il semble y avoir moins de transactions abandonnées dans les arbitrages fiscaux que dans d'autres arbitrages et en a déduit que ce résultat était « révélateur ». Ainsi, dans ce type d'arbitrages, 24% des transactions sont abandonnées alors que ce pourcentage s'élève à 36% en général.

En ce qui concerne les définitions, Mme Antonietti a mentionné trois catégories de traités bilatéraux d'investissement (« TBI ») : (i) les traités qui excluent totalement les questions fiscales (par exemple, le TBI Inde-Pologne) ; (ii) les traités avec des exclusions partielles (telles que le traitement national ou certains impôts spécifiques) ; et (iii) les traités qui excluent une question fiscale de l'application de certaines dispositions spécifiques (par exemple, l'article X du TBI États-Unis-Équateur qui prévoit que les dispositions du traité ne s'appliquent aux questions fiscales qu'à l'égard de questions spécifiques, dont l'expropriation). La dernière catégorie est une exclusion qui comporte elle-même des exceptions, appelées « *clawbacks* » (l'article 21.1 du Traité sur la Charte de l'Énergie (« TCE ») en est un exemple).

L'intervenante a ensuite mentionné les questions permettant d'identifier si une matière fiscale entre dans le champ d'application de l'exclusion : qui, quoi, pourquoi ? À titre d'illustration, elle a mis l'accent sur l'interprétation divergente des divers tribunaux arbitraux concernant la loi 42 visant à imposer les superprofits résultant de l'exploitation pétrolière en Équateur.

Certains tribunaux ont adopté la qualification d'imposition (notamment dans les affaires *Burlington v. Ecuador*, CIRDI No. ARB/08/05 et *Perenco Ecuador Limited c. République de l'Équateur*, CIRDI n°ARB/08/6), tandis que le tribunal arbitral a retenu dans l'affaire *Murphy Exploration and Production Company International c. République de l'Équateur*, CIRDI n°ARB/08/4, que la loi opère comme une imposition mais n'est pas qualifiée comme telle. Enfin, Mme Antonietti a mentionné l'article 21.7 du TCE et les affaires notoires concernant la taxe italienne « Robin des Bois » qui ont mentionné le mot « frais » pour couvrir les dépenses de gestion et de contrôle au lieu de « taxe », excluant ainsi les « frais » du champ d'application du TCE.

Le Professeur de Nanteuil a ensuite cherché à identifier les principaux outils fournis par le droit international pour traiter les mesures fiscales. Leurs particularités sont doubles puisqu'elles sont liées à la souveraineté des États et que la plupart d'entre elles sont également couvertes par des conventions fiscales internationales en matière de double imposition (« CDI »). Bien que les mesures fiscales portent par nature atteinte à la propriété privée, le Professeur de Nanteuil a suggéré que la réduction de la valeur des actifs n'est pas le critère qui sera utile pour établir s'il y a une violation.

L'essentiel de l'intervention du Professeur de Nanteuil reposait sur l'importance d'une analyse de la mise en œuvre de la mesure fiscale litigieuse, puisque toutes les mesures étatiques sont par nature légales. Il s'est concentré sur les notions d'expropriation et de traitement juste et équitable. Il a déclaré que les clauses d'expropriation ne sont pas les plus protectrices en matière de fiscalité, car il est bien établi que le seuil à partir duquel une mesure peut être qualifiée d'expropriation est très élevé. Si l'on sait que l'expropriation peut être directe ou indirecte, "*par leur nature même, les mesures fiscales, même si elles sont conçues pour et ont l'effet d'une expropriation, seront indirectes, avec un effet qui peut équivaloir à une expropriation*" (traduction libre) (*Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, CIRDI ARB(AF)/99/1). Le Professeur de Nanteuil en déduit que la mesure fiscale doit d'abord être confiscatoire, c'est-à-dire "*imposer une charge d'une telle ampleur que les contribuables sont contraints d'abandonner leurs biens entre les mains de l'État ou de vendre des actifs à un prix dérisoire*" (traduction libre) (*Manolium Processing c. Belarus*, PCA Case No. 2018-06) ; et ensuite illégale (*ADC Affiliate Ltd c. Hungary*, ARB/03/6). Si ces étapes sont suivies, le Professeur de Nanteuil a conclu qu'une violation pourrait être établie au titre de l'expropriation, pouvant expliquer l'existence de dispositions complexes impliquant la fiscalité et l'expropriation.

Selon lui, le traitement juste et équitable pourrait constituer un moyen de pression plus efficace : si le montant de la mesure fiscale ou son effet de confiscation peuvent être pris en compte, l'absence de ces éléments peut être compensée par l'établissement d'une discrimination pouvant constituer une violation du traitement juste et équitable. Le Professeur de Nanteuil a indiqué qu'un tel exercice peut être opéré pour chaque élément du standard.

Néanmoins, il a souligné l'importance de se souvenir que toute modification du régime fiscal ne peut constituer une violation du traitement juste et équitable en s'appuyant sur l'affaire *EnCana Corporation c. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481.

Enfin, le Professeur Robert Danon a évoqué les interactions possibles entre les domaines de la fiscalité et de l'arbitrage et les incompréhensions qui peuvent en résulter. Il a qualifié le droit fiscal international de cible mouvante. Par quelques remarques préliminaires, il a indiqué que, bien que les CDI restent la source principale du système fiscal international, les sources de ce droit ne sont plus uniquement dérivées des conventions fiscales. La distinction traditionnelle entre la fiscalité nationale et la fiscalité internationale tend ainsi à s'estomper. L'exemple le plus frappant est celui de l'impôt minimum mondial, qui consiste en un ensemble de règles directement transposées dans le droit national. Bien qu'il s'agisse d'une loi nationale, l'approche est acceptée au niveau mondial et les États renoncent à une partie de leur souveraineté en s'engageant à respecter des normes reconnues au niveau mondial. Le Professeur Danon a également déclaré que l'un des grands problèmes du système fiscal international est l'absence d'architecture fiscale commune exprimée par un mécanisme de règlement des différends à l'échelle mondiale. En outre, il a souligné trois différences majeures entre la procédure amiable (« MAP ») et l'arbitrage d'investissement : (i) elle est réglée entre États ; (ii) elle ne se fonde que sur des désaccords dérivant des dispositions de la convention fiscale ; (iii) et le résultat d'une MAP n'est pas publié. Parmi les questions stratégiques d'un point de vue fiscal international, l'intervenant encourage une approche plus holistique du cadre de résolution.

En matière de compétence, le Professeur Danon a souligné que, bien que les tribunaux arbitraux ne soient pas compétents en vertu d'un CDI et que les « clauses d'incohérence » des CDI prévoient parfois que la MAP prévaut, les conventions fiscales et les traités d'investissement régissent des matières différentes et ne sont pas incompatibles en tant que tels.

Sur le fond, le Professeur Danon a déclaré que la perception générale dans le monde de la fiscalité internationale est que les tribunaux d'arbitrage doutent des politiques étatiques. Il soulève donc l'importance du droit fiscal comparé, compte tenu du fait que les règles fiscales internationales sont dominantes. En outre, l'affaire *Lone Star c. Corée*, n° ARB/12/37 est citée dans les commentaires de l'OCDE et dans certains documents reconnus à l'échelle mondiale. C'est notamment le cas des lignes directrices en matière de prix de transfert qui donnent l'exemple de ce qui se rapporte aux normes de traitement juste et équitable. De tels repères sur le comportement adéquat des États pourraient à l'avenir contribuer aux analyses des tribunaux arbitraux.

Dans ses conclusions, le Professeur Danon a soulevé trois questions. La MAP est-elle viable à long terme ? La tendance croissante aux exclusions fiscales sera-t-elle justifiée du point de vue du règlement des différends entre investisseurs et État et du droit fiscal international ? L'argument de la souveraineté est-il vraiment convaincant ?

ARBITRAGE VICIÉ : MIEUX VAUT SAVOIR OÙ L'ON EN EST (EN TANT QU'AVOCAT) ! PERSPECTIVES FRANÇAISE, ANGLAISE ET LUXEMBOURGEOISE

Par Elizabeth Ebelebukwu Arubalueze et Aliénor Nin

Le mardi 19 mars 2024, une conférence portant sur le thème « *Arbitrage vicié : mieux vaut savoir où vous en êtes (en tant qu'avocat) ! Perspectives française, anglaise et luxembourgeoise* » a été organisée par le cabinet BSP, dans les locaux du cabinet Alerion Avocats. L'événement a permis de mettre en lumière des problématiques complexes relatives aux preuves, aux procédures ainsi qu'à l'exécution des sentences prétendument entachées d'un vice. Pour ce faire, le sujet a fait l'objet d'une analyse comparative des droits français, britannique et luxembourgeois, ainsi que de celle d'un enquêteur anglais, qui s'est concentré sur les conséquences de ces questions pour l'exercice de la profession d'avocat.

Le panel était constitué de Fabio Trevisan (*Associé chez BSP*), Laure-Hélène Gaicio-Feivez (*Associée chez BSP*), Jacques Bouyssou (*Associé chez Alerion Avocats*), Marie-Hélène Bartoli Vallet (*Conseil chez Alerion Avocats*), Sebastian Neave (*Directeur chez J.S. Held LCC*) et Jason Woodland (*Associé chez Peters & Peters Solicitors LLP*).

Me Trevisan a introduit la session en donnant un aperçu général du sujet. Il a souligné qu'en France, il y a eu un récent changement de jurisprudence concernant l'admissibilité des preuves obtenues par des moyens déloyaux. Or la communauté de l'arbitrage est de plus en plus attentive à ce que les procédures d'arbitrage et les sentences qui en résultent soient irréprochables. C'est pourquoi, en France, au stade de l'exécution ou de l'annulation, chaque fois qu'une sentence est contestée pour violation de l'ordre public international, les allégations sont examinées en détail par les tribunaux français. Cette démarche vise à la recherche de la vérité. Ainsi, sont toujours intégrées des considérations d'équité dans la conduite de la procédure. A cet égard, les traditions juridiques pratiquées en France sont très différentes de celles du Royaume-Uni et du Luxembourg.

Me Bouyssou est intervenu sur le thème de la preuve, du point de vue français. Il a d'abord rappelé le rôle de l'avocat confronté à des preuves qui pourraient être pertinentes sur le fond, mais dont l'origine ou l'authenticité est douteuse. Il les qualifie de "preuves viciées". Selon Me Bouyssou, celles-ci peuvent être réparties dans deux catégories. D'une part, il y a les preuves qu'un avocat soupçonne d'avoir été fabriquées. D'autre part, il y a les preuves authentiques, mais obtenues par des moyens illicites ou déloyaux. En d'autres termes, il existe des preuves fabriquées, comme les documents falsifiés, et il existe des preuves authentiques obtenues de manière illicite, c'est-à-dire des procédés violant la loi (intrusions physiques ou électroniques) mais aussi ; ou de manière déloyale, c'est-à-dire sans enfreindre la loi, mais en violant les principes d'équité (par exemple, des preuves obtenues de manière dissimulée, telles que l'enregistrement audio ou vidéo sans le consentement de la personne).

Me Bouyssou a ensuite soulevé la question suivante : quid des preuves qui auraient fuité ? Dans cette hypothèse, il convient de faire appel aux règles institutionnelles. Selon les règles de l'International Bar Association (IBA), par exemple, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative, exclure des preuves problématiques en ce qu'elles seraient privilégiées et susceptibles de porter atteinte à la confidentialité commerciale ou technique. Ils peuvent également exclure des preuves qui pourraient soulever des questions concernant l'équité ou l'égalité des parties, ainsi que les preuves obtenues de manière illicite. Le tribunal doit, en fait, prendre en considération les exigences du procès équitable, telles que l'obligation légale de bonne foi, le respect des droits de l'homme, le droit à la vie privée, le respect de l'égalité des formes, les principes d'égalité de traitement et l'équité procédurale. De plus, il doit tenir compte du contenu de l'ordre public procédural du lieu d'exécution des sentences et du siège de l'arbitrage. Les tribunaux et les avocats devront donc trouver un équilibre entre la procédure et les circonstances dans lesquelles les documents ont été obtenus.

Me Bartoli Vallet s'est également exprimée du point de vue français, en répondant à une question essentielle sur l'application du principe d'équité ainsi que de sa compréhension par les tribunaux des autres pays. Elle a tout d'abord fait référence à l'article 1464 du Code de procédure civile français, qui établit le principe d'équité dans la conduite des procédures arbitrales. De la même manière, l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) consacre le droit à un procès équitable. Elle a ensuite précisé qu'en droit français, la charge de la preuve repose sur le demandeur, qui doit apporter la preuve des faits qu'il allègue (art. 9 du Code de procédure civile). Les preuves obtenues loyalement sont admissibles. Toutefois, les preuves obtenues par des moyens illicites ou déloyaux ne sont, en principe, pas admissibles en droit français, en matière de procédures civiles et commerciales, bien qu'il en aille différemment dans les procédures pénales, pour lesquelles prime la recherche de la vérité.

La jurisprudence de la Cour de cassation a admis l'existence d'un "droit à la preuve" permettant de déclarer recevables des preuves déloyales. Malgré quelques résistances de l'assemblée plénière, les preuves déloyales sont aujourd'hui recevables, à condition qu'elles soient "indispensables à l'exercice du droit à la preuve" et de "proportionnée". Si ces conditions ne sont pas remplies, la partie peut être condamnée pour violation du d de "nécess

Du point de vue britannique, Me Woodland a expliqué que les preuves obtenues illégalement sont traitées de manière légèrement différente. Cela découle de la pratique anglaise de la révélation : tout ce qui est pertinent doit être divulgué à la Cour ou au tribunal. La règle générale en Common Law est que les preuves sont recevables si elles sont pertinentes. Il n'existe pas de règle générale selon laquelle les preuves doivent être obtenues de manière légale, ni d'évaluation de la proportionnalité.

M. Neave, enquêteur anglais, a commenté la "zone grise" couvrant les preuves obtenues par un enquêteur, répondant ainsi à la question de savoir où se situent les avocats dans cette zone grise.

La perspective luxembourgeoise, selon Me Gaicio-Feivez, est très similaire à celle de la France. À ce jour, les tribunaux luxembourgeois n'acceptent pas les preuves obtenues par un moyen illicite telle qu'une caméra cachée, ou une écoute téléphonique. Cela constitue un délit, comme devant les juridictions françaises.

En ce qui concerne les procédures viciées, chaque intervenant a exposé son point de vue, en mettant en exergue certaines jurisprudences majeures en rapport avec le sujet. Me Bouyssou (point de vue français) a prodigué un conseil particulier : un avocat ne peut se contenter d'œuvrer pour le succès de la demande de son client. Il est essentiel qu'il observe les règles de déontologie et qu'il apporte sa contribution à la lutte contre la fraude. Il a une obligation de se renseigner un minimum sur son client, de savoir qui procède au paiement de ses honoraires, et qui a recueilli les preuves qui lui sont présentées et de quelle manière. Il s'agit d'un réel devoir de vigilance de l'avocat.

Me Gaicio-Feivez, a ensuite expliqué qu'au Luxembourg, il existe une obligation pour l'avocat de signaler tout soupçon de blanchiment d'argent. Il convient de préciser que l'avocat n'a pas à investiguer sur ce point, il ne se doit de le dénoncer que si l'infraction semble évidente. Comme en France, le pénal tient le civil en état. Cela signifie que, lorsqu'il existe des soupçons d'infraction pénale, les juridictions pénales sont saisies et les procédures civiles sont suspendues dans l'attente d'une décision pénale.

Enfin, M. Neave (perspective britannique) a résumé son point de vue en s'appuyant sur la célèbre affaire qui remonte à 2017 entre le Nigeria et le Royaume-Uni - l'affaire P&ID - pour insister davantage sur le rôle de l'avocat dans le cadre de procédures d'arbitrage entachées d'un vice.

ÉTHIQUE ET ARBITRAGE : CLARIFICATIONS SUR LES QUESTIONS DE CONFLITS D'INTÉRÊTS, D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ DES ARBITRES

Par Oumeima Bazaoui

Le mardi 19 mars 2023, Navacelle a organisé un séminaire intitulé « *Éthique et arbitrage : Clarifications sur les questions de conflits d'intérêts, d'indépendance et d'impartialité des arbitres* ».

Le panel était modéré par Stéphane de Navacelle (*Fondateur et Associé gérant chez Navacelle*) et était composé de Michael Ostrove (*Associé chez DLA Piper*), Patricia Nacimiento (*Associée chez Herbert Smith Freehills*), Eduardo Damiao Gonçalves (*Associé chez Mattos Filho*) et Ashish Bhan (*Associé chez Trilegal*).

Pour entamer la discussion, les panélistes ont commencé par examiner l'évolution des normes éthiques dans les différents systèmes juridiques examinés (France, Allemagne, Brésil et Inde) ainsi que l'importance de l'obligation de révélation en matière d'indépendance et d'impartialité.

Me Nacimiento a commencé par introduire l'idée de normes raisonnables de révélation et Me Ostrove a poursuivi en expliquant que les normes sont particulièrement exigeantes en matière de révélation en France. Il a ensuite abordé la position récente des tribunaux français, selon laquelle la partie qui formule un recours en annulation pour manque d'indépendance ou d'impartialité doit prouver qu'elle ne connaissait pas ou ne pouvait pas raisonnablement avoir connaissance des faits à l'origine du recours tout au long de la procédure. Cette jurisprudence soulève la question de la charge de preuve et impose un devoir de diligence accru pour les parties à l'arbitrage.

Me Gonçalves est ensuite intervenu pour expliquer que l'on pourrait affirmer que les normes de révélation sont à peu près similaires dans la grande majorité des systèmes juridiques mais que la tension réside dans la définition de ces normes. En effet, l'impartialité et l'indépendance restent des notions mal établies malgré les lignes directrices de l'IBA, l'intervention de la CCI et les précisions apportées par la jurisprudence. Par ailleurs, ces normes sont souvent utilisées en dernier recours comme fondement du recours en annulation.

Quant à Me Bhan, il a présenté les récents amendements introduits en Inde pour codifier les exigences de révélation afin que cela ne constitue pas un motif de contestation. Selon ces amendements, les doutes des parties quant à l'indépendance et l'impartialité des arbitres devraient être soulevés dès leur apparition ; sinon, ils ne seraient pas retenus lors du recours en annulation.

Me Nacimiento a ensuite expliqué l'évolution de l'approche des institutions d'arbitrage : en effet, la CCI est devenue très stricte sur ce plan mais s'il y a des révélations particulièrement délicates, les arbitres ne sont pas confirmés. Ainsi, désigner des arbitres peut devenir une réelle difficulté. C'est pourquoi, selon elle, il est indispensable d'avoir des normes raisonnables. Quant aux arbitres et aux avocats, elle estime qu'il est crucial de faire preuve de bon sens et de maîtrise de soi lorsqu'on entre en contact avec d'autres praticiens. Elle souligne notamment l'idée selon laquelle, en se comportant de manière inappropriée, les arbitres ou les avocats nuisent à l'ensemble de la communauté de l'arbitrage.

Me Gonçalves a précisé que la révélation entraîne des difficultés de désignation des arbitres lorsque les arbitres ne sont pas désignés par les parties. En raison de ces difficultés, les institutions d'arbitrage finissent souvent par adopter une approche plus souple face à ces questions. Par ailleurs, il met en exergue un double devoir en la matière : alors que l'arbitre doit être tenu à son obligation de révélation, les parties ont un devoir de diligence.

Me Ostrove a expliqué que selon lui, les règles de l'IBA ne répondent pas à cette question aussi bien qu'elles le devraient, mais que les listes sur l'indépendance et l'impartialité avec les indices verts/oranges/rouges sont un bon point de départ. Selon lui, maintenir une apparence d'indépendance et d'impartialité est aussi important que d'être indépendant et impartial car ça permet de rassurer les parties.

M. de Navacelle a ensuite résumé les interventions des différents panélistes en ajoutant que les parties ont le droit de bénéficier du service pour lequel elles paient, à savoir une procédure efficace, neutre et sans parti pris. Par ailleurs, il a précisé que ces normes de révélation très exigeantes peuvent avoir un effet positif qui consiste à responsabiliser les arbitres quant à leurs interactions avec les autres professionnels du domaine.

En guise de conclusion, chaque panéliste a avancé une idée qu'il jugeait spécialement pertinente :

M. Bhan a estimé qu'il était crucial d'élargir la communauté de l'arbitrage afin d'enrayer ces préoccupations et d'avoir moins de chances que les mêmes personnes interagissent toujours les unes avec les autres.

Me Nacimiento a souligné le rôle et l'importance de la diversité des mentalités et des nationalités qui permettent l'unification et l'uniformisation des approches à travers la recherche d'un terrain d'entente commun à tous.

Me Gonçalves a souligné l'importance de la consistance et de la cohérence comme principes directeurs de la question. Selon lui, les arbitres devraient être indépendants et impartiaux mais ils devraient aussi éviter de donner une apparence de manque d'impartialité ou d'indépendance. Quant aux avocats, ils devraient avoir le courage de résister aux clients si ces derniers veulent aller à l'encontre de ce que préconisent les praticiens de l'arbitrage.

Enfin, Me Ostrove, tout en approuvant l'idée d'éviter toute apparence de parti pris, a ajouté qu'il convient également de tenir compte des différences régionales. Partant, si les parties ne soulèvent aucune objection concernant telle ou telle pratique, cela ne devrait pas poser de problème. À cet égard, il serait judicieux, selon lui, d'équilibrer les tendances mondiales et les spécificités locales.

L'INTERACTION ENTRE LE FOND DU LITIGE ET LA COMPÉTENCE RATIONE TEMPORIS

Par Léa Maalouf et Yasemin Topcan

Dans le cadre de la Paris Arbitration Week 2024, Jones Day a organisé un événement bilingue autour de l'interaction complexe entre « le fond du litige et la compétence *ratione temporis* » dans l'arbitrage d'investissement, du point de vue du juge français et des experts de la quantification du préjudice. L'événement, modéré par Claire Pauly (*Associée chez Jones Day, Paris*), était divisé en deux parties: le premier panel s'est tenu en français et a accueilli Jérôme Ortscheidt (*Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*) et Madame la Professeure Sophie Lemaire (*Université Dauphine*), qui ont discuté de l'approche des tribunaux français sur les questions de compétence *ratione temporis* dans l'arbitrage d'investissement, dans le contexte du recours en annulation ; le second panel s'est tenu en anglais et a réuni Alan Rozenberg (*Compass Lexecon*) et Marion Gady (*FII Consulting*), qui ont examiné la manière dont les experts de la quantification du préjudice considèrent le lien entre les questions de compétence *ratione temporis* et le fond du litige, ainsi que la question de savoir s'il est possible de prendre en compte des actes ou des faits passés dans la quantification de dommages-intérêts dans les arbitrages d'investissement.

En premier lieu, Me Ortscheidt a expliqué la différence entre la compétence *ratione temporis* et le fond d'une affaire telle que définie par les tribunaux français, que ce soit dans le contexte d'une procédure d'arbitrage ayant son siège en France ou bien d'une sentence arbitrale dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée en France. À cet égard, Me Ortscheidt a expliqué que le contrôle post-arbitral effectué par le juge de l'annulation français comporte deux éléments : le juge doit premièrement qualifier juridiquement les questions litigieuses de son propre chef, puis vérifier si la compétence a été correctement évaluée par le tribunal arbitral.

Les deux intervenants ont rappelé la distinction devant toujours être faite entre les questions relevant de la compétence et celles relevant du fond. Ils se sont principalement appuyés sur le récent arrêt du 7 décembre 2022 de la Cour de Cassation dans l'affaire *Oschadbank c. Russie*, qui concernait l'interprétation de l'article 12 du traité bilatéral d'investissement (« TBI ») Ukraine-Russie énonçant que « [l]e présent accord s'applique à tous les investissements réalisés par les investisseurs d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante à compter du 1er janvier 1992 ». Il a été expliqué que de telles dispositions peuvent, d'une part, être interprétées comme une clause d'arbitrage affectant l'ensemble du champ d'application du TBI et, d'autre part, être traitées comme le reste des dispositions prévues par le traité, pour lesquelles aucun autre examen ou interprétation n'est nécessaire au-delà de la formulation utilisée dans l'article. Selon les intervenants, si un TBI ne contient pas de disposition expresse définissant la compétence *ratione temporis*, cela signifie que la compétence *ratione temporis* du traité n'est pas limitée. Cette analyse repose sur l'application du principe d'autonomie des clauses compromissaires. Dans l'affaire *Oschadbank c. Russie*, la Cour de Cassation a considéré que l'article 12 du TBI échappait au contrôle du juge de l'annulation car il définissait le champ d'application *ratione temporis* du traité et non la compétence *ratione temporis* du juge. Selon M. Ortscheidt, la décision semble appliquer les principes selon lesquels : « où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas distinguer » (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*) et « l'on n'ajoute pas une condition à un traité qui ne la prévoit pas ».

Madame la Professeure Sophie Lemaire a également souligné qu'une autre condition avait été établie par la Cour de cassation dans cette même affaire, selon laquelle « la cour d'appel [...] devait seulement vérifier, au titre de la compétence *ratione temporis*, que le litige était né après l'entrée en vigueur du traité ». Elle a noté que dans les cas où le traité reste silencieux et ne prévoit pas de limitation explicite de la compétence *ratione temporis* du tribunal, les tribunaux français ont tendance à s'appuyer sur l'article 28 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, prévoyant qu'un traité ne doit pas être appliqué rétroactivement « à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie ».

Les deux intervenants ont analysé par la suite la manière dont certains TBI ont été rédigés en ce qui concerne leur champ d'application temporel. Si certains TBI se sont révélés assez simples à comprendre, d'autres ont été plutôt déroutants. Ainsi, l'article 8(1) du TBI entre l'Argentine et la France énonce que : « [t]out différend relatif aux investissements, au sens du présent Accord, entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est, autant que possible, réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées ». Si, dans cet exemple, le traité fait référence à « tout différend », d'autres mentionnent plutôt une « mesure contestée », faisant apparaître une incertitude. Dans la plupart des cas, les parties auront des points de vue divergents sur la définition de ce dernier terme. En tout état de cause, les deux professeurs ont estimé que le litige porté devant un tribunal arbitral d'investissement devait être né après l'entrée en vigueur du TBI. Enfin, ils ont souligné la définition d'un « différend » donnée par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* de 1924, où il a été jugé qu'un différend survient lorsqu'il y a un « désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes ».

Concernant la relation entre les questions de compétence *ratione temporis* et le fond du litige du point de vue des experts de la quantification du préjudice, Mme Gady a tout d'abord indiqué qu'il existe plusieurs facteurs pris en compte lors du calcul de la valeur d'un investissement et de l'allocation des dommages, tels que le risque d'un investissement. À cet égard, elle a précisé que tout facteur protégeant l'investissement, et entrant dans la catégorie du risque, a une valeur positive et doit donc être pris en compte au stade de l'évaluation. En outre, Mme Gady a partagé certains résultats d'une enquête récente révélant de manière surprenante que les praticiens ne tiennent pas particulièrement compte, lorsqu'ils traitent des questions de quantification du préjudice, de la rédaction ou de la formulation de certaines dispositions du TBI, notamment celles prévoyant un champ d'application temporel. En effet, ces praticiens considèrent que les TBI prévoient simplement les protections dont un investisseur, au sens du TBI, bénéficie dans l'État d'accueil, les obligations de cet investisseur étranger et de l'État d'accueil, ainsi que le mécanisme de règlement des différends adopté et appliqué au cas où un litige surviendrait à propos de l'investissement et du champ d'application du traité. Mme Gady a souligné que cette approche n'est pas celle des experts de la quantification du préjudice, qui s'efforcent de prendre en compte l'ensemble des facteurs lors de l'allocation des dommages, notamment le point de départ du litige ou de la mesure litigieuse, le risque d'un investissement, et la compétence *ratione temporis* lorsqu'une question est soulevée à ce sujet.

Elle a également attiré l'attention des participants sur le fait que certains experts de la quantification du préjudice ont essayé, dans un certain nombre de cas, de donner une valeur aux risques d'expropriation, dans le contexte de l'indemnisation demandée à la suite d'une expropriation illégale effectuée par l'État d'accueil. La raison d'être de leur argumentation réside dans le fait que les États ne peuvent pas se prévaloir de leur propre faute, ce qui implique que l'intention claire d'expropriation et l'expropriation illégale délibérément effectuée par l'État d'accueil, équivalent à un risque d'expropriation présent au moment où l'investissement a été réalisé et avant l'apparition du litige, c'est-à-dire l'acte d'expropriation illégale. Par conséquent, ce risque devrait être pris en compte lors de l'évaluation de l'indemnisation. Ce fut le cas dans l'affaire *Gold Reserve v. Venezuela*, dans laquelle le tribunal a considéré que l'investisseur canadien devait être indemnisé pour l'acte d'expropriation illégale commis par l'État défendeur tout en tenant compte du risque d'expropriation qui semblait clairement avoir été présent avant l'expropriation. Mme Gady a présenté quelques décisions contraires dans lesquels des tribunaux ont refusé que les investisseurs s'expriment sur des facteurs directement liés à des questions de compétence *ratione temporis* - tels que la présence d'un risque d'expropriation - pour demander un montant d'indemnisation déraisonnable et « surprofiter » en réclamant des dommages-intérêts d'une valeur supérieure à celle de l'investissement.

En complément de la présentation de Mme Gady, M. Rozenberg a brièvement mentionné les affaires Yukos qui ont montré comment certains actes et facteurs liés à la compétence *ratione temporis* peuvent avoir un impact sur le fond, et en particulier sur la quantification du préjudice. À cet égard, il a souligné le fait que les actes commis par l'État défendeur au moment où l'investissement a été réalisé peuvent être pris en compte au stade de l'évaluation du préjudice. En tout état de cause, M. Rozenberg a noté que les experts de la quantification du préjudice s'efforceront d'attribuer une valeur économique à tous les facteurs pertinents, y compris ceux qui sont liés au champ d'application temporel du TBI.

En résumé, l'interaction complexe entre les questions de compétence *ratione temporis* et le fond du litige est un sujet controversé dans le cadre de l'arbitrage d'investissement lors des recours en annulation en France. La discussion du panel a confirmé que ce sujet continuera à être au centre des débats dans les prochaines années.

« TWILIGHT ISSUES : LATENT CHOICE OF LAW ISSUES IN ARBITRAL PRACTICE ». CONFÉRENCE DU PROFESSEUR GEORGE A. BERMANN

Par Aya Serragui

Le mardi 19 mars 2024, Paris Place d'Arbitrage et Sorbonne Arbitrage, deux associations engagées dans la promotion de Paris en tant que centre mondial d'arbitrage, ont organisé, dans les locaux de l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, une conférence du Professeur George A. Bermann qui présentait son dernier livre intitulé *Twilight issues in International Arbitration: latent choice of law challenges*. Il s'agissait du 6e rendez-vous des auteurs de l'arbitrage organisé par Sorbonne Arbitrage, conférence qui permet à un auteur ayant publié un livre récent de le présenter et de le soumettre au débat.

Le Professeur Bermann est une figure majeure du contentieux et de l'arbitrage commercial et enseigne depuis quarante-sept ans entre l'Université Columbia, Sciences Po, Paris I et Paris II. Après une présentation du livre par son auteur, la conférence a été suivie d'un panel discutant ses principaux points, modéré par le Professeur Thomas Clay (*responsable de Sorbonne Arbitrage*) et Gaëlle Le Quillec (*Présidente de Paris Place d'Arbitrage*). Le panel était composé d'Isabelle Michou (*Associée chez Quinn Emanuel*), Matthieu de Boissésou (*Associé chez de Boissésou Arbitrage*) et Caroline Kleiner (*Professeure de droit à l'Université Paris Cité*).

Le Professeur Bermann a entamé sa conférence en définissant son livre comme une « collection de réflexions sur la direction que prend l'arbitrage international aujourd'hui, en se concentrant spécifiquement sur les irrégularités, problème régulièrement rencontré dans la pratique arbitrale ». Une collection qu'il a définie par la métaphore des « problèmes crépusculaires » (« *twilight issues* »), faisant référence à une image selon laquelle les tribunaux arbitraux sont dans l'obscurité lorsqu'ils sont confrontés à ces questions pratiques, faute de directives claires pour aborder ces problèmes fréquents. Il a analysé que le manque d'identification d'une source normative appropriée pour aborder ces questions expliquait leur fréquence dans les pratiques arbitrales et a présenté certains exemples, suivant le cycle d'une procédure arbitrale : la question des parties renonçant au droit d'arbitrage, la pertinence du rôle des non-signataires ou les enjeux de litiges dans les affaires d'investissement. Il a également particulièrement insisté sur l'utilisation des secrétaires de tribunaux arbitraux et la sanction des avocats lors des audiences, questions qu'il a jugées particulièrement pertinentes pour le développement de la pratique arbitrale dans son ensemble.

Après ses remarques liminaires et sa définition des « problèmes crépusculaires » (« *twilight issues*»), le Professeur Bermann s'est concentré sur le rôle clé de la relation entre l'arbitrage et les lois de compétence. Il a procédé à une comparaison entre différentes lois et leurs sources, et leur adaptabilité aux pratiques arbitrales : la loi nationale est-elle celle qui convient le mieux pour établir un cadre commun pour ces problématiques dites crépusculaires ? La loi du siège prévaut-elle toujours sur toutes les considérations ? Les sentences doivent-elles encore être considérées dans chaque juridiction ? La *lex causae* aggrave-t-elle les problèmes de procédure ? Sans répondre à toutes ces questions, pour laisser au public le soin de découvrir ses conclusions dans le livre, le Professeur Bermann a conclu le débat en cours sur la loi du siège en précisant que « *si l'arbitrabilité d'une affaire est remise en question, la loi du siège ne doit pas être ignorée* ».

Son dernier point concernait le lien entre les problèmes crépusculaires et la relation entre les normes internationales et leurs sources normatives : il a discuté du droit souple et des sources doctrinales qui ont l'avantage d'être codifiées et facilement révisables. Dans la coutume purement arbitrale, il a discuté des règles institutionnelles (principalement celles de la CCI et de la LCIA) et de leur prépondérance en tant que norme, ainsi que de la jurisprudence arbitrale et de ses développements récents. Il a conclu en précisant que l'objectif d'identifier ces « problèmes crépusculaires » était de semer la graine pour une norme internationale « *gravement manquante dans la pratique arbitrale* », qui n'est possible que « *grâce à une coopération entre doctrine et praticiens* ».

La discussion qui a suivi a vu les membres du panel nuancer les conclusions du Professeur Bermann après avoir exploré le livre. Me de Boisséson a remis en question l'existence même des problèmes crépusculaires, supposant que ces problèmes « sont dans l'essence de la culture arbitrale, comme l'obscurité l'est en quelque sorte à la lumière, le but de l'arbitrage », faisant référence à l'adaptabilité de la pratique. Le Professeur Bermann a souligné que l'objectif de créer un cadre commun pour ces problèmes crépusculaires n'était pas d'éradiquer la flexibilité mais « plutôt de l'orienter », ajoutant que « l'orientation n'est pas incompatible avec la nuance et la subtilité ». Me Michou s'est interrogée sur les sources de la pratique arbitrale : les accords arbitraux, la loi du siège du pays de l'arbitrage ainsi que les règles internationales ne fournissent-ils vraiment pas assez de directives ? L'auteur a répondu que les considérer dans leur intégralité irait à l'encontre du but de l'arbitrage, et tendrait à imiter ce que font les tribunaux. Il a ajouté que la loi nationale ne devrait pas être examinée, sauf dans une certaine mesure, celle de la *lex arbitri*. La Professeure Kleiner a examiné les corps de droit national et comment ils pourraient être utilisés pour aborder ces « problèmes crépusculaires », notamment d'un point de vue français, où le recours au droit national est mal vu pour les décisions internationales. Le Professeur Bermann a ensuite nuancé son point de vue et a admis que certains problèmes sont bien traités par le droit national, et qu'il n'y a pas d'obligation, dans ce cas, de rechercher une norme internationale. Il a ensuite conclu la conférence en ajoutant qu'il soutenait un équilibre entre les pratiques nationales et transnationales, et a invité le panel à nuancer sa position sur la question en fonction du cas d'espèce : en faisant notamment une distinction entre les affaires d'investissement et les affaires commerciales.

« OÙ SONT LES DOCUMENTS ? » PERSPECTIVES SUR LA PRODUCTION DE DOCUMENTS ET LE RÔLE DES TRIBUNAUX ÉTATIQUES

Par Youssef Ben Khamsa

Le mercredi 20 mars 2024, dans le cadre de l'édition 2024 de la Semaine de l'Arbitrage à Paris, s'est tenue une conférence intitulée « *Où sont les documents ? Perspectives sur la production de documents et le rôle des tribunaux étatiques* », organisée par le cabinet Loyens & Loeff. L'événement a attiré un ensemble diversifié de praticiens du droit, d'arbitres et de professionnels de l'industrie désireux d'explorer les subtilités de la production de documents dans les procédures d'arbitrage.

Les participants à la table ronde, animée par Olivier van der Haegen (*Associé chez Loyens & Loeff*) et Bastiaan Kemp (*Associé chez Loyens & Loeff*), comptaient des associés et collaborateurs du cabinet Loyens & Loeff : Robin Moser (*Associé*), Melle Boevink (*Collaborateur Senior*), Romy Menasalvas Garrones (*Collaboratrice senior*) et Johanna Haedinger (*Collaboratrice*).

Elle comptait aussi des intervenants invités, tels que Alexander Blumrosen (*Associé chez Polaris Law*), et Sara Nadeau-Seguin (*Associée chez Teynier Pic*), qui agissent à la fois en tant que conseil et arbitre. Leur expertise a enrichi les discussions, offrant une perspective comparative et des conseils pratiques pour naviguer dans les complexités de la production de documents dans les procédures d'arbitrage.

La session a commencé par un accueil chaleureux de Me van der Haegen et Me Kemp, au cours duquel a été souligné le rôle crucial de la production de documents comme garantie d'équité et d'efficacité dans les procédures d'arbitrage. Insistant sur l'importance de la coopération juridictionnelle, ils ont préparé le terrain pour une étude approfondie du sujet.

La discussion s'articulait en deux parties, chacune assurée par différents intervenants, afin d'offrir une diversité des perspectives et des idées. La première partie, animée par Me Nadeau-Seguin et Me Blumrosen, visait à étudier en profondeur cinq aspects de la production de documents en arbitrage international :

- les critères de production ;
- les documents couverts par la confidentialité ;
- les demandes ciblant des catégories spécifiques de documents ;
- les outils pratiques disponibles pour la production de documents.

La seconde partie de la discussion, menée par Me Menasalvas Garrones et Me Haedinger, portait sur les questions de compétence des tribunaux étatiques pour ordonner la production de documents et sur l'aide judiciaire étatique connexe, dans une perspective comparative.

En première partie, les intervenants ont tout d'abord étudié les principaux critères définis dans les règles de l'International Bar Association (IBA) et les règles de Prague. Ils ont discuté leur spécificité, leur pertinence, leur matérialité ainsi que leur proportionnalité. Me Nadeau-Seguin a tenu à y ajouter le critère de la charge de la preuve, qui n'est pas spécifiquement mentionné dans les articles 3 et 9.2 des règles de l'International Bar Association (IBA). Me van der Haegen a également noté qu'en Belgique, comme dans d'autres pays de droit civil, le critère de la charge de la preuve pourrait être moins significatif en raison de l'obligation croissante pour les défendeurs aux procédures de collaborer à la manifestation de la vérité.

Me Nadeau-Seguin a ensuite souligné le caractère subjectif de la pertinence et de la matérialité, mettant en avant l'importance du contexte dans l'évaluation des demandes de documents. S'appuyant sur son expérience, elle a mis en évidence les complexités inhérentes à l'évaluation de la pertinence des documents demandés dans le cadre des procédures d'arbitrage.

Me Blumrosen a complété les propos de Me Nadeau-Seguin par une analyse comparative des normes de production de documents, mettant en miroir les standards américains et français, plus strictes. Il a retracé l'évolution des pratiques de production, en mettant l'accent sur les réformes récentes visant à en améliorer l'efficacité, ainsi que sur la tendance d'uniformisation des systèmes de droit écrit et de *common law*.

En ce qui concerne la confidentialité, Me Nadeau-Seguin et Me Blumrosen ont exploré les complexités entourant le privilège et la protection des documents dans les procédures d'arbitrage. Me Blumrosen a mis en avant l'importance de la clarté procédurale dans le traitement des questions de privilège. Il a souligné la nécessité d'une intervention proactive du tribunal pour identifier et gérer les défis liés au privilège dès le début du processus d'arbitrage. En fait, Me Blumrosen se fonde sur « l'Ordonnance de Procédure n°1 », et affirme son importance pour le tribunal arbitral dans le traitement de la question du privilège et de la confidentialité.

Ensuite, Me Nadeau-Seguin a abordé le sujet des demandes ciblant des catégories spécifiques de documents. Elle a mis en avant la nécessité de clarté pour faciliter la production efficace, ainsi que le caractère raisonnable des délais. Elle s'est attardée sur les subtilités de la catégorisation des documents, mettant en avant les défis posés par des demandes trop larges et la nécessité pour les parties d'adopter des stratégies de mots-clés raisonnables pour rationaliser le processus.

En troisième lieu, Me Blumrosen est intervenu sur le sujet des demandes ciblant des affiliés. Il a explicité la différence entre la *discovery*, ordonnée par les tribunaux étatiques en *common law*, et la production de documents ordonnée par l'arbitre. Chaque procédure présente des difficultés propres. Selon Me Nadeau-Seguin, les juges et arbitres doivent être guidés par la recherche d'équilibre entre des intérêts souverains concurrents afin de garantir l'équité procédurale.

Enfin, les intervenants ont fourni leurs conseils pratiques en matière d'outils aidant à la production de documents. Me Nadeau-Seguin a expliqué utiliser des calendriers, tels que le Calendrier Redfern, le Calendrier Stern et le Calendrier Armesto afin de gérer les demandes de documents. De plus, elle a précisé raisonner par présomption favorable ou défavorable, en fonction de la proactivité des parties à identifier et résoudre les éventuelles difficultés de production. À cet égard, les intervenants ont éclairé leur auditoire sur l'application des présomptions défavorables en cas de refus de production de documents, soulignant la réticence des tribunaux à tirer de telles présomptions sans preuve claire de destruction délibérée de documents.

La seconde partie de la table ronde, menée par Me Menasalvas Garrones et Me Haedinger, s'est concentrée sur deux sujets clés : la possibilité de demander l'assistance des tribunaux étatiques et les techniques juridiques disponibles à cet égard.

Me Menasalvas Garrones a tout d'abord rappelé que, selon les pays, les parties ont la possibilité de saisir librement les tribunaux étatiques, ou doivent au préalable obtenir l'autorisation du tribunal arbitral. Deux observations critiques sont ressorties de l'analyse de Me Menasalvas Garrones. D'une part, elle a précisé que, dans certains pays, comme les Pays-Bas, les tribunaux arbitraux n'ont pas l'autorité pour demander directement l'assistance des tribunaux étatiques. Cependant, dans des pays tels que la Suisse et le Luxembourg, les tribunaux arbitraux ont la possibilité de demander l'aide des tribunaux étatiques, sous réserve de procédures et d'autorisations spécifiques.

D'autre part, elle s'est demandé si les parties devaient obtenir l'approbation du tribunal avant de saisir les tribunaux étatiques pour obtenir une assistance. Alors que la Suisse et le Luxembourg exigent l'approbation du tribunal arbitral, les Pays-Bas accordent aux parties l'autonomie de saisir les tribunaux étatiques, le tribunal étant laissé seul juge de la pertinence des documents et de la nécessité de leur production.

Ensuite, Me Haedinger a examiné les juridictions dans lesquelles l'assistance des tribunaux étatiques pourrait être demandée, au regard des dispositions existantes, comme la Loi Modèle de la CNUDCI. Par exemple, au Luxembourg et en Suisse, les tribunaux arbitraux étrangers et les parties à des procédures d'arbitrage étrangères peuvent solliciter l'assistance des tribunaux étatiques.

Par ailleurs, elle a précisé que le champ des documents saisissables par le biais de l'assistance judiciaire pouvait être limité. Le droit luxembourgeois, qui s'inspire sur ce point du droit français, limite géographiquement les mesures judiciaires aux documents situés au Luxembourg ou aux individus résidant dans ce pays.

Enfin, Me Blumrosen a rappelé la condition nécessaire à l'obtention de l'assistance des tribunaux étatiques : il faut démontrer un lien avec la juridiction ou la nécessité du document demandé. Ainsi, il a réfuté les critiques, toujours plus fréquentes en matière d'arbitrage, alléguant des dénis de justice.

QUE FAIRE DE LA SENTENCE ? RECOURS DANS LE PAYS DU SIEGE, RECONNAISSANCE ET EXECUTION A L'ETRANGER : UNE APPROCHE COMPARATIVE

Par Rym Babbou et Hoda Otayek

Dans le cadre de l'édition 2024 de la Paris Arbitration Week (PAW), l'association des cabinets européens Advant Altana, Beiten et Nctm a orchestré un panel intitulé « *We have an Award, what's next? Challenging at the Seat, Recognizing and Enforcing Abroad: A Comparative Approach* ». La conférence s'est tenue le mercredi 20 mars 2024 au sein de la salle Louis Napoléon de l'Hôtel du Louvre et a été animée par trois des associés membres de l'association : François Muller (*Associé chez Altana, en France*), Angelo Anglani (*Associé chez Nctm, en Italie*) et Ralf Hafner (*Associé chez Beiten, en Allemagne*).

La discussion du panel a été guidée par l'idée suivante : il est bon d'obtenir une sentence arbitrale favorable, mais il est encore mieux d'obtenir également son exequatur. En effet, l'exécution de la sentence peut devenir aussi difficile que d'obtenir gain de cause devant l'arbitre. Pour donner une perspective internationale du sujet, les associés ont, tour à tour, répondu aux mêmes questions, chacun selon la pratique nationale de son pays : la France, l'Allemagne et l'Italie.

Me Muller a débuté en soutenant qu'en France, le système juridique est très favorable à l'arbitrage ainsi, *a fortiori*, qu'à l'exécution des sentences. À ce titre, les juridictions françaises ont tendance à délivrer l'exequatur aux sentences qui leur sont soumises, et il importe peu que la sentence arbitrale soit annulée dans le pays du siège de l'arbitrage. Par la suite, Me Hafner s'est aligné sur ces propos en affirmant qu'en Allemagne, les juridictions ne s'attachent qu'à leur appréciation souveraine concernant l'existence de motifs de refus d'exécution. En effet, l'arbitrage international y est considéré comme entretenant un faible lien avec le pays du siège. La sentence arbitrale n'appartient à aucune juridiction étatique et se trouve sous la coupe du droit international. Enfin, Me Anglani fit remarquer que, contrairement à la France et à l'Allemagne, les sentences étrangères annulées par les juridictions du pays du siège de l'arbitrage ne peuvent être exécutées en Italie (en application de l'article V(1)(e) de la Convention de New York et de l'article 840(3)(5) du Code de procédure civile italien). De ce fait, nonobstant l'absence de jurisprudence sur ce point, Me Anglani a noté qu'il paraît que l'exécution d'une sentence annulée au lieu du siège de l'arbitrage pourrait être accordée lorsque le jugement étranger en annulation de la sentence est lui-même incompatible avec le droit international privé italien. De surcroît, et accessoirement, s'agissant du sort réservé aux décisions de reconnaissance d'une sentence étrangère dans l'hypothèse où la sentence est ensuite annulée dans le pays du siège de l'arbitrage, Me Anglani considère que cette annulation de la sentence pourrait être soulevée en défense au stade de son exécution, à laquelle une opposition sur ce fondement pourrait être formulée.

Par la suite, les panélistes se sont penchés sur la question de la validité de la renonciation, par les parties, à leur faculté d'exercer un recours en annulation. En France, Me Muller a rapporté que la renonciation à ce droit est valide, et ce depuis la réforme du Code de procédure civile français de 2011 relative à l'arbitrage, à la condition que les parties se soient spécifiquement mises d'accord à ce sujet. En outre, renoncer au droit de demander l'annulation de la sentence n'empêche pas pour autant de demander ou de contester son exequatur.

En Allemagne, Me Hafner a expliqué que la question reste couverte d'incertitudes et ce en raison d'absence de dispositions claires dans la loi. L'opinion générale soutient que la renonciation au droit de demander l'annulation de la sentence n'est pas permise au préalable. La question de savoir si une renonciation générale peut être accordée après l'émission de la sentence est, quant à elle, sujette à débat. En général, une renonciation peut être accordée pour des raisons spécifiques pour refuser l'exécution. Il semble qu'il n'y ait pas de réponse claire à la question de savoir quels motifs spécifiques peuvent faire l'objet d'une renonciation dans le cadre de la pratique allemande en matière d'arbitrage. Quant à la perspective italienne, Me Anglani a souligné qu'en Italie, le droit de recours en annulation ne peut être renoncé préalablement par les parties.

Par la suite, la question de l'effet suspensif de la demande d'annulation de la sentence arbitrale a été soulevée. Me Muller débuta en affirmant qu'en France, une demande d'annulation ne suspend pas l'effet de la sentence, sauf dans certaines circonstances définies et sous réserve d'une demande appropriée et d'une décision provisoire du juge (si l'exécution de la sentence peut « porter sérieusement atteinte aux droits d'une partie »). À côté de cela, Me Anglani a expliqué qu'en Italie, il n'existe pas d'effet suspensif automatique. Cependant, le tribunal devant lequel le recours en annulation d'une sentence est engagé peut suspendre l'efficacité de la sentence sur le fondement d'un « motif sérieux ». Par ailleurs, dans le cas où l'exécution de la sentence est suspendue au siège de l'arbitrage, la reconnaissance et l'exécution en Italie s'en voient directement impactées, et ne peuvent plus être obtenues (au moins jusqu'à ce que la suspension prenne fin). Enfin, en Allemagne, Me Hafner a affirmé qu'en matière de suspension, les juges du fond sont discrétionnaires.

S'est également posée la question de l'introduction simultanée d'une demande d'exequatur et d'un recours en annulation devant les juridictions. En France, selon Me Muller, l'exequatur est une décision *ex parte*, et ni le recours en appel contre cette décision, ni le recours en annulation de la sentence ne sont suspensifs. Cette situation devrait donc aisément pouvoir trouver une solution. D'un autre côté, en Allemagne, Me Hafner a expliqué que l'exécution d'une sentence rend le recours en annulation irrecevable puisque le tribunal vérifie la validité de la sentence. Ce n'est qu'en cas de violation manifeste que les juges du fond ne feront pas droit à l'exequatur.

S'agissant de la validité de la clause d'arbitrage, tant en France qu'en Allemagne et en Italie, l'ensemble des panélistes ont soutenu qu'il faut se référer aux articles II et VII de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 qui imposent la reconnaissance de la clause d'arbitrage par les États contractants. Ils ont cependant relevé que la Convention constitue un plancher et non un plafond de libéralisme vis-à-vis de la reconnaissance des sentences étrangères dès lors qu'existe la réserve du droit national plus favorable.

Pour conclure, les panélistes ont mis en lumière la question de la tierce opposition dans l'arbitrage. Le constat des trois intervenants est à peu près identique : la tierce opposition n'est pas traditionnellement admise contre l'exequatur. Néanmoins, Me Hafner a souligné que dans certaines situations, notamment si le tiers est victime de fraude, ce dernier peut introduire une nouvelle demande devant les juridictions allemandes. Par analogie, en Italie, comme l'a noté Me Anglani, une sentence peut faire l'objet d'un recours en annulation distinct de la part de tiers qui n'ont pas participé à la procédure arbitrale, lorsque la sentence en question porte atteinte à leurs droits.

En particulier, un cas spécifique de tierce opposition codifié par le Code de procédure civile italien, s'applique aux créanciers ou aux cessionnaires d'une partie à la procédure arbitrale, qui peuvent introduire un recours en annulation si la sentence résulte d'une fraude ou d'une collusion à leur détriment. Il est donc très peu probable qu'un tiers puisse s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'une seule et même sentence dans l'ensemble des pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées. De surcroît, comme l'a finalement noté Me Muller, le rôle et les droits des parties tierces à l'arbitrage sont fréquemment débattus de sorte que ces enjeux sont susceptibles de continuer à évoluer à l'avenir.

TOUT SAVOIR SUR LES CLAUSES D'ARBITRAGE : LE BON, LA BRUTE ET LE TRUAND

Par Maria Gruszczynska et Elisa-Marie Goubeau

Le 20 mars 2024, les cabinets Habib Al Mulla and Partners, Hage-Chahine Law Firm et Lexis Nexis ont co-organisé un séminaire lors de l'édition 2024 de la Paris Arbitration Week (PAW) dans le but d'explorer les subtilités des clauses d'arbitrage, de leur rédaction à leur exécution. Modéré par Sarah Malik (*Fondatrice, SOL International*), le panel était composé de Najib Hage-Chahine (*Associé Gérant, Hage-Chahine Law Firm*), Sally Kotb (*Associée, Habib al Mulla & Partners*), Matthew Page (*Associé, Habib Al Mulla & Partners*), Karen Seif (*Counsel, Habib Al Mulla & Partners*) et Gary Born (*Président du Groupe de Pratique en Arbitrage International, Wilmerhale*).

Pour commencer, les panélistes se sont exprimés sur le décret n° 34 de 2021 (« le décret ») adopté par le gouvernement de Dubaï, entré en vigueur le 14 septembre 2021. Ce décret prévoit que le centre d'arbitrage DIFC-LCIA serait dorénavant aboli et que les affaires administrées sous son égide seraient transférées au Centre d'Arbitrage International de Dubaï (« DIAC »). Me Born a soulevé ses préoccupations quant aux affaires en cours et celles futures, mettant en avant le fait que le décret entraînerait une modification intrinsèque des clauses d'arbitrage existantes vers une autre institution possédant des règles différentes de celles qui ont été initialement convenu. Il a ensuite souligné comment les différents tribunaux nationaux ont géré ces enjeux. Par exemple, un tribunal de Louisiane aux États-Unis a statué que le DIFC-LCIA n'était pas équivalent au DIAC, rendant inapplicable la clause d'arbitrage et soulignant l'impossibilité pour le tribunal américain ou le gouvernement de Dubaï de modifier cet accord. En revanche, un tribunal de Singapour a appliqué un projet de sentence en faisant référence à l'ancien centre DIFC-LCIA étant donné que l'intimé avait consenti à la compétence du tribunal arbitral.

Me Page a ajouté que cette décision soudaine posait un réel problème au Moyen Orient car le changement d'institution n'était pas souhaité par les parties. Selon lui, si le forum convenu n'est plus disponible, les parties ne devraient pas être contraintes d'avoir leur litige administrée par une autre institution arbitrale. Il s'est également demandé s'il était acceptable de contourner la convention d'arbitrage en autorisant le contentieux devant le juge national. Ainsi, il a averti les conseillers juridiques de considérer l'amendement de ces conventions désignant un arbitrage administré par DIFC-LCIA afin d'éviter des problèmes d'exécution et de recours futurs.

Prof. Hage-Chahine a qualifié ce décret de transfert inhabituel vers le DIAC exprimant ses inquiétudes quant à la possibilité pour les juges nationaux d'appliquer un décret édicté par un État étranger, ainsi que sur la compétence des tribunaux arbitraux constitués sous le DIAC pour statuer sur les litiges en question. Le décret, faisant partie intégrante de la législation de Dubaï, peut être appliqué soit en tant que loi du siège de l'arbitrage, soit en tant que loi régissant la convention d'arbitrage. Cependant, dans certaines juridictions, il existe des lois spécifiques régissant les conventions d'arbitrages, ce qui ajoute un niveau de complexité supplémentaire, soulevant ainsi la question de savoir si un juge national devrait ou non mettre en œuvre un décret édicté par un autre État. De ce fait, cela devient essentiellement une course entre la partie préférant l'arbitrage administré par la DIAC et la partie favorisant le contentieux national. Cette dernière soutiendrait alors que la convention n'est plus en vigueur et le décret plus applicable, créant ainsi un arrêt pilote.

Me Born a commenté l'importance de la sélection du siège de l'arbitrage et de la loi applicable. D'abord, il a souligné que si un arbitrage siègeait à Dubaï, le vide résultant de l'abolition du DIFC-LCIA pourrait être comblé par le droit de Dubaï, en accord avec le consentement des parties, mais que cet argument devient plus délicat si l'arbitrage se déroule ailleurs qu'à Dubaï. Cela serait préoccupant si les États pouvaient librement et unilatéralement altérer l'arrangement institutionnel convenu par les parties.

Me Kotb a ensuite abordé les lacunes fréquentes des clauses d'arbitrage, en particulier dans le contexte du Moyen-Orient, où l'arbitrage est largement perçu comme une méthode exceptionnelle de règlement des litiges. Elle a ajouté que ces clauses, parfois qualifiées de « pathologiques » sont fréquentes dans la région, entraînant souvent une réticence des juges nationaux à céder leur compétence au profit de l'arbitrage. En effet, le consentement explicite des parties de recourir à l'arbitrage est essentiel pour la validité de la convention et son exécution. Parmi les exemples courants de telles lacunes, on peut citer le manque de capacité d'une partie pour conclure une convention, condition fondamentale dans les Émirats arabes unis. Par exemple, la signature d'une convention par un mandataire ne suffit pas à rendre valide la convention d'arbitrage, le signataire doit recevoir une autorisation spéciale à cet effet.

Les panélistes ont ensuite abordé le problème du manque de formalisme. Me Born a mentionné le formalisme écrit requis par la Convention de New York (CNY), qui exige aux articles I et II que la convention d'arbitrage soit signée par les parties. De par la nature décentralisée et fluide des transactions commerciales, le respect de cette exigence fait souvent défaut dans les législations nationales. Cependant, la plupart des juges nationaux ont la volonté de reconnaître partiellement les conventions d'arbitrage international écrites ou non. Si la CNY ne fait pas référence au critère de capacité des parties, les tribunaux de Dubaï pourraient imposer des critères spécifiques. Cela soulève la question de savoir si cette situation est conforme aux articles II, 1., et II, 3., de la CNY concernant les exigences législatives nationales.

Par la suite, Dr. Seif a proposé une examination d'un sujet d'un cadre empirique. Elle a discuté des conclusions de la recherche empirique de Prof. Maxi Scherer sur le refus d'exécution des sentences arbitrales sous la CNY aux motifs relatifs aux clauses d'arbitrage. Elle a conclu que l'argument des clauses dites « pathologiques » est étonnamment l'argument le moins utilisé à des fins d'exécution, représentant 3% des cas et un taux de réussite de 0%. Le deuxième constat était que l'étude de Prof. Scherer a conclu que les motifs d'intérêts publics étaient les plus populaires pour contester une sentence arbitrale, représentant 20% de succès. Par ailleurs, Dr. Seif a contrasté ces conclusions avec son propre étude empirique des jugements d'environ 200.000 jugements des tribunaux de Dubaï émis entre 2010 et 2018, ce qui n'a révélé aucun cas dans lequel l'exécution d'une sentence étrangère a été refusé pour motif de violation de l'ordre public des Émirats arabes unis. À ce sujet, Me Born a exprimé sa surprise quant à la faible prévalence des clauses pathologiques dans ces statistiques car selon son expérience en institution, elles représentent une proportion élevée des cas. Il a suggéré que peu de recours en annulation aboutissent parce que les juges nationaux trouvent des moyens de remédier aux défaillances de rédaction pour honorer l'intention des parties. Par exemple, ils peuvent corriger la clause en rectifiant le nom de l'institution. Me Kotb a également souligné qu'il fallait prêter attention à la question de l'arbitrabilité, ainsi qu'au contenu et la portée géographique de la notion d'ordre public du point de vue de chaque pays, citant un exemple de la loi qatarie.

Prof. Hage-Chahine a discuté des défauts de l'arbitrage institutionnel et des clauses inopérantes, se demandant si un demandeur pouvait entraver la nomination d'un arbitre par une institution ainsi que le déroulement de la procédure. Il a pris l'exemple d'une institution qui s'est affranchie de ses propres règles en nommant un arbitre, menant à un conflit d'intérêts non divulgué. À un stade ultérieur de la procédure, l'arbitre s'est finalement retiré de l'arbitrage. Le demandeur, après s'être vu refuser la vérification de cette nomination par un huissier de justice, a engagé une demande non conventionnelle fondée sur la relation contractuelle avec l'institution arbitrale. L'argument est que tout contrat peut être résilié en cas de violation de ses obligations fondamentales, en l'occurrence, une rupture de confiance. En effet, en adhérant aux règles d'arbitrage, les obligations englobaient spécifiquement la conduite impartiale et équitable des procédures et l'assurance de neutralité. Prof. Hage-Chahine a souligné cette relation contractuelle inhabituelle entre trois parties, à savoir entre le demandeur, le défendeur et l'institution. Actuellement, il n'existe aucune disposition spécifique organisant de telles relations d'un point de vue contractuel. De manière surprenante, dans cette affaire, le demandeur a demandé au juge des référés de suspendre l'arbitrage et d'empêcher la nomination d'un autre arbitre jusqu'à ce que le juge national se prononce sur la question contractuelle. Il demeure une incertitude quant à savoir si le juge annulera la convention d'arbitrage pour abus de confiance, mais il a pour le moment interdit au centre d'arbitrage de nommer un arbitre et de commencer la procédure d'arbitrage.

Me Born a ajouté que l'institution devient partie à une relation contractuelle dès que la requête d'arbitrage est déposée et que les frais sont payés. En conséquence, il a convenu que si des problèmes venaient à apparaître au cours de la procédure, cela n'affectera pas l'intention sous-jacente des parties de recourir à l'arbitrage. Dans tous les cas, si l'on retirait l'institution de cette équation, les parties se retrouvent toujours avec un arbitrage ad hoc.

Enfin, Me Page a abordé le sujet des clauses d'arbitrage non exécutoires en lien avec la sélection des arbitres. Il a donné l'exemple d'une clause mentionnant que l'arbitre doit être expert dans une loi spécifique et dans une niche d'activité, ce qui rendait la clause inopérante. Il commenté le terme « hautement expérimenté », qui est susceptible d'entraîner un manque de clarté entre les parties quant à sa signification. Ainsi, il ne faut pas opter pour des critères restrictifs dans la rédaction des conventions d'arbitrage. Me Born a ajouté que les praticiens devraient opter pour les clauses types élaborées par les institutions car elles sont le produit de l'expérience. La meilleure approche est toujours la plus simple.

ET ILS VÉCURENT HEUREUX... UNE HISTOIRE D'EXÉCUTION RÉUSSIE : FABLE, MYTHE, OU RÉALITÉ ?

Par Léa Maalouf et Samuel Davies

Dans le cadre de la huitième édition de la Paris Arbitration Week (PAW), Linklaters a organisé un événement enrichissant intitulé « *Et ils vécurent heureux... Une histoire d'exécution réussie : Fable, mythe, ou réalité ?* », qui a réuni des praticiens de renom afin de discuter de leurs expériences en matière d'exécution des sentences arbitrales internationales.

Le panel était composé de Roland Ziadé (*Associé chez Linklaters, Paris*), Gerard Meijer (*Associé chez Linklaters, Amsterdam*), Jacqueline Chaplin (*Counsel chez Linklaters, Londres*), Duncan Holland (*Corporate Development Director chez CRC Evans*), Yasmin Mohammad (*Director chez Fortress Investment Group*), et Hannah Van Roessel (*Managing Director et Chief Investment Officer - EMEA chez Omni Bridgeway*).

Tout d'abord, les modérateurs se sont interrogés sur les différentes conditions d'exécution des sentences selon qu'elles sont demandées à l'encontre de personnes publiques ou d'acteurs privés *stricto sensu*. Selon Me Chaplin, il n'y a pas de réelle différence entre l'exécution d'une sentence contre une personne publique ou contre une personne privée, en ce que les actifs publics ne sont pas saisissables. Ainsi, l'exécution d'une sentence pécuniaire contre un État souverain ne peut être exercée que sur ses actifs commerciaux, seuls susceptibles d'être saisis. Toutefois, elle concède que les procédures d'exécution à l'encontre de personnes publiques présentent des défis uniques, liés à leur caractère politique et administratif. Me Chaplin a noté deux aspects positifs concernant l'exécution de sentences contre les souverains. Tout d'abord, les États ne peuvent pas « disparaître » comme le peuvent les entités privées ou les personnes physiques. Ensuite, les États ne peuvent pas se disculper de leurs dettes pour des raisons d'insolvabilité. Ainsi, la persistance paiera, mais, selon Me Chaplin, « il faut s'attendre à devoir relever des défis ».

Abordant les questions de la souveraineté de l'État et de l'immunité souveraine, Me Ziadé a ensuite mis en lumière la complexité qui entoure les procédures d'exécution contre les États. L'immunité souveraine dont ceux-ci bénéficient peut parfois représenter un obstacle dans le cadre des procédures d'exécution. Le principe d'immunité varie d'un for à un autre, et les États l'invoquent souvent afin de soustraire leurs actifs à l'exécution d'une sentence ou d'un jugement. Déjouer ces défenses nécessite une analyse minutieuse du cadre juridique applicable au pays concerné, ainsi que de ses limitations et exceptions. En outre, Me Ziadé a précisé que la procédure d'exécution peut être rendue difficile à mettre en place lorsque l'État est partie à plusieurs arbitrages distincts dans différents pays. Cela peut avoir une incidence sur l'exécution des sentences rendues à son encontre.

Malgré les défis, la communauté internationale économique tente d'inciter les États à exécuter les sentences qui leur sont défavorables afin de préserver leur réputation et d'éviter de perturber le flux des investissements étrangers. Néanmoins, les tentatives de transaction demeurent difficiles en raison d'obstacles bureaucratiques au sein de certains États, et de la réticence de certaines entreprises étatiques à s'engager dans de telles négociations.

Me Chaplin a distingué le fait d'inciter les États à coopérer et la nécessité de créer des moyens de pression les poussant à coopérer. À cet égard, elle considère que la saisie du jet privé d'un Président pourrait être préjudiciable à ce dernier, en ce que cela porte atteinte à sa réputation. Se joignant au débat, Me Van Roessel a rappelé que certains actifs, même importants, peuvent être insaisissables. Selon elle, répondre aux attentes des clients peut s'avérer complexe lorsqu'il s'agit de saisir des actifs susceptibles d'attirer l'attention des médias, ou lorsqu'existent des obstacles factuels liés à l'utilisation, au financement, à la propriété ou à la localisation de l'actif. En effet, la teneur du principe d'immunité souveraine variant d'un pays à l'autre, le jeu des procédures d'exécution n'est pas toujours simple.

Mme Van Roessel a ensuite abordé le sujet des intérêts sur les sentences pécuniaires. Elle a comparé les États à d'autres débiteurs commerciaux, qui accordent la priorité au paiement des dettes à taux d'intérêt élevé par rapport à d'autres emprunts et obligations dans leur portefeuille. Elle conseille donc aux avocats, aux clients, aux « quantum experts » et aux arbitres de discuter des taux d'intérêt adaptés au cas d'espèce qui refléteront l'état d'urgence dans le paiement de la dette.

M. Holland a partagé son expérience vis-à-vis d'une procédure d'exécution mise en place dans un affaire d'arbitrage. La législation du pays où il a intenté une action a subi d'importantes modifications qui ont favorisé les actions et les stratégies d'exécution, telles que la recherche de recours juridiques et l'utilisation de pressions diplomatiques pour inciter l'État à se conformer aux sentences qui lui sont défavorables. Il a de nouveau attiré l'attention des participants sur la complexité de négocier avec des entités gouvernementales, puisque cela nécessite une approche basée sur la diplomatie et la négociation. Malgré les obstacles, M. Holland a souligné l'importance de maintenir des relations saines avec le gouvernement et ses fonctionnaires afin d'obtenir une exécution éventuelle.

Mme Van Roessel a discuté de certains cas où de multiples créanciers fournissent des efforts et mettent en place des actions coordonnées. Mme Van Roessel a également souligné la difficulté présente vis-à-vis de la distribution des actifs, notant que certaines juridictions fonctionnent sur la base du « premier venu, premier servi », tandis que d'autres suivent un modèle au *pro rata*.

Mme Mohammad a soulevé une question essentielle concernant la perception de l'État et l'importance des considérations financières concernant le paiement des sommes dues par celui-ci suite à une condamnation par un tribunal arbitral. Elle a mis en lumière la relation entre l'exécution et le paiement, et a témoigné de l'importance d'une approche holistique s'agissant de la résolution des litiges. L'attitude et les actions d'un État peuvent être influencées par plusieurs facteurs, tels que les développements politiques, les élections et les remaniements dans le gouvernement et son administration. Ces facteurs peuvent également affecter les procédures d'exécution et la conformation d'un État à une sentence défavorable.

Par ailleurs, Mme Mohammad a évoqué une nouvelle tendance concernant les méthodes alternatives de paiement, y compris les cryptomonnaies. Cependant, ces méthodes peuvent soulever certaines problématiques. Par exemple, saisir des actifs « Bitcoin » dans des juridictions comme la France nécessite la mise en place de nouveaux mécanismes d'exécution adaptés à de telles situations. Devant le juge anglais, une solution pratique a consisté à demander une ordonnance de divulgation des clés de chiffrement. Enfin, Mme Mohammad a discuté du rôle des assureurs pour atténuer les risques pour les bénéficiaires d'une sentence arbitrale et les tiers financeurs, notamment lors des recours en annulation.

Dans leurs remarques finales, les intervenants ont discuté de certaines tendances en matière d'exécution. Alors que Mme Van Roessel a discuté de l'émergence des litiges en matière de succession, Mme Mohammad a fait remarquer qu'il ne semble pas y avoir de tendances particulières dans les arbitrages entre investisseurs et États. Me Chaplin a adopté une approche plus philosophique, invitant les participants à réfléchir aux questions liées aux litiges futurs, aux acteurs concernés et à la localisation de leurs actifs. À ce sujet, elle a mentionné l'augmentation du nombre d'affaires en matière de ESG susceptibles de générer des litiges impliquant un montant élevé.

QUELQUE CHOSE DE NOUVEAU, QUELQUE CHOSE D'ANCIEN, QUELQUE CHOSE D'EMPRUNTÉ

Par Maya Konstantopoulou

Le jeudi 21 mars 2024, Fieldfisher et l'Association européenne des arbitres chinois (European Chinese Arbitrators Association, « ECAA ») ont organisé un séminaire consacré aux développements récents des lois sur l'arbitrage et aux amendements récemment adoptés dans différentes juridictions, sous le titre « *Something new, something old, something borrowed* ». Le panel était animé par Alice Meissner (*Associée chez Fieldfisher Autriche et Présidente de l'ECAA*) et était composé de Antje Baumann (*Associée chez Baumann Resolving Disputes*), Ania Farren (*Associée chez Fieldfisher UK*), Tim Meng (*Associé gérant chez Golden Gate, Chine*), Marily Paralika (*Associée chez Fieldfisher France*), et Avi Zamir (*Docteur et avocat chez A. Gabrieli & Co, Israël*). Chaque intervenant s'est concentré sur une juridiction, en traitant plus particulièrement de l'Allemagne, du Royaume-Uni, de la Chine, de la Grèce et d'Israël.

La parole a d'abord été donnée à Me Baumann, qui a exposé certains éléments clés du projet de loi pour l'organisation de la Loi allemande sur l'arbitrage. Le projet de loi inclut une disposition sur les opinions concordantes et dissidentes dans les sentences. Il permet aux arbitres de mettre par écrit une opinion concordante ou dissidente afin d'exprimer des points de vue divergents par rapport à la sentence arbitrale ou aux motifs sur lesquels la sentence est fondée. Cette opinion concordante ou dissidente doit être annexée ou jointe à la sentence. Toutefois, les parties sont libres d'en disposer autrement dans leur convention d'arbitrage. Dans le projet de loi, il est indiqué que des conventions d'arbitrage peuvent être formées par voie orale s'agissant de transactions commerciales. Cette disposition a suscité des inquiétudes quant à l'incertitude juridique qu'elle entraîne. Par ailleurs, si cette disposition est adoptée, le contenu de la loi se retrouverait tel qu'il était en 1998. Parallèlement, le projet introduit la possibilité de tenir des audiences orales par vidéoconférence, ce qui reflète les tendances contemporaines en matière de pratiques de résolution des différends.

Me Farren a ensuite évoqué les principaux changements proposés dans le projet de loi résultant de la révision de la loi britannique de 1996 sur l'arbitrage. Tout d'abord, une modification importante concerne la loi régissant la convention d'arbitrage. En effet, en l'absence de choix exprès des parties, c'est la loi du siège de l'arbitrage qui régira la convention d'arbitrage. Un changement intéressant a également été apporté en ce qui concerne les recours contre les sentences arbitrales en relation avec la compétence. En vertu de ces nouvelles dispositions, les parties ont la possibilité de soulever de nouvelles objections ou d'introduire de nouveaux éléments de preuve, à condition qu'elles puissent démontrer que ces éléments de preuve n'auraient pas pu être présentés plus tôt devant le tribunal arbitral. Il est important de noter que ce processus n'impliquera plus une nouvelle audience dans son intégralité. Il a également été noté que, bien qu'il n'y ait pas de disposition relative à la confidentialité, l'obligation de divulgation de l'arbitre sera désormais codifiée. Enfin, ce projet de loi introduit une disposition empruntée à un processus qui existe déjà dans de nombreux règlements d'arbitrage, à savoir la possibilité de rendre une sentence arbitrale sur une base sommaire.

Me Meng a abordé le « *Projet de loi modifiée sur l'arbitrage* », qui propose des révisions à la loi chinoise sur l'arbitrage publiée le 30 juillet 2021. Il a souligné plusieurs principes inscrits dans le projet de loi. Premièrement, il ce projet prévoit que les arbitres sont tenus d'agir de bonne foi. Deuxièmement, il accentue l'importance de l'efficacité des procédures arbitrales, promouvant ainsi les audiences en ligne. Troisièmement, le projet de loi milite pour le respect des procédures, en veillant à ce que les parties aient la possibilité de faire valoir leurs droits de défense. Par ailleurs, il introduit de nouveaux concepts, tels que le principe de compétence-compétence, et confirme l'indépendance de la convention d'arbitrage. En outre, une nouvelle disposition impose que le siège de l'arbitrage soit physique, à moins que les parties n'en conviennent autrement, et désigne le lieu de l'institut d'arbitrage comme siège par défaut.

Me Paralika a ensuite examiné certaines des innovations apportées par la nouvelle loi grecque sur l'arbitrage promulguée le 4 février 2023. S'inspirant de la loi type de la CNUDCI, cette législation introduit plusieurs dispositions, notamment en ce qui concerne l'arbitrage multipartite. Un des éléments nouveau qu'elle introduit est celui de la possibilité d'intervention de tiers dans la procédure d'arbitrage. En outre, la loi facilite la consolidation des procédures d'arbitrage multiples.

Si deux procédures d'arbitrage impliquent les mêmes parties et les mêmes arbitres, elles peuvent être consolidées, même sans le consentement des parties. Toutefois, si les affaires sont portées devant des tribunaux différents, la consolidation nécessite un consentement mutuel pour déterminer le tribunal qui statuera sur les affaires consolidées. En ce qui concerne les mesures provisoires, la loi grecque ne fournit pas une liste des mesures que le tribunal peut ordonner, mais combine plutôt les différentes possibilités offertes par la loi type de la CNUDCI. De surcroît, la loi prévoit que la convention d'arbitrage sera valide si elle l'est en vertu de l'une des trois lois suivantes : la loi applicable à la convention d'arbitrage, la loi applicable au contrat ou la loi du siège de l'arbitrage. Les parties ont également la possibilité de demander au tribunal de rendre une sentence complémentaire, si le tribunal a omis certaines des demandes des parties dans la sentence rendue. Enfin, la loi permet aux parties de renoncer à l'avance au droit de demander l'annulation de la sentence.

Me Zamir a ensuite présenté quelques dispositions intéressantes de la nouvelle loi israélienne sur l'arbitrage commercial international promulguée le 14 février 2024. Une grande partie de ces dispositions ressemble étroitement à la loi type de 2006, ce qui témoigne d'une volonté de s'aligner sur les standards d'arbitrage internationalement reconnus. Une caractéristique intéressante de la loi est l'inclusion d'un article sur l'intervention judiciaire, établissant un principe de non-intervention. En ce qui concerne les conventions d'arbitrage, la loi exige qu'elles soient écrites ou consignées par écrit, par exemple sous la forme d'une correspondance électronique. Cette nouvelle loi incorpore également le principe de compétence-compétence et, contrairement aux pratiques dominantes, se distingue en n'autorisant pas les tribunaux à ordonner des mesures ex-parte. Enfin, une disposition intrigante traite de la norme d'impartialité et d'indépendance des arbitres, en introduisant des « doutes justifiés » comme nouveau critère de récusation ou de révocation d'un arbitre. À ce sujet, Me Zamir estime que la nouvelle loi fixe un standard moins élevé que le précédent.

RÔLE ET MISSION DE L'ORGANE ADMINISTRATIF D'UNE INSTITUTION ARBITRALE : UN JUSTE ÉQUILIBRE ENTRE CONTRÔLE ET LIBERTÉ DE PROCÉDURE

Par Florian Hamel Cooke

Le jeudi 21 mars 2023, dans le cadre de l'édition 2024 de la semaine de l'arbitrage à Paris, le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (« CMAP ») a organisé une conférence sur le thème « *Role and mission of the administrative body of an arbitral institution: a fair balance between control and freedom of proceedings* ». Accueillie par le bureau parisien de Clifford Chance, la conférence était composée de membres de la Commission d'arbitrage du CMAP, dont Clément Fouchard (*Associé chez Reed Smith*), Kamalia Mehtiyeva, (*Professeur de droit à l'Université Paris-Est Créteil*), Daniel Mainguy, (*Professeur de droit à l'Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne*), Thibaud d'Alès (*Arbitre et avocat associé chez Clifford Chance Europe LLP*), et Franck Tassan (*Arbitre et médiateur au sein du cabinet Tassan Dispute Resolution*).

Sophie Henry (*Directrice générale du CMAP*), a introduit la conférence en rappelant que le CMAP a été créé en 1995 par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris. Il assiste les entreprises qui souhaitent résoudre leurs litiges en France et à l'international par la médiation et l'arbitrage. Le CMAP dispose de son propre règlement, dont la dernière version date de 2022. Pour assister les parties et les arbitres tout au long de la procédure, le CMAP a mis en place une Commission d'arbitrage composé de six membres tous praticiens de l'arbitrage (deux professeurs de droit, deux praticiens comme conseils et deux anciens utilisateurs d'arbitrage). Le CMAP reçoit des demandes d'arbitrage provenant d'un large éventail de secteurs et traite environ 20 arbitrages par an, dont les enjeux financiers sont variables, allant, ordinairement, d'une valeur de moins de 500 000 euros à plus de 10 millions d'euros, voire beaucoup plus. Récemment, le CMAP a traité des affaires portant sur plus de 800 millions d'euros. Il peut s'agir d'arbitrages opposant un opérateur français et étranger ou des opérateurs étrangers.

La conférence a abordé la question de l'arbitrage institutionnel et du rapport entre les arbitres et le centre d'arbitrage tout au long de la procédure d'arbitrage, en s'interrogeant sur le fait de savoir si ce rapport doit aboutir à donner aux arbitres une liberté absolue d'action ou si l'institution doit ou peut exercer un certain contrôle, et de quelles nature et intensité, sur le travail des arbitres.

Pour aborder cette question, la conférence s'est articulée autour de deux grands thèmes, celui d'abord du rôle et des missions d'un centre d'arbitrage en droit français de l'arbitrage international, suivi d'une présentation de l'exemple concret du rôle et des missions du CMAP.

Sur le premier point, Me Fouchard a ouvert les débats en comparant l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel, en soulignant le rôle de l'organe administratif de supervision des centres d'arbitrage. Alors que l'arbitrage institutionnel fonctionne selon des règles prédéfinies supervisées par des organes administratifs, l'arbitrage *ad hoc* implique que les parties gèrent le processus de manière autonome. Toutefois, la liberté inhérente à l'arbitrage *ad hoc* ne répond pas toujours aux attentes des parties. Il existe donc des règles pour traiter les situations où les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la constitution du tribunal arbitral. Dans les arbitrages nationaux, les juridictions étatiques fournissent souvent une assistance, tel que le juge d'appui en France, jouant un rôle crucial. Le règlement de la CNUDCI est un bon exemple de ce mécanisme à travers le concept d'autorité de nomination énoncé à l'article 6, on parle alors d'arbitrage administré *ad hoc*, une catégorie hybride dans laquelle l'arbitrage *ad hoc* est en partie supervisé par une entité tierce. Contrairement au rôle de l'institution d'arbitrage dans l'arbitrage administré, le rôle de l'autorité de nomination dans l'arbitrage *ad hoc* administré est plus limité. L'autorité de nomination peut être une institution ou un individu, et les procédures de nomination varient d'une institution à l'autre.

Le Professeur Mehtiyeva a abordé certaines questions juridiques liées à l'arbitrage institutionnel qui ont été traitées par la jurisprudence nationale. Elle a abordé la nature juridique de la fonction de l'institution d'arbitrage, en se demandant s'il s'agit d'une fonction administrative ou juridictionnelle. La jurisprudence française tend à établir la nature purement administrative des fonctions organisationnelles de l'institution arbitrale, par opposition à la fonction juridictionnelle qui est celle des tribunaux arbitraux, bien que des zones d'ombre puissent apparaître dans cette distinction. La distinction entre les fonctions est donc importante pour les parties qui souhaitent contester la fonction de l'institution afin de savoir quel régime de responsabilité s'applique.

Dans cet ordre d'idées, le Professeur Mehtiyeva a soulevé la question de savoir si la fonction organisationnelle de l'institution implique que tous les actes pris par l'institution sont nécessairement de nature administrative ou si certains actes pris par l'institution, tels que le rejet de la consolidation des procédures, peuvent être qualifiés de juridictionnels ou du moins de nature hybride, comme la mesure d'administration judiciaire, catégorie qui existe notamment dans la procédure civile française.

Le débat est important parce que certaines exigences s'appliquent aux organes ayant une fonction juridictionnelle et non aux organes administratifs, comme l'impartialité, l'indépendance ou les conflits d'intérêts, qui peuvent être contestés sur la base de l'article 6 de la CESDH. D'autres conséquences importantes comprennent l'exigence de la motivation des actes de l'organe administratif concerné par rapport à ceux des organes juridictionnels. Le traitement et les conséquences de la nature des décisions de l'institution arbitrale diffèrent d'une culture juridique à l'autre et doivent donc être pris en compte.

Sur le second point, à savoir celui du rôle et des missions spécifiques du CMAP, le Professeur Mainguy a ensuite donné un aperçu du processus décisionnel de la Commission d'arbitrage du CMAP, laquelle est l'organe chargé des missions d'accompagnement des difficultés rencontrées par les parties et les arbitres. Il a décrit ces missions (appréciation prima facie de l'existence d'une convention d'arbitrage, de l'arbitrabilité du litige ou du caractère multipartite de la procédure, nombre d'arbitres en l'absence de précision, confirmation des propositions de désignation, récusation, demande de jonction, résolution de question sur l'application du Règlement d'arbitrage, appréciation des honoraires, etc.), en soulignant l'importance et la sensibilité des décisions relatives à la confirmation, à la récusation et à la nomination des arbitres. Il a évoqué les critères utilisés pour déterminer le nombre d'arbitres, tels que la complexité du litige, son contexte et la présence de plusieurs parties. Il a également souligné les difficultés rencontrées lors de la sélection des arbitres, notamment la nécessité de disposer de compétences linguistiques et d'une sensibilité culturelle, la volonté de former de jeunes arbitres. Le Professeur Mainguy a également évoqué la procédure interne de la Commission visant, lors de l'exercice de ses missions, à assurer une forme de contradictoire, ainsi qu'à poser et faire respecter les délais. Enfin, il a évoqué la question, très complexe et qui ne fait d'ailleurs pas l'unanimité au sein de la Commission, de la motivation de certaines des décisions les plus sensibles de la Commission. Le règlement du CMAP indique en effet que ses décisions « *ne sont pas motivées* », c'est-à-dire qu'elles ne le sont pas, en général. Cela ne lui interdit donc pas de motiver certaines décisions, notamment en vue de permettre la compréhension et l'acceptation de ces décisions, en particulier lorsque celles-ci pourraient être considérées comme à la frontière d'une décision simplement administrative, comme le Professeur Mehtiyeva l'a souligné.

Me d'Alès a ensuite apporté un éclairage sur la manière dont le CMAP assure le contrôle de la sentence décidée par le tribunal arbitral, ce que l'on appelle le « *scrutiny* », question très sensible qui suppose que priorité soit donnée à la transparence dans le mode de fonctionnement du CMAP. Me d'Alès a reconnu que ce contrôle est un concept étrange pour un plaideur devant les tribunaux français, car il implique l'entrée d'un tiers dans la salle dans laquelle la décision est prise, qui intervienne une fois cette décision prise. Il s'agit en quelques sortes d'un relecteur attentif. Il a observé qu'une telle pratique, rencontrée dans presque tous les règlements d'arbitrage, a pour objectif premier de vérifier que toutes les conditions de formes d'une sentence soient présentes, mais également que la démonstration faite par le tribunal arbitral soit suffisamment robuste pour franchir le cap de sa critique devant le juge du contrôle. Il n'est pas dupe de ce que cette manière de procéder est quelque peu en contradiction avec les règles du secret des délibérations.

Me d'Alès a souligné la manière dont le CMAP s'efforce d'atteindre un équilibre raisonnable en comparant la manière dont la révision fonctionne au CMAP, à la CCI (Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale) et au TAS (Tribunal arbitral du sport). Ces trois instances présentent des différences d'approche fondamentales en fonction des organes chargés de l'examen. Dans le cas du CMAP, l'ensemble de la Commission est chargée de cet examen, alors que dans le cas du TAS, c'est le directeur général qui examine à lui seul quelque 900 sentences par an. Dans le cas de la CCI, le secrétariat est responsable de la révision avant une session plénière de la Cour, qui relit la sentence. L'objectif premier de l'examen est donc de maximiser l'efficacité juridique d'une sentence en identifiant les lacunes qui pourraient être utilisées pour tenter de l'annuler au siège de l'arbitrage ou d'en réviser l'exécution ailleurs. Le TAS est unique en ce sens que l'examen vise à promouvoir l'uniformité de la jurisprudence du TAS. Enfin, il a expliqué en quoi la portée de l'examen diffère entre les trois juridictions, soulignant que si le tribunal de la CCI peut modifier la forme de la sentence, le président du TAS peut ajouter des arguments et de la jurisprudence qui n'ont pas été discutés entre les parties et qui peuvent aller à l'encontre de la décision du tribunal arbitral.

Enfin, M. Tassan a fait part au panel du rôle de la commission du CMAP en matière de fixation des honoraires des arbitres. Le montant de la provision pour frais doit être suffisant pour couvrir les honoraires de l'arbitre et les frais administratifs déterminés par la Commission. Le montant des honoraires est ensuite partagé à parts égales entre le demandeur et le défendeur, le tribunal arbitral, ne peut être saisi qu'après le versement de l'intégralité de la provision. Toutefois, si la Commission le juge opportun, le tribunal peut être saisi dès que les fonds versés permettent aux arbitres d'accomplir les actes prévisibles jusqu'à la rédaction de l'acte de mission. Dans ce cas, si après la signature de l'acte de mission, la totalité de la provision n'a pas été versée, la Commission peut suspendre la procédure ou décider que le tribunal ne statuera que sur certaines des demandes des parties. La provision pour frais peut faire l'objet d'ajustements en fonction des fluctuations de l'affaire, des fluctuations du montant du litige, des fluctuations de la complexité de la procédure arbitrale. En cas de demande d'ajustement des honoraires, la Commission prend en considération les facteurs suivants, à savoir l'évolution du litige au cours de la procédure, la diligence et l'efficacité des arbitres, le temps passé et la rapidité de la procédure en général. Enfin, comme nous l'avons déjà mentionné, le règlement d'arbitrage est révisé régulièrement et cette année, il y aura une révision du barème des honoraires qui devrait entrer en vigueur dans le courant du premier semestre, pour tenir compte du fait que le CMAP se voit confier de plus en plus de dossiers aux enjeux financiers très significatifs.

RETARD CONCURRENT : QUELLE APPROCHE EST LA PLUS ÉQUITABLE ?

Par *Maritina Leontiou et Saskia Dodds*

Le vendredi 22 mars 2024, alors que l'édition 2024 de la Semaine de l'Arbitrage de Paris touchait à sa fin, Leynaud & Associés a organisé une conférence sur le thème « *Retard concurrent : quelle approche est la plus équitable ?* ». Se déroulant dans les bureaux parisiens de Reed Smith LLP, la présentation a exploré un cas de retard dans un projet de construction, tout en exposant les approches variées des professionnels des juridictions de common law et de droit civil. Le panel comprenait un orateur principal, Xavier Leynaud (*Expert en retard chez Leynaud & Associés*), ainsi que Erwan Robert (*Collaborateur chez Reed Smith LLP*), Francis Sirard et Erin Fallon (*tous deux directeurs et experts chez JS Held*), et Lindy Patterson KC (*Arbitre indépendante chez 39 Essex Chambers*).

L'événement a débuté par une présentation des intervenants (présents en personne et à distance) et une définition du sujet, notamment en ce qui concerne les retards concomitants. Il a été expliqué que les retards concurrents se produisent lorsque deux retards avec des causes différentes interviennent dans la même période. Pour que les retards soient considérés comme concomitants selon la common law, cinq caractéristiques doivent être réunies. Tout d'abord, ils doivent être dissociés et indépendants (les retards doivent entraîner un retard dans l'achèvement du projet). Ils doivent également impliquer la responsabilité contractuelle de différentes parties et il ne peut y avoir de retards « volontaires », ni de retards qui sont facilement atténués. Ainsi, la concomitance des retards doit être à la fois de temps et d'effet. Cette approche est celle de la Common Law.

Après avoir introduit le sujet, un cas a été présenté par Mme Fallon et M. Leynaud. Durant les trois premiers mois du projet, les entrepreneurs ont estimé qu'il y aurait un retard de deux mois. Par la suite, un retard supplémentaire d'un mois a été causé par le maître d'ouvrage. Cependant, en raison de l'existence d'une marge (correspondant au temps durant lequel une tâche peut être retardée sans causer de retard à l'ensemble du projet), ce n'est qu'aux 9ème et 10ème mois que ces retards ont commencé à s'avérer. Il en a alors résulté un retard de deux mois dans l'achèvement du projet.

Lors de l'évaluation de la responsabilité contractuelle pour le retard sur le jalon de fin soumis à pénalité, les panélistes se sont concentrés sur deux méthodes : une approche chronologique, et le test du « mais pour » (*“but for” test*). La première, présentée par M. Sirard et Mme. Fallon, implique une évaluation des retards programmés au fur et à mesure qu'ils se produisent. Ainsi, puisque le retard d'un mois du maître d'ouvrage est survenu alors que le chemin avait encore un mois de marge, le retard n'a pas été considéré comme crucial et le maître d'ouvrage n'a pas été tenu responsable du retard encouru sur le jalon soumis à pénalité. Néanmoins, les deux panélistes ont convenu que l'approche adoptée dépend de la situation et des informations disponibles.

D'autre part, présenté par M. Leynaud, le test contrefactuel dit du « mais pour » (*“but for”* en Angleterre) ou « si alors » (*“what if”* aux USA) commence à la fin de la chronologie lorsque les retards se sont produits et repose fortement sur la causalité pour déterminer qui est responsable. Ainsi, cette analyse a permis d'estimer que le maître d'ouvrage ne pouvait pas appliquer de pénalités sur l'ensemble du retard de 2 mois survenu car il/elle aurait été responsable d'un mois de retard si l'entrepreneur n'avait pas eu de retard. Donc si le maître d'ouvrage appliquait 2 mois de pénalités, il s'exonérerait de sa propre faute vis-à-vis des engagements contractuels initiaux, alors même que le retard ne s'est réellement manifesté que l'avant dernier mois du projet.

Cette approche considère donc une concomitance des effets sur le retard qui prime sur la date à laquelle les événements de retard se sont déroulés. Dans ce cas, les pénalités n'ont été appliquées que pour un mois et demi de retard et une prolongation des délais (*extension of time*) a été accordée pour 15 jours. Cette approche de droit civil est basée sur la théorie de la causalité adéquate.

Enfin, une session de questions-réponses a été ouverte aux participants pendant laquelle l'aptitude de telles approches a été débattue. Parmi les problèmes abordés figuraient les difficultés à définir un retard crucial et le manque de clarté concernant l'analyse des retards effectuée par les juges dans la jurisprudence française.

Cependant, c'est Mme Patterson KC qui a conclu la discussion, en déclarant d'une part que les deux approches se retrouvaient dans la juridiction de l'Angleterre et du Pays de Galles et qu'elles dépendent entièrement des termes contractuels. En conséquence, tant les panélistes que les participants ont conclu qu'il n'y avait pas d'autre réponse à la question de savoir quelle approche est la plus équitable que de conclure que « cela dépend » si l'on est entrepreneur ou maître d'ouvrage.