

Les difficultés de l'arbitrage international
Etat des lieux

Journée organisée par le Centre de
Recherche Juridique et Judiciaire

Me. Mohammed Chemloul
Alger, le 14 mars 2016

Mesdames et Messieurs,

Je tiens tout d'abord à remercier, le Centre de Recherches Juridique et Judiciaire et son Directeur Général, Monsieur Chafai, pour l'invitation et l'occasion qui m'est donné de vous faire part de quelques réflexions sur « les difficultés de l'arbitrage international », thème de la conférence d'aujourd'hui d'un état des lieux que je souhaite être contradictoire.

Il y a actuellement une controverse au sujet de l'arbitrage international, une controverse au sujet de ses fondements, de son utilité, de son opportunité, de sa nécessité.

L'arbitrage international a été dans un article récent du Monde Diplomatique qualifié de « fléau », Monde Diplomatique, Février 2016.

Mais peut-on parler de fléau ou plutôt du champ d'intervention qui s'élargit et qu'on risque de ne plus maîtriser.

Peut-on aussi réellement parler de difficultés, des dysfonctionnements, ou plutôt d'absence de maîtrise, méconnaissance de la pratique de l'arbitrage international et des enjeux qu'il implique.

Nous essaierons dans cette communication de voir les causes, l'origine de ces difficultés, c'est une analyse en amont du processus lui-même.

L'arbitrage international est considéré depuis fort longtemps, comme étant le moyen idéal, idoine, conseillé ou proposé parfois imposé pour régler les litiges et les différends pouvant naître entre les Parties lors de l'interprétation ou l'exécution d'un contrat international.

Enjeux certes qui dépassent le domaine juridique : politique, stabilité, sécurité.

L'arbitrage comme moyen de règlement des différends :

L'arbitrage commercial international implique, l'existence d'un contrat et cela suppose en outre l'existence d'un différend que les Parties n'ont pu régler à l'amiable.

L'arbitrage a été depuis de longue date recommandé pour diverses raisons et notamment les suivantes :

- Son efficacité ;
- La durée de la procédure ;
- Les coûts de la procédure ;
- La confidentialité.

Nous constatons, que ces principes essentiels qui constituent le fondement de l'arbitrage ont été plus ou moins respectés :

Il est évident que dans la pratique, il y a eu des dérives, sans remettre en cause les fondamentaux.

- Des dérives quant à la durée de la procédure, dont certaines vont allégrement au-delà des cinq années ;
- Une dérive des coûts, qualifiant ainsi l'arbitrage international comme étant prohibitif et à des coûts exorbitants.

À ce sujet, à titre indicatif, devant ces critiques, la Cour Internationale d'Arbitrage avait élaboré une note sur les coûts de la procédure où on constate qu'en réalité, que :

- les frais administratifs représentent 02% ;
 - les frais des arbitres 16% ;
 - mais les honoraires versés aux avocats, frais d'expertise, de témoignage et frais de Parties représentent à eux seuls 82 %.
- Quant à la confidentialité, elle est parfois battue en brèche, du fait que selon les règlements boursiers, les sociétés cotées en bourse, sont dans l'obligation de révéler toutes les procédures contentieuses qui risqueraient d'influer sur le cours, du titre (action) de la société au titre de l'obligation qu'elles ont d'informer leurs actionnaires.

Les difficultés de l'arbitrage international, seraient elles inhérentes à l'arbitrage international lui-même ou exogène.

I. le contrat :

Le tribunal arbitral constitué, est saisi par le demandeur, à effet de statuer, sur une demande.

Cette demande, comme vous le savez est basée sur les éléments essentiels et constitutifs du dossier, à savoir le contrat, les différents avenants et l'ensemble des correspondances, les procès-verbaux qui auraient pu être échangées à un moment quelconque entre les Parties. À cela est ajouté le dossier d'appel d'offre, la soumission, et l'argumentaire juridique, les opinions juridiques et les expertises selon le cas.

Comme vous le savez, une décision rendue par le juge ou par un tribunal arbitral, est fondée sur la demande, les éléments constitutifs de la demande, l'argumentation juridique et le respect des droits et obligations découlant du contrat liant les parties et son exécution de bonne foi.

Cela nous pousse peut être à émettre une conclusion que vous pouvez considérer comme étant hâtive :

Si un dossier n'est pas bon, il n'est pas bon aussi bien auprès d'un juge étatique que d'un tribunal arbitral.

II. le recours à l'arbitrage international dicte, à la fois une certaine discipline, un respect de la procédure et une culture de l'arbitrage international.

Une procédure arbitrale n'est pas basée, n'est pas dictée en la matière par le code de procédure civile, mais l'est par la référence faite par les Parties, à un règlement de différend d'une institution arbitrale à laquelle ils auraient librement souscrit.

Distinguant ainsi l'arbitrage institutionnel de l'arbitrage ad hoc, l'arbitrage institutionnel est rendu selon le règlement d'une institution:

- la Cour d'Arbitrage et de médiation de la CACI ;
- le règlement de 2012, de la Cour Internationale d'Arbitrage ;
- le règlement de la London Court (LCIA) entre autres.

Les opérateurs économiques, font en majeure partie référence à des règlements d'arbitrage, qu'ils n'ont presque jamais étudié ni jamais pratiqué, règlement qu'ils découvrent au moment de la naissance du litige, considérant ainsi l'arbitrage comme étant un aléa et un risque qu'ils peuvent courir ou découvrir.

Les difficultés inhérentes à l'arbitrage international, ont été évoquées ou vont être évoquées par les différents orateurs.

Une des plus importantes difficultés consisterait en la mise en œuvre de la clause de règlement des différends, si celle-ci est mal rédigée et s'avère le moment venu inapplicable ou soumise elle-même à un risque d'interprétation : la mécanique étant bloquée :

C'est la clause dite « pathologique »

III- nature de ces difficultés :

Quelle serait la nature de ces difficultés qui nuiraient au déroulement de la procédure arbitrale :

Nous citerions successivement les causes endogènes et les causes exogènes :

1- Causes endogènes :

- Reconstitution du dossier :

- . Gestion ;
- . Conservation ;
- . Traitement de l'écrit et des archives.
- . Reconstitution de la mémoire du projet avec notamment les départs des entreprises des cadres pour différentes raisons : retraite, changement de poste...
- . L'absence parfois de maîtrise dans le suivi des travaux, dans la supervision, dans le contrôle ;
- . L'insuffisance des études avancées lors du lancement du projet ;

- Gestion de l'arbitrage : le fait de confier à la structure qui a vu naître le différend, la gestion de la procédure, la définition de la stratégie juridique, serait à notre sens une erreur à ne pas commettre.

- . Capacité de négocier ;
- . Capacité de transiger ;
- . Processus de décision : entreprise/tutelle ;

- . Problème inhérent quant au suivi et à l'exécution du contrat ;
- . Délais de réponse, délais de traitement, le temps mis à réagir ;
- . Le choix des Conseils ;
- . Le degré d'implication ou l'absence d'implication dans la composante du Tribunal Arbitral.

2- Causes exogènes :

- Environnement juridique ;
- Environnement administratif/bureaucratique ;
- Délais de paiement dépassant parfois l'année ;
- Ordre de modification décidé par les tiers ;
- Formalisation des avenants et accord des commissions des marchés...
- L'interprétation du code des Marchés Publics.

IV. Gestion de l'arbitrage :

Une procédure arbitrale lourde devrait être gérée comme un projet, avec :

- Constitution de l'équipe en charge de son suivi ;

- Budget et moyens alloués : frais d'avocat, frais d'expertise et frais de procédure ;
- Pouvoir de décision ;
- Schéma de fonctionnement et lien hiérarchique ;
- Frais de déplacement.

Sur quelques recommandations,

Avant tout le renforcement et la spécialisation des structures juridiques : par une formation continue, une adaptation des connaissances, une adéquation des connaissances, une veille juridique, une démarche en international

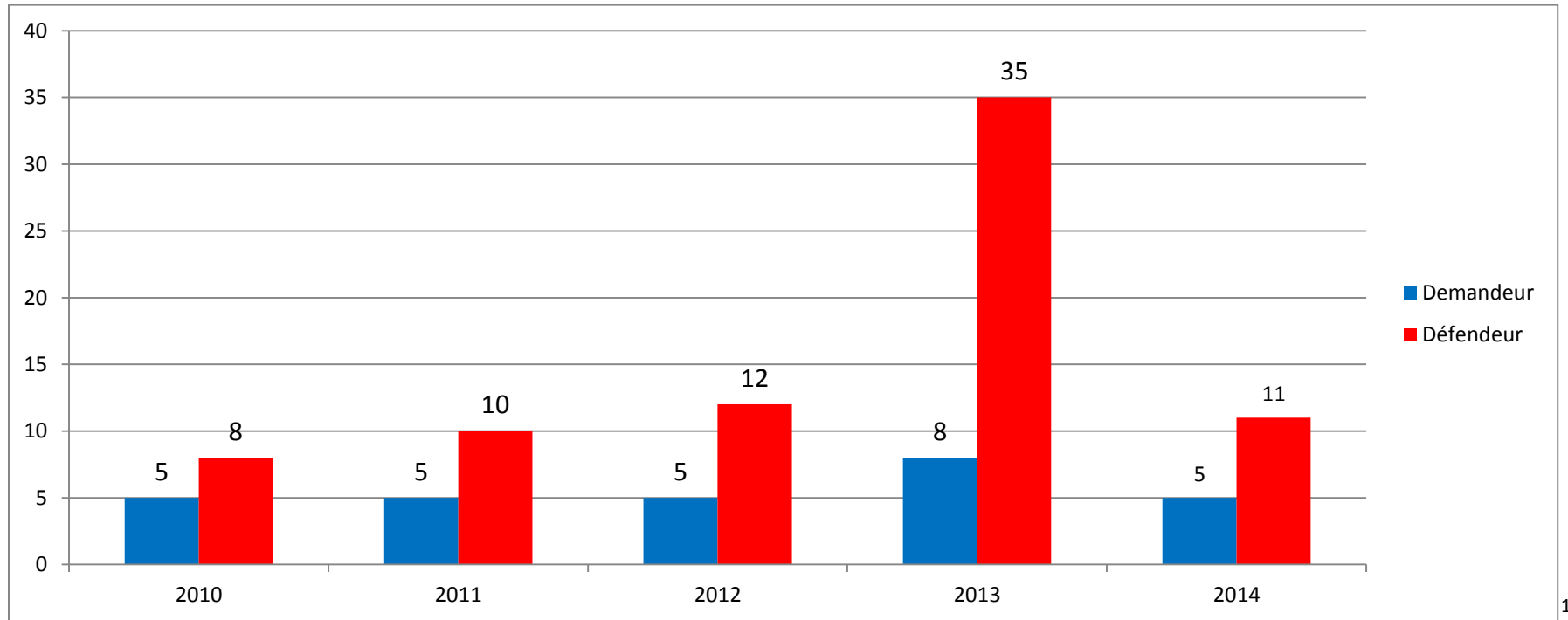
C'est cette absence de veille juridique, l'inadaptation des structures juridiques à la prise en charge des procédures arbitrales qui font que celles-ci se révèlent apparemment difficiles.

Le tableau suivant est significatif sur l'évolution des procédures arbitrales ne serait-ce qu'auprès de la CCI en l'espace de 05 années, de 2010 à 2014.

L'augmentation des procédures arbitrales a-t-elle été suivie sur le terrain par une organisation adaptée ?

Si l'expertise n'existe pas, si elle est insuffisante, il faudrait la créer, la former, l'entretenir et l'encourager.

Nombre d'affaires de l'Algérie enregistrées à la CCI 2010-2013



¹ Bulletin de statistique de la CCI pour les années 2010, 2011, 2012 et 2013 et 2014

Modifications du code des marchés publics entre 2010 et 2015

Deux codes en l'espace de cinq années le premier ayant été amendé à quatre reprises

Référence et date	Objet	Numéro du journal officiel
Décret présidentiel 10-236 du 07 .10. 2010	Portant réglementation des marchés publics.	N° 58 07 octobre 2010
Décret présidentiel 11-98 du 1 ^{er} .03. 2011	Modifiant et complétant le décret présidentiel 10-236 portant réglementation des marchés publics.	N° 14 06 mars 2011
Décret présidentiel 11-222 du 16 .06. 2011	Modifiant et complétant le décret présidentiel 10-236 portant réglementation des marchés publics.	N° 34 19 juin 2011
Décret présidentiel 12-23 du 18 .01. 2012	Modifiant et complétant le décret présidentiel 10-236 portant réglementation des marchés publics.	N° 04 26 janvier 2012
Décret présidentiel 13-03 du 13 .01. 2013	Modifiant et complétant le décret présidentiel 10-236 portant réglementation des marchés publics.	N° 02 13 janvier 2013
Décret présidentiel 15-247 du 16 .09. 2015	Portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public.	N° 50 20 septembre 2015

