

Les orfèvres de la procédure arbitrale transnationale et leurs joyaux

Marie-Claude RIGAUD*

Résumé

La communauté internationale œuvrant dans la sphère arbitrale, à force de se courtiser, semble avoir consacré un ensemble de règles procédurales communes. Il y a quelques années, la question de l'existence d'une procédure arbitrale transnationale se posait encore comme une hypothèse farfelue, s'insérant dans tout l'enthousiasme que suscitaient alors les discussions entourant l'existence de la *lex mercatoria*. Aujourd'hui, un nombre grandissant d'auteurs en reconnaissent tout le sérieux et la validité.

Il existe fort peu de *fora* aussi révélateurs que celui de l'arbitrage commercial international pour procéder à la vérification et à l'étude de l'existence d'une procédure arbitrale transnationale. Dans

Abstract

Through courtship, the international arbitration community seems to have embraced a set of common procedural rules. Some years ago, while discussions about *lex mercatoria* elicited enthusiasm, the existence of a transnational arbitral procedure was considered by many as a frivolous hypothesis. Today, a growing number of authors accept the seriousness and validity of such a proposition.

Very few *fora* are as revealing as international commercial arbitration when it comes to attesting the existence of a transnational arbitral procedure. In no other arena is party autonomy coupled in the same manner and with such intensity with broad, albeit non binding, arbitral discretion. In this article, autonomy and discretion are presented as the gold-

* L'auteure est avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Elle est aussi professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteure tient à remercier Monsieur Anaël Tchoufian pour son aide, fort appréciée, à titre d'assistant de recherche.

aucune autre arène l'autonomie des parties n'est-elle jumelée de la même manière, et avec une pareille intensité, à une discrétion arbitrale, certes supplé- tive, mais tout aussi vaste. Dans cet article, les notions d'autonomie et de dis- crétion seront présentées comme les orfèvres d'une procédure arbitrale à l'écoute des besoins de ses utilisateurs (Partie I). Par le prisme d'exemples concrets, permettant de confirmer le dynamisme du phénomène, certains de ses bijoux seront scrutés, ainsi que le rôle de la Chine dans le processus de transna- tionalisation de la procédure arbitrale (Partie II).

smiths of a transnational arbitral proced- ure that is sensitive to users' needs and expectations (Part I). Concrete examples that confirm the dynamism infusing the concept of transnational arbitral proced- ure are examined, along with China's participation in the transnationalisation process (Part II).

Plan de l'article

Introduction	689
I. Les orfèvres de la transnationalisation de la procédure	693
A. L'autonomie donnée aux parties	693
B. La discrétion octroyée aux arbitres	700
1. Processus de droit comparé	702
2. Apports d'associations savantes/professionnelles.....	702
II. Deux joyaux de la procédure arbitrale transnationale	704
A. Indépendance et impartialité.....	704
B. Préparation préalable des témoins	707
C. La participation de la Chine au processus de transnationalisation	709
Conclusion	714

Si permission nous était donnée d'observer à Paris, Bakou ou Miami un arbitrage du début à sa fin, on constaterait que plusieurs des étapes qui le ponctuent se ressemblent à tel point qu'il est parfois peu aisé de savoir où l'on se trouve à un moment quelconque. La communauté internationale, à force de se courtiser, semble avoir consacré, dans la sphère arbitrale, une diaspora de règles procédurales communes. Il existe en effet aujourd'hui certains phénomènes procéduraux, que nous appellerons tour à tour, règles, normes, usages, pratiques, nous permettant de postuler l'existence d'une procédure arbitrale transnationale. Le débat entourant la question de savoir s'il est aujourd'hui loisible de parler d'une telle procédure perdure depuis quelques temps. Il y a quelques années, la question se posait encore comme une hypothèse, perçue par certains comme étant farfelue, s'insérant dans toute la frénésie que suscita la thèse de l'existence de la *lex mercatoria*. Aujourd'hui, un nombre grandissant d'auteurs reconnaissent tout le sérieux de la thèse¹. Ces derniers parlent tour à tour d'une

¹ Voir, par exemple : Axel BAUM, « Reconciling anglo-saxon and civil law procedure : the path to a procedural lex arbitrationis », dans *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st. Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Cologne, Heymanns, 2001, p. 21, à la page 30 ; Karl Heinz BÖCKSTIEGEL, « Perspectives of Future Development in International Arbitration », dans Lawrence NEWMAN et Richard HILL (dir.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, New York, Juris Publishing, 2004, p. 495, à la page 507 ; Gary B. BORN, « International Efforts at Harmonization of Arbitration Statutes and Rules », dans *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*, The Hague, Kluwer, 2001, p. 45, à la page 47 ; Jack J. COE, « Pre-Hearing Techniques to promote speed and cost effectiveness: some thoughts concerning arbitral process design », (2002) 17 *Int'l Arb. Rep.* 22 ; Siegfried H. ELSING et John M. TOWNSEND, « Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration », (2002) 18 *Arb. Int'l.* 59 ; Paul D. FRIEDLAND, « A Standard Procedure for Presenting Evidence in International Arbitration », (1996) *Mealey's Int'l Arb. Rev.* 133 ; Lee M. FINKEL et Robert F. OBERSTEIN, « Ten Commandments of Arbitration », (2000) 5 *ADR Currents* 19 ; Emmanuel GAILLARD et John SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 1999 ; Emmanuel GAILLARD, « Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », (1995) *J.D.I.* 5 ; Fabien GÉLINAS, « Arbitration and the Challenge of Globalization », (2000) 17 *J. of Int'l Arb.* 117 ; Dominique HASCHER, « Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international », (1999) 279 *R.C.A.D.I.* 51 ; Elena. V. HELMER, « International Commercial Arbitration : Americanized, Civilized or Harmonized? », (2003) *Ohio St. J. of Disp. Res.* 35-67 ; Michael F. HOELLERING, « Interaction of Arbitration Institutions and its Members in Promoting and Effective world-wide system of international Commercial Arbitration », dans *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century (Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21 Jahrhundert)*,

convergence², d'une harmonisation³ ou d'une certaine standardisation⁴ dans le domaine de la procédure arbitrale. Du côté des plus optimistes, on

Libert Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, Cologne, Heymanns, 2001, p. 299, à la page 304; Howard. M. HOLTZMANN et Giorgio BERNINI, «Comparative Arbitration Practice», dans Pieter SANDERS (éd.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Deventer/Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987; Martin J. HUNTER, «Modern Trends in the Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration», (1992) 3 *Am. Rev. Int'l. Arb.* 204; Catherine KESSEDJAN, «La modélisation procédurale», dans Eric LOQUIN et Catherine KESSEDJAN (dir.), *La mondialisation du Droit*, Paris, Litec, 2000, p. 237; Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, «International Commercial Arbitration: Globalization of Arbitral Procedure», (2003) 36 *Vand. J. Trans. L.* 1313-1333; Eric LOQUIN, «Une synthèse attendue du droit de l'arbitrage commercial international: le traité de l'arbitrage commercial international de Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman», (1996) 4 *J.D.I.* 909; Julian D. M. LEW et Lawrence SHORE, «Harmonizing Cultural Differences in International Commercial Arbitration», (1999) 54 *Disp. Res. J.* 32; Andreas F. LOWENFELD, «The two-way mirror: international arbitration as comparative procedure», (1995) *Mich. Y. B. Int'l Studies* 163; Arthur MARRIOTT, «Pros and Cons of More Detailed Arbitration Proceedings, The Law applicable to international arbitration», dans *International Council for Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 65, à la page 72; Fali S. NARIMAN, «East meets West: Tradition, Globalization and the Future of Arbitration», (2004) 20 *Arb. Int'l.* 123-137; William W. PARK, «Procedural Evolution in Business Arbitration: Three Studies in Change», dans *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, Oxford University Press, 2006, p. 6; William W. PARK, «The 2002 Freshfields Lecture-Arbitration Protean Nature: The value of rules and the risks of discretion», (2003) 19 *Arb. Int'l.* 279-301; Alan S. RAU et Edward F. SHERMAN, «Tradition and Innovation in International Arbitration Procedure», (1995) 30 *Tex. Int'l L. J.* 89; John UFF, «The 1994 Bill Tompkins Memorial Lecture», (1995) 61 *Arbitration* 18; Lucy REED et Jonathan SUTCLIFFE, «The Americanization of International Arbitration», (2001) 16-1 *Int'l Arb. Rep.* 37; Pieter SANDERS, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, The Hague, Kluwer Law International, 1999; Hans SMIT, «Substance and procedure in international arbitration: The development of a new legal order», (1991) 65 *Tul. L. Rev.* 1309; Christopher STAUGHTON, «Common Law and Civil Law Procedures: Which is more inquisitorial? A Common Lawyer's response», (1989) 5 *Arb. Int'l* 352; Albert Jan VAN DEN BERG, «Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration», dans *International for commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law, 1996; Nathalie VOSER, «Harmonization by Promulgating Rules of Best International Practice in International Arbitration», (May/June 2005) *Schieds VZ, Zeitschrift fur Schiedsverfahren, German arbitration Journal* 113; J. Gillis WETTER, «The internationalization of international arbitration: looking ahead to the next ten years», (1995) 11 *Arb. Int'l* 117.

² Voir : D. HASCHER, préc., note 1.

³ Christian BÜHRING-UHLE, Lars KIRCHHOFF et Gabrielle SCHERER, *Arbitration and Mediation in International Business*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 72.

⁴ *Id.*

évoque l'émergence d'une *lex mercatoria processualis*, d'une *lex arbitratorum*⁵ ou d'une procédure arbitrale transnationale⁶.

L'arbitrage commercial international, on le sait bien, est le théâtre quotidien de la rencontre de parties provenant d'horizons divers. Il existe fort peu de fora aussi révélateurs pour procéder à la vérification et à l'étude de l'existence d'une procédure transnationale. Dans aucune autre arène l'autonomie des parties⁷, qui permettra à ces dernières de choisir ou d'élaborer des règles de procédure, dans les seules limites de l'ordre public interne et international, n'est-elle jumelée de la même manière et avec une pareille intensité à une discrétion arbitrale, certes supplétive, mais tout aussi vaste.

Ces deux facteurs favorisent⁸, comme nous aurons l'occasion de le constater (Partie I), l'émergence de règles parfois nouvelles et originales, parfois empruntées à un système juridique, puis plus ou moins modifiées, toujours nées d'un syncrétisme juridique nous permettant de poser l'hypothèse de l'existence de règles et de principes procéduraux de nature transnationale. La procédure arbitrale transnationale, dont nous examinerons

⁵ Voir, par exemple: A. BAUM, préc., note 1; K.-H. BÖCKSTIEGEL, préc., note 1; G. B. BORN, préc., note 1; J. J. COE, préc., note 1; S. H. ELSING et J. M. TOWNSEND, préc., note 1; P. D. FRIEDLAND, préc., note 1; L. M. FINKEL et R. F. OBERSTEIN, préc., note 1; E. GAILLARD et J. SAVAGE, préc., note 1; E. GAILLARD, préc., note 1; F. GÉLINAS, préc., note 1; D. HASCHER, préc., note 1; M. F. HOELLERING, préc., note 1; H. M. HOLTZMANN et G. BERNINI, préc., note 1; M. J. HUNTER, préc., note 1; G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 1; C. KESSEDJAN, préc., note 1; J. D. M. LEW et L. SHORE, préc., note 1; E. LOQUIN, préc., note 1; A. MARRIOTT, préc., note 1; F. NARIMAN, préc., note 1; W. W. PARK, préc., note 1; A. S. RAU et E. F. SHERMAN, préc., note 1; L. REED et J. SUTCLIFFE, préc., note 1; P. SANDERS, préc., note 1; H. SMIT, préc., note 1; C. STAUGHTON, préc., note 1; N. VOSER, préc., note 1; G. J. WETTER, préc., note 1.

⁶ Voir: Hilmar RAESCHKE-KESSLER, « The contribution of international arbitration to transnational procedural law », dans Gerald AKSEN et Robert GEORG BRINER (dir.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum Robert Briner*, Paris, ICC Publications, 2005, p. 647.

⁷ C'est d'ailleurs cette autonomie qui « favorise l'émergence de modalités spécifiques à l'arbitrage du commerce international en atténuant les divergences entre les différents systèmes juridiques »: Jean-Jacques ARNALDEZ, Yves DERAÏNS et Dominique HASCHER, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1991-1995*, La Haye, Kluwer, 1997, p. 523.

⁸ Ils ne sont pas les seuls. L'auteure, dans son ouvrage intitulé *La procédure arbitrale transnationale* (à paraître aux Éditions Yvon Blais en 2012) est d'avis que le phénomène de la convergence tel qu'il est vécu d'un point de vue interne et externe au domaine de l'arbitrage, ainsi que le recul de la « loi » comme unique ou principal instrument de réglementation, ont eux aussi contribué à l'émergence d'une procédure arbitrale transnationale.

certaines incarnations (Partie II), a pris forme pour répondre aux besoins et aux attentes des parties pour une plus grande prévisibilité en matière procédurale, jumelée à une certaine flexibilité. L'adoption, par exemple, des *Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international* (ci-après «les Règles de preuve de l'IBA») ⁹ ou des Principes de procédure transnationale élaborés par ALI et UNIDROIT ¹⁰, principes dont l'objectif premier est de s'appliquer aux litiges internationaux devant les tribunaux étatiques, mais aussi aux arbitrages commerciaux internationaux, répond à cet appel. Ces documents témoignent de la nécessité de trouver des solutions qui subliment celles proposées au niveau national, bien qu'elles puissent en adopter certaines caractéristiques, et qui pallient les lacunes et les silences des règlements institutionnels, tout en ralliant les

⁹ Consulter le site de l'IBA à l'adresse suivante : <<http://www.ibanet.org>>. Cette version des règles remplace the *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, en vigueur depuis 1999, qui elles-mêmes remplaçaient the *IBA Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration*, en vigueur depuis 1983.

¹⁰ Disponibles sur le site d'UNIDROIT : <<http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/main.htm>>. Le texte des *Principes* et les commentaires les accompagnant ont été adoptés par l'*American Law Institute* (ALI) en mai 2004 et par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) en avril 2004. D'autres institutions savantes et des institutions d'arbitrage ont aussi adopté des directives ou des règles portant sur différents aspects de la procédure afin de garantir une plus grande prévisibilité aux parties en matière procédurale : voir, par exemple, les *Lignes directrices de l'ICDR à destination des arbitres concernant l'échange d'informations* adoptées en mai 2008 par l'ICDR, disponibles à l'adresse suivante : <<http://www.adr.org/icdr>> ; voir aussi la publication de la Chambre de commerce internationale (ci-après la CCI) intitulée *Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage*, Publication CCI n° 843, aussi disponible en ligne : <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/TimeCost_F.pdf>. Dans la préface dudit document, l'indigence des règlements institutionnels y est explicitement reconnue. Voir aussi la liste des directives, des protocoles et des règles adoptés par le *Chartered Institute of Arbitrators* à l'adresse suivante : <<http://www.ciarb.org/information-and-resources/practice-guidelines-and-protocols/list-of-guidelines-and-protocols/>>. Le regroupement propose, entre autres, des directives sur les mesures provisoires et conservatoires, sur les arbitrages multipartites, sur la rémunération des arbitres, sur les coûts de l'arbitrage, sur les intérêts, sur le recours aux experts et sur les formalités entourant la rédaction d'une sentence.

utilisateurs sous un paravent de prévisibilité¹¹ et de flexibilité¹². Les solutions que proposent ces outils sont elles-mêmes dynamiques. Elles contiennent en effet à subir les influences directes de la pratique qui, par un effet de balancier, appelle les institutions savantes et professionnelles à syntoniser périodiquement les solutions proposées.

I. Les orfèvres de la transnationalisation de la procédure

Deux facteurs en particulier auront permis et favorisé, dans le domaine de la procédure, sa transnationalisation : l'autonomie donnée aux parties et la large discrétion octroyée aux arbitres.

A. L'autonomie donnée aux parties

L'autonomie de la volonté des parties¹³, consacrée comme un de ses principes fondamentaux¹⁴, constitue en effet le maître mot de l'arbitrage

¹¹ Selon certains auteurs, les parties à l'arbitrage souhaitent y voir plus de prévisibilité procédurale : voir, par exemple, les propos de Lawrence W. NEWMAN et David ZALOWSKY, « Cultural Predictability in International Arbitration », (2004) 3 *Baker & Mackenzie International Litigation and Arbitration Newsletter* 5.

¹² Selon d'autres auteurs, la flexibilité de la procédure arbitrale doit être protégée ; voir, par exemple, William W. PARK, « Two faces of progress : fairness and flexibility in arbitral procedure », (2007) 23 *Arb. Int'l.* 499. De l'avis de certains auteurs, le besoin de flexibilité et de prévisibilité doivent être conciliés autrement aux différentes étapes du processus arbitral : voir, par exemple, Howard M. HOLTZMAN, « Balancing the Need for Certainty and Flexibility in International Arbitration Procedures », dans Richard B. LILLICH et Charles Nelson BROWER, *International Arbitration in the 21st Century: Towards Judicialization and Uniformity*, Irvington, New York, Transnational Publishers, 1993, p. 4.

¹³ Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, « Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité », dans Claude REYMOND, Piero BERNARDINI et al., *Liber Amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, p. 153, à la page 155.

¹⁴ Selon Julian D. LEW, dans « Achieving the dream ; autonomous arbitration », (2006) 22 *Arb. Int'l* 179, 180, l'autonomie des parties constitue toujours aujourd'hui la base principale de l'arbitrage : « Party autonomy is still today the principal basis for arbitration. » Voir, dans ce même sens, la résolution de l'Institut de droit international, adoptée à Saint-Jacques de Compostelle en 1989, qui accorde aux parties une « pleine autonomie » pour déterminer les règles et principes de procédure qui peuvent être empruntés à des sources non nationales. Voir : Article 6, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1990, vol. 63, II, p. 219. Dans une sentence de la CCI, Sentence CCI

commercial international¹⁵. En vertu de ce principe, les parties sont entièrement libres de choisir non seulement les règles de droit applicables au fond, mais aussi les règles de la procédure, peu importe leur forme¹⁶.

Cette autonomie est exprimée à trois stades de l'arbitrage, soit lors de la résolution du conflit devant l'arbitre, au stade de l'annulation et enfin à celui de l'exécution de la sentence. Seul le premier étant *stricto sensu* pertinent à notre étude, c'est sur ce dernier que nous nous attarderons.

Au premier stade, cette autonomie est consacrée de manière presque universelle¹⁷, par exemple, avec l'article 19 de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international (ci-après «la Loi-type de la CNUDCI») ¹⁸, qui

n° 1512 du 14 janvier 1970, *Yearbook Co. Arb.*, vol. V, 1980, p. 174, Pierre Lalive va même jusqu'à proposer que la primauté donnée au principe de l'autonomie constituerait en quelque sorte une coutume internationale: «What the defendant fails to appreciate or to take into account, however, – and this is understandable concerning a problem of such complexity – is the existence of an international custom now generally recognized and an expression of which is to be found in international treaties signed by most civilized States including Pakistan and India. According to this custom, international commercial arbitration may be entirely detached or separated from the national laws of the parties: it shall only be governed by the rules of arbitration chosen by the parties or referred to by the parties in their agreement such as the ICC Rules in the present case.» Comme le remarque G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 13, n° 46, p. 161, certains droits plus anciens ou de tradition moins libérale prévoient encore une autonomie plus restreinte, mais ils font figure d'exception. Nul besoin de rappeler bien sûr que le principe d'autonomie de la volonté des parties n'est pas seulement applicable au domaine de l'arbitrage commercial international mais est universellement reconnu comme un des principes majeurs du droit des contrats internationaux. Voir: Mohammed BEDJAOUÏ, «Il était une fois la crue du Nil... Pièges et séductions du droit comparé pour l'arbitre international», dans *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Faculté de droit de Lausanne, 1999, p. 315.

¹⁵ Sigvar JARVIN, «Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel?», (1998) *Rev. arb.* 611-636.

¹⁶ Selon Dominique HASCHER, la théorie de la primauté devant être donnée au principe de l'autonomie, défendue dans la doctrine entre autres par messieurs Lalive, Mayer, von Mehren et Eisemann, va au rebours de la théorie de la *lex fori* qui postule, en ce qui concerne la loi applicable à la procédure, que le choix du siège dicte le choix de la loi du siège comme la loi applicable à la procédure. Voir: D. HASCHER, préc., note 1, 72.

¹⁷ Voir la liste de pays ayant adopté la Loi type de la CNUDCI ou s'en étant inspirée: <<http://www.uncitral.org>>.

¹⁸ *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements adoptés en 2006*, Doc. off. A.G. N.U., 40^e sess., suppl. n° 17, Doc. N.U. A/40/17,

prévoit que : « Sous réserve des dispositions de la présente loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral ». Dans son commentaire explicatif, la CNUDCI reconnaît que :

« La liberté des parties de déterminer les règles de la procédure est particulièrement importante dans les différends internationaux dans la mesure où elle permet aux parties de choisir ou d'adapter ces règles à leurs vœux et à leurs besoins spécifiques, sans être limitées par les concepts nationaux traditionnels et sans encourir le risque de frustration déjà évoqué. »¹⁹

Cet article 19 constitue la *magna carta* de la procédure arbitrale²⁰ et procure une assise solide à la suprématie de l'autonomie des parties dans le contexte de l'arbitrage commercial international. D'autres instruments, comme les lois nationales en matière d'arbitrage, et les règlements institutionnels, en consacrent le statut de valeur phare²¹.

annexe I, Doc. off. A.G. N.U., 61^e sess., suppl. n° 17, Doc. N.U. A/61/17, en ligne : <http://www.cnudci.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>. Il n'existe bien sûr aucune limite temporelle. Les parties peuvent, dans la mesure où les garanties procédurales sont respectées, modifier la procédure arbitrale à tout moment. L'article 19 de la Loi type de la CNUDCI édicte, par exemple, une sorte de droit continu de modifier la procédure.

¹⁹ Le reste du paragraphe se lit comme suit : « Le pouvoir discrétionnaire conféré en sus au tribunal arbitral est également important, en ce qu'il lui permet d'adapter la procédure aux caractéristiques particulières de l'espèce sans être limité par la législation interne traditionnellement applicable, y compris les dispositions nationales régissant l'administration de la preuve. En outre, cette disposition permet de régler les problèmes de procédure qui ne sont pas envisagés dans la convention d'arbitrage ou par la loi type ». Dans le paragraphe suivant, il est dit : « Outre les dispositions générales figurant à l'article 19, un certain nombre de dispositions spéciales, qui reflètent aussi le principe de l'autonomie des parties, confèrent au tribunal arbitral un pouvoir de décision en la matière en l'absence d'accord entre les parties. L'article 20, relatif au lieu de l'arbitrage, et l'article 22, relatif à la langue utilisée dans la procédure arbitrale, en sont des exemples d'une importance pratique particulière en ce qui concerne les litiges internationaux ».

²⁰ Travaux préparatoires de la Loi type : Seventh Secretariat Note-Analytical comments on Draft Text, A/CN.9/264 (25 mars 1985), cités par Howard M. HOLTZMANN et Joseph E. NEUHAUS, *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Deventer/Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 559. Voir aussi : First Secretariat Note-Possible features of Model Law, A/CN.0/207 (14 mai 1981).

²¹ Voir, par exemple, le Règlement d'arbitrage de la CCI, qui prévoit que les parties pourront, entre autres, choisir le nombre d'arbitres, le droit applicable au fond, les règles applicables à la procédure, le lieu de l'arbitrage et la langue.

Or, comment cette autonomie permet-elle l'émergence de règles de procédure transnationale²²? Pour y répondre, il nous faut examiner de plus près si les parties, dans les faits, ont recours à cette autonomie et, le cas échéant, comment cette dernière est utilisée.

Quand les parties décident d'user de l'autonomie qui leur est donnée, celle-ci peut s'exprimer de deux manières. En premier lieu, les parties peuvent convenir d'arrêter les règles de procédure en les rédigeant de toutes pièces, ou en s'inspirant, entre autres, de règlements institutionnels. Ces règles pourront être incluses au sein de la clause d'arbitrage, ce qui est très rare²³, ou dans une entente écrite ou orale survenue après la naissance du conflit, ce qui semble aussi fort peu fréquent. Ce constat suscite l'étonnement: n'est-il pas surprenant que l'autonomie dont jouissent pleinement les parties ne soit pas exploitée, cette dernière étant habituellement perçue comme un privilège, une valeur ajoutée, un avantage dont on ne saurait se priver? La pratique nous révèle pourtant l'indigence des ententes contractuelles en matière de procédure arbitrale, constatation qui demeure mal expliquée²⁴. On évoque parfois l'impasse dans les négociations, le caractère irréconciliable des approches proposées par l'une et l'autre des parties, la volonté des parties de conclure à tout prix une entente sur les questions commerciales qui les concernent sans pour ce faire, vouloir s'engager dans des détails procéduraux, voire peut-être même un oubli des parties, comme autant de facteurs pouvant expliquer cette réalité. Bien qu'il puisse être regrettable que les parties ne fassent pas davantage usage de cette liberté d'arrêter les règles de procédure, liberté qui leur est pour-

²² Bien que nous postulons l'existence d'une procédure arbitrale transnationale, loin sommes-nous d'affirmer que cette dernière soit applicable à tous les aspects de l'instance arbitrale, et qu'elle soit applicable à toutes les causes, une sorte de *one size fits all*.

²³ Voir, par exemple, G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 1, 1316.

²⁴ Pierre GABRIEL, « Chemins du droit et droit chemin. Libres propos sur l'arbitrage commercial international », dans *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum Robert Briner*, Paris, ICC Publishing, 2005, p. 299; voir aussi: Jean B. RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international. II. L'arbitrage. Deuxième Séance », (2005) *Rev. arb.* 305, 322.

tant « solennellement et expressément »²⁵ reconnue, la pratique semble confirmer qu'il s'agit là d'une réalité difficile à contrer²⁶.

En second lieu, les parties pourront préférer, comme cela est plus souvent le cas, faire référence à un règlement ou à une loi d'arbitrage²⁷ proposant un modèle procédural spécifique et octroyant aux arbitres le pouvoir de déterminer les questions qui n'y sont pas abordées. Les parties semblent y trouver une formule testée et approuvée par la force du temps et de l'expérience, leur offrant un minimum de sécurité quant au caractère exécutoire de la sentence qui sera rendue, tout en leur garantissant une certaine flexibilité.

Or, ces mêmes règlements institutionnels sont, comme nous aurons l'occasion de le constater, fort peu détaillés et se limitent à proposer un cadre procédural au sein duquel les parties peuvent opérer afin de permettre le bon déroulement de leur arbitrage. De nombreuses questions n'y sont pas abordées²⁸. Ces règlements contiennent des dispositions sur la

²⁵ Guy Horsmans poursuit en disant : « Si l'on veut réellement alléger la procédure et la rendre rapide et efficace en faveur des parties, il faut faire preuve d'attention et d'imagination et songer, dans chaque cas, aux modalités précises et concrètes qui permettront la meilleure instruction possible du litige. Il s'agit surtout d'arrêter les modes de preuve appropriés à propos desquels les parties et les arbitres font rarement preuve d'originalité, de préciser l'importance et la quantité des communications de dossiers et d'éviter les dispersions tant au niveau des faits qu'au niveau du droit pour concentrer, sur l'essentiel, les contestations et les débats. Sauf décision contraire des parties, les arbitres doivent, à cette fin, exercer le rôle du juge de la mise en état en s'efforçant d'amener les parties à des accords sur le choix des pièces, la détermination des points litigieux, les modes de preuve, etc. Il est temps, en tout cas, de prendre conscience de la qualité de l'arbitrage et la vérité de l'œuvre de justice ne se mesurent ni au volume des dossiers, ni à la quantité des écrits et des notes ni à la longueur des plaidoiries. » (Références omises.) Guy HORSMANS, « Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage », (1992) *Rev. arb.* 31.

²⁶ Gabrielle Kaufmann-Kohler remarque aussi, pour sa part, que dans les cas où les parties y ont recours, les solutions qu'elles adoptent surprennent par leur manque d'originalité, comme si souvent, le cordon ombilical qui les rattache à un système judiciaire donné n'avait pas été coupé. G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 1, 1316.

²⁷ « Les parties peuvent aussi choisir de combiner des principes appartenant à diverses lois étatiques, suivant toutes les formes de dépeçage ou de cumul concevables. » Antoine KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international, le droit français en question*, Paris, l'Harmattan, 2006, p. 236.

²⁸ Les institutions elles-mêmes admettent que leurs règlements se limitent à offrir un cadre procédural pour le déroulement d'un arbitrage. Voir, par exemple, la préface des *Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage*, préc., note 10 : « L'une

façon dont l'arbitrage sera initié, les arbitres nommés et les coûts et les frais de procédure calculés ainsi que sur les motifs et la méthode de récusation des arbitres et certaines formalités entourant la sentence arbitrale, mais rien de plus. La manière exacte selon laquelle l'arbitrage se déroulera est donc laissée à l'entière discrétion des parties²⁹, et dans leur silence, à celles des arbitres. Il suffit par exemple de penser aux questions intéressant la présentation et l'administration de la preuve écrite et testimoniale, les questions touchant à la confidentialité, au fardeau de la preuve, à la préparation préalable des témoins. Ce sont ces vides et ces silences qui permettent ou obligent le développement d'une procédure arbitrale transnationale. Quand l'*International Bar Association* (ci-après « IBA »), par exemple, décide d'adopter (et de revoir périodiquement) des règles de preuve, c'est avant tout pour combler un manque en la matière et, ce faisant, pour assurer une plus grande prévisibilité aux parties³⁰. La préface de la version 2010 le prévoit d'ailleurs :

« L'IBA a établi les présentes Règles en vue de fournir aux parties et aux arbitres un moyen d'assurer une procédure efficace, économique et équitable pour l'administration de la preuve dans l'arbitrage international. Les Règles prévoient des mécanismes pour la production de documents, la présentation de témoins de faits et de témoins experts, la réalisation d'inspections ainsi

des caractéristiques significatives de l'arbitrage en tant que mécanisme conçu pour résoudre les différends est que les règlements d'arbitrage donnent un cadre à la procédure d'arbitrage mais rarement des dispositions détaillées quant à la conduite de l'arbitrage. Ainsi, les règlements d'arbitrage ne précisent pas toujours s'il devrait y avoir un ou plusieurs échanges de mémoires. Ils ne contiennent pas de dispositions détaillées concernant la production de documents. Ils ne précisent pas davantage comment les audiences doivent se dérouler ni, le cas échéant, comment les témoins seront entendus. Cette caractéristique fondamentale de l'arbitrage permet donc d'adopter des dispositions spécifiques, sur mesure, adaptées à chaque différend ainsi qu'aux traditions juridiques des parties et des arbitres. En vue de déterminer les procédures les plus appropriées à un arbitrage donné, il est utile et efficace pour les parties et le tribunal arbitral de prendre, aussitôt que possible, des décisions réfléchies sur les mesures les mieux adaptées au différend en cause. A l'occasion de ces décisions, il leur sera alors possible de façonner la procédure arbitrale afin que sa durée et son coût soient proportionnés aux enjeux de l'affaire et appropriés aux prétentions et points en litige ».

²⁹ Est-ce là un mauvais sort ou une bénédiction ? Cette question est au centre d'un débat dont nous n'aurons pas l'occasion d'examiner les tenants et aboutissants dans le contexte du présent article. À ce sujet, voir, entre autres, les propos de W. W. PARK, « The 2002 Freshfields Lecture – Arbitration Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion », préc., note 1, 279-301.

³⁰ Voir, à ce sujet, les propos de L.W. Newman et D. Zalowsky, préc., note 11.

que la tenue des audiences sur la preuve. Les Règles peuvent être adoptées ou appliquées en conjonction avec un règlement d'arbitrage institutionnel, *ad hoc*, ou avec d'autres règlements ou procédures pouvant être applicables dans le cadre d'arbitrages internationaux. Les Règles IBA sur la preuve reflètent les procédures en vigueur dans de nombreux systèmes juridiques et elles peuvent donc se révéler d'une utilité toute particulière en présence de parties de traditions juridiques différentes.»³¹

Ces dernières pourront donc avoir recours à de tels instruments et, dans les cas où elles ne le feront pas explicitement, permettre aux arbitres d'y avoir recours, soit à titre obligatoire, soit à titre purement consultatif, pour trancher les questions procédurales qui se présenteront à eux.

C'est donc, d'une part, l'absence de règles spécifiques dans les règlements institutionnels, jumelée au besoin d'accéder à des solutions qui puissent répondre aux besoins d'une communauté d'utilisateurs véritablement internationale et, d'autre part, la large autonomie et discrétion dont jouissent parties et arbitres qui auraient encouragé certains auteurs à parler tour à tour de l'émergence de règles de procédure arbitrale transnationale³².

³¹ Voir : <<http://www.ibanet.org>>.

³² Certains auteurs ont même prétendu que ces pratiques, règles et principes forment un tout qu'il est loisible de baptiser *soft law* de la procédure, qui ne prétend pas s'appliquer à titre obligatoire, comme le feraient les dispositions d'une loi ou même d'un règlement institutionnel auxquelles les parties auraient choisi de faire référence. Le concept de *soft law* anglais se traduirait selon François Rigaux par celui de droit assourdi, terme qui serait apparu dans la littérature du droit international depuis la fin des années 60. Le concept aurait été originellement conçu par Lord McNair pour désigner le droit en forme de propositions ou principes abstraits en opposition à *hard law* qui est le droit concret, vécu ou opératoire, issu de l'épreuve judiciaire. Voir : Georges ABI-SAAB, «Éloge du droit assourdi-Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain», dans *Nouveaux Itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 60. Selon Georges Abi-Saab, il faut éviter un écueil réductionniste dans la définition de ce que constitue le droit, car juridicité ne signifie pas nécessairement obligatoiriété et pertinence ou effet juridique ne se réduit pas seulement à effet obligatoire. Qu'en est-il des règles en formation? Selon l'auteur : « Ces dernières soulèvent une question épistémologique relevant de la sociologie de la connaissance : quels sont l'objet et le champ légitimes de l'investigation juridique? Est-ce seulement prendre acte du droit une fois qu'il a atteint sa pleine maturité, pour l'interpréter en l'état, c'est-à-dire comme une donnée statique; ou plutôt appréhender le phénomène juridique dans sa globalité, dès sa conception, à travers ses différentes phases vers la maturité, et dans ses transformations ultérieures aussi bien que dans ces différentes variétés, qu'elles soient justiciables ou non justiciables? Et comment peut-

B. La discrétion octroyée aux arbitres

Dans les cas où les parties n'auront pas, pour un ou plusieurs des motifs déjà invoqués, usé de l'autonomie dont elles jouissent en matière de procédure, il reviendra aux arbitres de trancher, en vertu de la large discrétion qui leur est octroyée par la grande majorité des lois et des règlements applicables au domaine, les questions procédurales qui se présenteront à eux³³. L'usage fait par les arbitres de cette discrétion a lui aussi encouragé l'émergence d'une procédure arbitrale transnationale.

La très grande majorité (sinon la presque totalité) des droits accorde aux arbitres le pouvoir presque total de régler la procédure³⁴. La Loi type

on comprendre complètement l'édifice juridique fini sans prendre en considération les différentes pierres de construction et les différentes phases de sa formation qui constituent son parcours et ses origines « génétiques », quel que soit le nom qu'on leur donne : soft law, hard law, lex lata, lex ferenda ? [...] Les phases intermédiaires et les briques ou pierres de construction produisent des effets juridiques immédiats bien que de manière indirecte ou par ricochet [...]. » (*Id.*, p. 63).

³³ Avant de trancher et de rendre une ordonnance procédurale, l'arbitre pourrait aussi tenter de convaincre les parties de s'entendre sur les questions procédurales soulevées durant l'arbitrage.

³⁴ Pierre MAYER, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure : une analyse comparative des systèmes de civil law et de common law », (1995) *Rev. arb.* 163, 164. Certains auteurs, dont Lord Mustill, sont d'avis que cette large discrétion est parfois porteuse de dangers pour l'arbitre comme celui, réel, de penser que la culture juridique dont il provient est nécessairement la meilleure : « Perhaps, it is simply that those who have spent a working lifetime achieving success in operating within one procedural structure may through habits of mind be unreceptive to a suggestion that another would be better. Cultural preconceptions are also relevant. From childhood, intellectually able people are immersed in ways of approaching problems which are locally regarded, not only as more effective, but also as being, in a subtle sense, « better ». The rejection of an idea seems invariably to promote the opposite. Thus, for example, it can seem that on occasion transnational law is preferred to domestic law as a source of norms, simply because it is not domestic law, and not necessarily because of its intrinsic merits. Again, one cannot fail to be struck by the almost moral fervour which imbues some contemporary debate about what is, after all, the niche activity of resolving certain types of large complex cross-border mercantile disagreements. A special kind of forensic chauvinism can obscure the true lines of the debate. Adapting the words of a great philosopher, the contesting theorists raise a cloud of dust and then complain that they cannot see through it. Antithetical assumptions lead to antithetical opinions, and thence, when the opinions each prove unsustainable without trimming, are followed by attempts to sustain them nonetheless, rather than simply repair the ship plank by plank whilst it is at sea. » Lord Justice Michael MUSTILL, « Is it a bird... ? », dans *Liber*

de la CNUDCI, ainsi que la majorité des règlements institutionnels en font de même, garantissant un niveau de discrétion similaire. Alors que certains d'entre eux le reconnaissent de manière expresse³⁵, les autres le consacrent par leur silence. L'arbitre à qui revient la responsabilité de déterminer les règles de procédure applicables ne sera aucunement obligé d'adopter un modèle procédural quelconque, encore moins un modèle procédural judiciaire³⁶.

Quand ils sont appelés à user de cette discrétion, les arbitres du commerce international semblent privilégier deux sources dans la quête de solutions procédurales : (i) les aboutissants d'un processus de droit comparé et (ii) les apports de la pratique tels qu'ils sont parfois répertoriés par les institutions savantes. Comme nous l'avons indiqué en introduction, la procédure arbitrale transnationale naît de l'émergence de règles parfois nouvelles et originales, parfois empruntées d'un système juridique qui, bien que parfois modifiées, ont toujours été issues d'un syncrétisme juridique permettant l'éviction des particularismes locaux³⁷.

Amicorum Claude Reymond, Autour de l'Arbitrage, Paris, Litec, 2004, p. 205-218, à la page 217.

³⁵ Voir, par exemple, l'article 1509 du Code de procédure civile français qui prévoit : « Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à des règles de procédure. » Le Code de procédure civile du Québec prévoit pour sa part à son article 944.1 que « [s]ous réserve des dispositions du présent titre, les arbitres procèdent à l'arbitrage suivant la procédure qu'ils déterminent ».

³⁶ Dans une ordonnance rendue dans le contexte d'un arbitrage CCI, le tribunal arbitral s'exprimait de la sorte à ce sujet : « It stands to reason that many provisions in many national Code of Civil Procedure have been enacted for the sole purpose of judicial proceedings before State Courts and cannot therefore be transposed to the different domain of international arbitration, which has a specific character and different requirements, including that of flexibility » (Ordonnance de la CCI 5699 en juillet 1987, citée dans D. HASCHER, préc., note 1, 77). Il est intéressant de noter que jusqu'en 1975, le règlement de la CCI exigeait que la loi nationale d'un pays donné soit appliquée pour régler les questions de procédure dans les cas où les parties n'avaient rien prévu à cet effet. En 1975, le règlement fut changé prévoyant que l'arbitre, face au silence des parties sur la question de la procédure applicable, est libre d'établir cette dernière sans pour autant être contraint de faire référence à une loi nationale quelconque. La Loi type de la CNUDCI, ainsi que la grande majorité des lois nationales et des règlements institutionnels garantissent aujourd'hui un niveau de discrétion similaire.

³⁷ Emmanuel GAILLARD, « Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international », (2005) 2 *Rev. arb.* 375, 385.

1. Processus de droit comparé

De par sa nature internationale, la pratique arbitrale permet la création de solutions transnationales dès lors que les arbitres s'engagent dans un processus de droit comparé des différents systèmes processuels nationaux, et ce, de manière à dégager des convergences et à trouver des solutions répondant aux attentes et aux besoins des parties³⁸. Selon Emmanuel Gaillard, grand défenseur de la notion des règles transnationales et derrière qui nous nous rangeons entièrement sur cette question, la méthode de droit comparé adoptée par certains arbitres est apte à sécréter des règles détaillées, susceptibles de revêtir tous les degrés d'impérativité et dont la prévisibilité est égale, voire supérieure, à celle qui résulterait d'une approche conflictuelle classique³⁹. Selon lui, « [s]on utilisation accrue par les arbitres du commerce international, non seulement est de nature à assurer au mieux le respect de l'attente légitime des parties, mais elle est, selon nous, en pleine harmonie avec la vocation de ceux-ci d'être les juges naturels de la société internationale. »⁴⁰.

L'arbitre, soucieux de voir sa sentence revêtir l'autorité juridique et morale nécessaire, tentera dans la mesure du possible, d'une part, de faire abstraction de sa propre appartenance à une tradition juridique donnée et, d'autre part, de prendre connaissance de celle à laquelle les parties se rapportent. Ceci lui permettra de procéder à une synthèse correspondant à leurs attentes légitimes, entre autres, à l'égard des différents modes de preuve. Pour ce faire, l'arbitre international devra avoir un minimum de connaissances en ce qui a trait aux différences fondamentales qui prévalent entre les grandes familles de droit. En somme, il devra posséder une certaine culture comparative lui permettant de procéder à ce véritable exercice de synthèse.

2. Apports d'associations savantes/professionnelles

Les arbitres pourront aussi avoir recours aux solutions proposées dans des instruments adoptés par diverses associations savantes et professionnelles, telles l'IBA, ALI (*American Law Institute*), UNIDROIT et la CNU-

³⁸ G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 1, 1316.

³⁹ E. GAILLARD, préc., note 37, 379.

⁴⁰ *Id.*

DCI⁴¹, dont il a déjà été question. Ainsi, les arbitres ont-ils de moins en moins besoin d'innover en matière procédurale et peuvent se référer à titre consultatif, supplétif, ou obligatoire (si les parties l'ont prévu), à ces documents savants ou professionnels qui proposent, chacun à leur manière, des solutions précises aux questions procédurales. L'émergence d'une *soft law* en matière procédurale, véritable reflet des tenants et aboutissants de la pratique, offre en effet aux arbitres un éventail de solutions aux nombreuses questions susceptibles d'être soulevées.

Même dans les cas où les parties n'auront pas prévu que les arbitres peuvent ou doivent avoir recours à ces instruments, un nombre grandissant d'arbitres sont d'avis qu'ils constituent un corps de modalités implicites⁴², un ensemble de règles, principes et usages procéduraux qui seront appelés à s'appliquer parce qu'ils sont le miroir de la réalité sur le terrain de l'arbitrage. Ces instruments auraient une certaine autorité morale sur les choix qu'exerceront les arbitres.

Dans les deux cas, que ce soit par un exercice de droit comparé permettant à une règle de procédure transnationale d'être révélée ou confirmée au fil de la jurisprudence arbitrale, ou par le recours des arbitres aux règles de la *soft law* procédurale évoquées ci-dessus, ces derniers participent donc

⁴¹ En 2010, la CNUDCI a présenté une version révisée de son règlement d'arbitrage, disponible en ligne : <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-f.pdf>>.

Il est intéressant de noter les propos contenus dans la Résolution adoptée par l'Assemblée générale [sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/65/465)] : « *Notant* que le Règlement d'arbitrage est considéré comme un texte très réussi et qu'il est appliqué dans des situations très diverses recouvrant une grande variété de litiges partout dans le monde, par exemple les litiges entre parties privées commerciales, les litiges entre investisseurs et États, les litiges entre États et les litiges commerciaux soumis à des organismes d'arbitrage, *Reconnaissant* la nécessité de réviser le Règlement d'arbitrage pour suivre les pratiques actuelles du commerce international et tenir compte des changements survenus au cours des trente dernières années dans la pratique de l'arbitrage, *Estimant* que le Règlement d'arbitrage, tel que révisé en 2010 pour tenir compte des pratiques actuelles, renforcera considérablement l'efficacité des arbitrages qu'il régira, *Convaincue* qu'une révision du Règlement d'arbitrage qui soit acceptable pour des pays dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents peut contribuer de façon appréciable au développement de relations économiques internationales harmonieuses et au renforcement continu de l'état de droit ».

⁴² Voir, par exemple : J. Martin HUNTER, « Arbitration procedure in England: past, present and future », (1985) 1 *Arb. Int'l* 82.

pleinement, grâce à la discrétion dont ils disposent, au développement et à la consécration de la procédure arbitrale transnationale.

II. Deux joyaux de la procédure arbitrale transnationale

Ayant fait le constat de l'existence d'une procédure arbitrale transnationale, il nous faut maintenant en examiner quelques incarnations, si ce n'est que pour nous convaincre du rôle important qu'elle joue au sein de l'arène arbitrale internationale. D'esquisses et de gros plans, ce sont surtout de représentations de la procédure transnationale dont il sera ici question, avant de nous tourner, brièvement, sur la question de son avenir et de la participation de la Chine dans ce cheminement.

Les règles entourant les obligations d'indépendance et d'impartialité rattachées au rôle de l'arbitre, ainsi que la question de la préparation préalable des témoins, sont deux exemples révélateurs du dynamisme entourant la notion de procédure arbitrale transnationale. Dans les deux cas, réglementation et pratique sont à l'écoute l'une de l'autre et répondent, par un effet de balancier, aux besoins des parties pour une plus grande prévisibilité.

A. Indépendance et impartialité

La double exigence d'impartialité (caractérisée par l'aptitude du décideur à connaître du litige sans préjugé) et d'indépendance (définie comme l'absence de liens matériels ou intellectuels avec l'une des parties)⁴³ se retrouve dans la plupart des lois nationales et des règlements institutionnels en matière d'arbitrage⁴⁴, consécration ultime de leur reconnaissance

⁴³ Serge GUINCHARD, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 1268-1269.

⁴⁴ La majorité des lois d'arbitrage se limitent en effet à énoncer le critère d'impartialité ou d'indépendance ou les deux, sans apporter aucune autre précision quant au sens précis à donner à ces notions. C'est le cas, par exemple, de la Loi type de la CNUDCI, dont l'article 12(2) prévoit : « Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination ». Pour un exposé intéressant des différentes approches proposées par diverses législations,

au niveau universel. Or, depuis quelques années, d'importantes controverses au niveau de leur interprétation et de leur application *in concreto* ont été soulevées par les utilisateurs de l'arbitrage commercial international. N'étant pas nimbées d'une quelconque unanimité interprétative, plusieurs parties avaient l'impression que ces notions n'étaient parfois pas respectées par les arbitres. C'est le constat que fit parmi d'autres le comité de rédaction des *Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international*⁴⁵ (ci-après « les lignes directrices ») en introduction :

« Même si les lois et les règlements d'arbitrage posent certaines règles à cet égard, leur application manque de précision et d'uniformité. Il est en conséquence fréquent que les membres de la communauté internationale de l'arbitrage appliquent des règles différentes aux révélations, objections et récusations auxquelles ils sont confrontés ».

L'adoption des lignes directrices, approuvées le 22 mai 2004 par le conseil de l'IBA⁴⁶ qui, rappelons-le, est l'un des plus importants regroupements d'avocats de la planète, constitue un exemple révélateur de la réponse donnée par la communauté épistémique des utilisateurs de l'arbi-

voir : OTTO DE WITT WIJNEN, NATHALIE VOSER et NEOMI RAO, « Background information in the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration », (2004) 5 *B. L. I* 441. Le règlement de la CCI, dans sa version en vigueur depuis 1998, parlait uniquement d'indépendance (voir article 7 : « Tout arbitre doit être et demeurer indépendant des parties en cause »). Dans sa version 2012, la CCI a ajouté la notion d'impartialité (voir article 7 : « Tout arbitre doit être et demeurer impartial et indépendant des parties en cause »). Le règlement d'arbitrage de la LCIA mentionne pour sa part les deux critères. (Voir l'article 5.2 qui prévoit : « Tous les arbitres siégeant en vertu du présent Règlement doivent être et demeurer à toute époque impartiaux et indépendants des parties ; et aucun d'eux ne doit agir dans l'arbitrage comme avocat d'une partie. Nul arbitre ne doit conseiller une partie, avant ou après sa nomination, sur le fond ou sur le résultat du litige »).

⁴⁵ Voir : <<http://www.ibanet.org>>. Il est intéressant de remarquer que le qualificatif « commercial » n'est pas mentionné dans le titre de ces lignes directrices. Le groupe de travail indique, à titre introductif, que ce choix fut délibéré de sa part, en vue de commentaires reçus à l'effet que les lignes directrices devraient aussi être applicables à d'autres types d'arbitrage dont l'arbitrage dans le domaine des investissements (dans la mesure bien sûr où ces derniers ne sont pas considérés comme étant commerciaux).

⁴⁶ Le travail qui entoura la rédaction et l'adoption de ces lignes directrices fut assuré par un groupe de 19 experts provenant de 14 juridictions (il faut le dire principalement occidentales, sauf Singapour, l'Australie et la Nouvelle-Zélande), qui furent nommés par le comité d'arbitrage et d'ADR de l'IBA. Pour plus d'informations concernant leur élaboration, voir : O. de WITT WIJNEN, N. VOSER et N. RAO, préc., note 44.

trage commercial international à l'appel lancé pour une plus grande prévisibilité sur la question. Ces lignes directrices, comme leur nom l'indique, ne prétendent pas s'imposer à titre obligatoire. Elles ont pour seule prétention de présenter des solutions pratiques aux parties et aux arbitres dans un domaine où le manque de précision et la nécessité d'y remédier, sont tout aussi flagrants. Les paragraphes introductifs des dites lignes directrices décrivent de façon très convaincante cette double réalité :

« 1. Les problèmes de conflits d'intérêts se posent de façon de plus en plus aigüe dans l'arbitrage international. Or, les arbitres sont souvent hésitants quant aux faits qu'ils doivent divulguer, et les divulgations peuvent ainsi être différentes d'un arbitre à l'autre dans des circonstances pourtant identiques. Le développement du commerce international, ainsi que l'intensification des relations croisées entre groupes et l'intervention de cabinets d'avocats de plus en plus importants, entraînent des déclarations de plus en plus fréquentes et rendent plus complexe la question des conflits d'intérêts ; les possibilités de récusations instrumentales, destinées à faire obstacle à l'arbitrage ou à s'opposer sans motif valable à une désignation d'arbitre, s'en trouvent ainsi accrues, et la divulgation de circonstances d'importance minime conduit trop souvent à des contestations, voire au retrait ou à la récusation d'un arbitre. 2. Les parties, les arbitres, les institutions d'arbitrage et les juridictions nationales ont ainsi à prendre des décisions complexes quant aux faits qui méritent d'être révélés et aux règles qui sont applicables à ces révélations. Les institutions d'arbitrage et les juges ont aussi à prendre des décisions difficiles lorsque des objections à la désignation d'un arbitre sont soulevées postérieurement à une révélation. Il existe donc une tension entre, d'une part, le droit des parties à un procès équitable et à la révélation des circonstances susceptibles de mettre en cause l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre et, d'autre part, leur droit de désigner l'arbitre de leur choix. »⁴⁷

⁴⁷ Le texte introductif se poursuit en affirmant que : « 4. De l'avis du Groupe de Travail, les présentes Lignes Directrices et les principes exposés dans les Règles Générales expriment les meilleures pratiques actuelles dans l'arbitrage international. Les Lignes Directrices ont été établies sur la base des lois et de la jurisprudence nationales, et tiennent compte de l'avis et de l'expérience de ses membres et praticiens de l'arbitrage commercial international consultés par le Groupe de Travail. Le Groupe de Travail a recherché un équilibre entre les intérêts respectifs des parties, de leurs conseils, des arbitres et des institutions d'arbitrage, qui ont tous la responsabilité d'assurer l'intégrité, la réputation et l'efficacité de l'arbitrage commercial international (...) 6. Les présentes Lignes Directrices n'ont pas de valeur obligatoire et n'ont pas vocation à prévaloir sur les lois nationales éventuellement applicables, ni sur les règlements d'arbitrage choisis par les parties. Le Groupe de Travail espère cependant qu'elles feront l'objet d'un consensus large au sein de la communauté internationale de l'arbitrage,

Le souhait des rédacteurs des lignes directrices était bien sûr de suggérer un standard transnational sur les questions qui touchent aux conflits d'intérêts et, ce faisant, de proposer un supplément aux dispositions générales que sont les articles 12 et 13 de la Loi type de la CNUDCI, portant sur les motifs et la procédure de récusation des arbitres⁴⁸ :

« It is intended that the Guidelines should contribute to uniform, consistent and predictable practice in the international arbitration community, among users, arbitrators and arbitral institutions like the ICC Court of Arbitration and be of use to State courts called upon to decide challenges. »⁴⁹

B. Préparation préalable des témoins

Longtemps, la question de la préparation préalable des témoins se posait entre les conseils de traditions juridiques différentes⁵⁰. Pour les juristes œuvrant au sein de la *common law*, une quelconque interdiction

comme cela fut le cas pour les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international, et qu'elles pourront ainsi faciliter les décisions devant être prises par les parties, les praticiens, les arbitres, les institutions et les tribunaux quant à l'impartialité et à l'indépendance des arbitres, aux déclarations faites par ces derniers, ainsi qu'aux demandes de récusation formées à leur encontre. Le Groupe de Travail espère également que les Lignes Directrices seront appliquées avec bon sens et qu'il n'en sera pas fait une interprétation excessivement ou inutilement formaliste (...) 7. L'IBA et le Groupe de Travail considèrent ces Lignes Directrices comme la première étape d'un processus, et non comme un aboutissement. Les Listes d'Application envisagent un grand nombre de situations différentes qui se rencontrent fréquemment en pratique, mais elles ne peuvent avoir aucun caractère exclusif. Le Groupe de Travail estime cependant que les Listes d'Application fournissent des orientations concrètes plus complètes que celles prodiguées dans les Règles Générales (et certainement que les règles existantes). L'IBA et le Groupe de Travail envisagent de compléter, de réviser et de préciser ces Lignes Directrices à la lumière de l'expérience acquise, et tous commentaires relatifs à leur application sont les bienvenus ».

⁴⁸ Les deux dispositions en question mentionnent le critère d'indépendance et d'impartialité mais ne proposent aucun critère pour en déterminer l'existence dans une situation donnée. Il est intéressant, par ailleurs, que lors de la révision de son règlement d'arbitrage menant à l'adoption de la version applicable à partir de 2012, la CCI n'a pas jugé nécessaire d'élaborer de critères pour définir ou bâlisser les notions d'indépendance et d'impartialité, mais s'est limitée à ajouter le critère d'indépendance à son article 11.

⁴⁹ H. RAESCHKE-KESSLER, préc., note 6, p. 660.

⁵⁰ Voir : HANS VAN HOUTTE, « Counsel-witness relations and professional misconduct in civil law systems », (2003) 19 *Arb. Int'l.* 457.

de procéder à cette étape importante aurait pu se traduire en un manquement sérieux à l'obligation de compétence professionnelle et aux obligations d'ordre déontologique⁵¹. Parallèlement, le fait de participer pour les avocats de tradition civiliste à une telle démarche s'avérait non seulement contraire à la déontologie professionnelle (pouvant mener à une mesure disciplinaire), mais contre-productive parce qu'atrophiant la force probante du témoignage proposé. Très tôt, les utilisateurs de l'arbitrage commercial international ont donc ressenti le besoin de trouver une solution pratique à cette aporie. En effet, dans le silence des parties ou quand celles-ci sont incapables de s'entendre sur cette question, comment un arbitre (ou trois, possiblement de trois horizons juridiques différents) peut-il trancher une telle question au sujet de laquelle des solutions diamétralement opposées sont proposées, sans pour autant, dans la mesure du possible, fragiliser le caractère final de la sentence qu'il sera appelé à rendre? Après avoir examiné et confirmé l'existence d'une pratique émergente sur la question, l'IBA proposa dans son article 4(3) qu'une partie, ses représentants, ses employés, ses conseillers juridiques ou tout autre représentant puissent interviewer un témoin ou un témoin potentiel avant son audition⁵², solution s'inspirant de l'approche de common law.

Bien que la règle proposée par l'IBA n'ait aucune influence, *stricto sensu*, sur la portée des codes d'éthique professionnelle ou des codes adoptés par les diverses associations professionnelles (*bar associations*) qui, comme nous le savons, traitent eux aussi dans certains pays de tradition civiliste, de la question de la préparation préalable des témoins, il est intéressant de constater l'influence qu'aura eu cette règle de procédure arbitrale transnationale sur la réglementation interne. En France par exemple, le Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris semble s'être inspiré de la consécration par l'IBA de cette pratique quand il décida, au cours de sa séance du 26 février 2008⁵³, d'adopter à l'unanimité la résolution suivante :

« Dans le cadre des procédures arbitrales internationales, situées en France ou à l'étranger, il entre dans la mission de l'avocat de mesurer la pertinence et le sérieux des témoignages produits au soutien des prétentions de son client, en s'adaptant aux règles de procédure applicables. Dans cet esprit, la prépara-

⁵¹ D. HASCHER, préc., note 1.

⁵² Le texte original prévoit : « It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witnesses or potential witnesses ».

⁵³ Bulletin du Barreau de Paris, n° 9, 4 mars 2008, p. 45.

tion du témoin par l'avocat avant son audition ne porte pas atteinte aux principes essentiels de la profession d'avocat et s'inscrit dans une pratique communément admise où l'avocat doit pouvoir exercer pleinement son rôle de défenseur.»⁵⁴

Joli coup de balancier entre réglementations interne et pratique, permettant à une règle de procédure transnationale de naître, car reconnue comme étant la plus apte à répondre aux attentes et aux besoins des parties, et qui à son tour a permis l'adoption, au niveau interne, d'une nouvelle règle mieux à même de répondre aux besoins et attentes d'avocats œuvrant en France. Ce qu'il est aussi intéressant de noter et qui témoigne du caractère transnational de la solution retenue provient du fait qu'une telle règle soit aujourd'hui maintenue et adoptée même quand le conflit apparaît entre deux parties d'horizons civilistes ne connaissant pas cette règle⁵⁵. Un tel constat s'avère être la consécration ultime du postulat selon lequel c'est bel et bien la valeur de la solution retenue qui justifie la faveur donnée à la règle de procédure arbitrale transnationale et non la nationalité des utilisateurs ou un quelconque rapport de forces. Les solutions retenues par la procédure arbitrale transnationale se veulent optimales; c'est en effet la valeur de l'institution procédurale entendue au sens large, en d'autres mots son efficacité, qui fait qu'elle s'impose⁵⁶. Pensons, à titre d'exemple, à la *discovery* (certes plus timide dans ses habits arbitraux) qui est maintenant utilisée non seulement dans l'arbitrage commercial international, mais aussi dans l'arbitrage commercial continental⁵⁷.

C. La participation de la Chine au processus de transnationalisation

Dans le cadre de notre sujet et au vu des éléments proposés, il est à tout le moins intéressant de se questionner sur le rôle que pourrait être appelé à jouer, dans le processus de consécration et d'expansion d'une procédure arbitrale transnationale, les parties chinoises, leurs arbitres et

⁵⁴ En Belgique par exemple, un tel type de préparation continue à être interdite, mais on y tolère cette pratique dans le cas d'arbitrages étrangers ou transnationaux. Voir, à ce sujet: H. VAN HOUTTE, préc., note 50.

⁵⁵ H. VAN HOUTTE, préc., note 50.

⁵⁶ Voir, par exemple, sur ce point: Berthold GOLDMAN, « Instance judiciaire et instance arbitrale internationale », dans *Études offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991.

⁵⁷ *Id.*

les institutions arbitrales qui les encadrent. La Chine est, aujourd'hui, un acteur qui compte et qui souhaite compter. Au regard de l'influence grandissante qu'elle exerce sur la scène mondiale, situation confirmée par le nombre d'échanges commerciaux auxquels elle participe, la Chine s'est fort logiquement investie dans l'arbitrage commercial international⁵⁸. Preuve que cet engouement n'est pas fugace, les statistiques de la Chambre de commerce internationale souligne par ailleurs que la Chine fut en 2006, et pour la première fois de son histoire, la nation la plus représentée parmi les parties impliquées dans un arbitrage CCI provenant du Sud ou de l'Est de l'Asie. En 2009, on constatait que l'implication de parties chinoises suivant le même mode de résolution des conflits avait doublé en 10 ans⁵⁹.

Historiquement, la Chine n'est pas un néophyte en matière arbitrale, la justice privée y ayant toujours constitué un phénomène notoire, trouvant notamment sa source dans la philosophie confucéenne valorisant la prééminence de la notion d'harmonie dans les relations interindividuelles⁶⁰. Il faudra cependant attendre le début du 20^e siècle, avec la création d'une commission comparable à une entité arbitrale (*Business Arbitration Office*) en 1912 et de son corps de règles en 1913 (*Working Rules for Business Arbitration Office*) pour constater les prémises de l'arbitrage moderne en Chine. Cette initiative avait pour but la résolution des différends commerciaux devant un organe indépendant et spécialisé, dont les sentences ne liaient les parties qu'avec leurs consentements⁶¹. Créée en 1956 sous le titre de *Foreign Trade Arbitration Commission* (FTAC) par le *China Council for the Promotion of International Trade* (CCPIT), le *China*

⁵⁸ Elle possède à ce titre plus de 170 institutions arbitrales répertoriées. Nadia DARWASEH et Michael J. MOSER, « Arbitration Inside China », dans Michael J. MOSER (dir.), *Managing Business Disputes in Today's China: Duelling with Dragons*, The Hague, Kluwer Law International, 2007, p. 56, à la page 57.

⁵⁹ Voir : Fan KUN, « Prospects of Foreign Arbitration Institutions Administering Arbitration in China », (2011) 28 *J Int Arb* 343, 343

⁶⁰ Nigel N.T LI et Angela Y. LIN, « The Influence of Culture and Traditions on Arbitration Laws in Asia », dans Michael J. MOSER (dir.), *Business Disputes in China*, 2^e éd., Huntington, Juris, 2009, p. 37, à la page 40. Son influence, à travers les enseignements de Confucius, ses traditions et ses normes, a profondément marqué les méthodes ancestrales de solutionnement des litiges, notamment sous la dynastie Han. À cette époque, deux styles parallèles de résolution de conflits se côtoient : l'un basé sous l'égide de personnalités officielles, assimilable à une forme de système judiciaire ; l'autre, exercé par l'entremise de personnalités de la vie civile, à la manière d'une justice privée.

⁶¹ Jingzhou TAO, *Arbitration Law and Practice in China*, 2^e éd., The Hague, Kluwer Law International, 2008, n° 1-2, p. 1.

International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)⁶² n'a jamais cessé son ascension au point d'arriver entre 2000 et 2004 en troisième position des institutions arbitrales derrière l'*American Arbitration Association* (3091) et la Chambre de commerce international (2841) en termes de nombre de litiges internationaux répertoriés en son sein (2448)⁶³. L'année 2005 fut marquée par une réforme visant à moderniser les règles établies en 2000, et ce, afin de les syntoniser aux standards de l'arbitrage international. Un examen systématique de chacune des dispositions du règlement CIETAC serait nécessaire pour répondre à la question complexe de savoir si syntonisation il y a eu. Là n'étant pas notre objectif, le nôtre étant plutôt de présenter un point d'entrée en la matière, nous nous attarderons donc à en observer une représentation.

Sur la question de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre par exemple, on ne peut que se féliciter de l'*aggiornamento* réalisé⁶⁴. Directement inspirée des règles transnationales de procédure, cette rénovation était longuement attendue⁶⁵. Le corps du règlement CIETAC consacre textuellement dans son article 19 que les arbitres doivent traiter les parties de manière équitable et indépendante⁶⁶. L'article 25(1) impose pour sa part aux arbitres de dévoiler par écrit toute circonstance susceptible de lever un

⁶² Jingzhou TAO, « China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules, 2005 », dans Loukas A. MISTELIS (dir.), *Concise International Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2010, p. 513, à la page 517.

⁶³ N. DARWASEH et M. J. MOSER, préc., note 58, p. 58 et 59.

⁶⁴ Selon Michael Moser, il reste encore beaucoup de chemin à faire. Voir: Michael J. MOSER, « The CIETAC Arbitration Rules: Two Steps Forward, Still More to Go », dans Michael J. MOSER (dir.), *Business Disputes in China*, 2^e éd., Huntington, Juris, 2009, p. 161-171.

⁶⁵ Michael J. MOSER et Peter YUEN, « The new CIETAC Arbitration Rules », (2005) 21 *Arb. Int'l.* 395, 395-396.

⁶⁶ « Un arbitre ne représente pas les parties. Il reste indépendant et traite les parties de manière égale ». Voir la version française du règlement sur le site du CIETAC: <<http://www.cietac.org/index.cms>>. Même son de cloche au sein de l'article 29(1), en vertu duquel le tribunal doit agir équitablement, tout en offrant aux parties une opportunité raisonnable de plaider leurs arguments: « À moins qu'il en ait été convenu autrement entre les parties, le tribunal arbitral statue sur le litige de la manière qu'il estime appropriée. En toute circonstance, le tribunal arbitral conduit la procédure de manière équitable et impartiale et offre aux parties de manière raisonnable la possibilité de présenter ses prétentions et argumentations ».

doute raisonnable quant à leur indépendance ou impartialité et d'en informer sans tarder les parties⁶⁷.

Bien que l'indépendance et l'impartialité des arbitres aient été consacrées de manière encore plus décisive dans la version 2005 du règlement CIETAC, d'importantes lacunes appellent à être comblées. D'une part, sur la qualité des membres du CIETAC, anciens officiels du gouvernement dont les liens étroits restent encore trop souvent d'actualité⁶⁸. D'autre part, sur la règle invoquant la nomination de l'arbitre par le CIETAC (article 22(1)) quand les parties sont incapables de nommer le président du tribunal. Or, la pratique semble démontrer et admettre communément que le CIETAC nommera presque toujours un président ayant la nationalité chinoise (à moins que la clause d'arbitrage ne l'interdise spécifiquement), ceci pouvant donner à la partie chinoise un avantage indu, particulièrement quand ce même président dispose d'une influence et d'une aura importantes dans l'institution⁶⁹. Dans le même ordre d'idées, bien que la pratique en Chine démontre que les tribunaux arbitraux ont aussi recours à des experts, il semble que ces derniers soient peu enclins à appuyer cette initiative lorsqu'elle est le fait des parties elles-mêmes, considérant le rapport comme biaisé d'avance⁷⁰. Conséquence de cette opinion, il apparaît que la version 2005 du règlement CIETAC ne garantit pas de manière textuelle la possibilité pour une partie de se prévaloir du rapport d'un expert qu'elle aurait elle-même choisi. Ainsi, certains arbitres du CIETAC se réservent le droit de refuser d'admettre le témoignage de ce

⁶⁷ « L'arbitre désigné par les parties ou par le Président de la CIETAC signe une déclaration et communique à la CIETAC par écrit tous faits ou circonstances qui pourraient entraîner des doutes justifiés sur son impartialité ou indépendance ». Cette obligation de divulgation qui pèse sur les arbitres représente une amélioration certaine de celle qui prévalait sous l'ancienne version en vigueur jusqu'en 2005 et reflète, selon certains, la volonté du CIETAC de s'aligner avec la norme transnationale. Voir: Peter YUEN, « A Comparative View of Impartiality and Independence of Arbitrators in International Arbitrations », dans Michael J. MOSER (dir.), *Business Disputes in China*, préc., note 64, p. 159.

⁶⁸ Michael J. MOSER, préc., note 64, p. 165

⁶⁹ Chua EU JIN, « Arbitration in China », (2005) 1 *Asian Int'l Arb. J.* 83, 88 et 89.

⁷⁰ Michael J. MOSER et Peter YUEN, « Arbitration Outside China », dans Michael J. MOSER (dir.), *Managing Business Disputes in Today's China: Duelling with Dragons*, Kluwer Law International, 2007, p. 118 et 119. Sur cette question, les règles du CIETAC ne suivent pas l'approche proposée, entre autres, par les Règles de preuve de l'IBA qui prévoient un recours possible non seulement aux experts nommés par le tribunal, mais aussi à ceux que les parties choisiront.

dernier, peu importe la pertinence ou la clarté de ses éléments⁷¹. Une disposition spécifique au sein du règlement CIETAC reconnaissant le droit des parties de présenter une preuve par expert choisi par elles, ou interdisant au tribunal d'ignorer une telle preuve sans égard à sa force probante, aurait été, de l'avis de plusieurs, fort souhaitable⁷².

Simultanément, il apparaîtrait difficilement envisageable de contreinterroger un expert nommé par le tribunal. Bien qu'il soit peu probable que le tribunal se refuse à une telle demande, une reconnaissance formelle dans le cadre d'un article, comme celle que consacrent les règles de preuve de l'IBA dans son article 8, aurait elle aussi été désirable⁷³.

Malgré les quelques carences discutées ci-dessus, qu'il serait de bon ton de corriger à terme⁷⁴, les évolutions positives proposées par la version 2005 du règlement CIETAC restent néanmoins nombreuses et permettent d'afficher un certain optimisme quant au futur⁷⁵.

⁷¹ M. J. MOSER et P. YUEN, préc., note 65, 399.

⁷² *Id.* : « A provision in the CIETAC rules that either expressly acknowledges the rights of the parties to adduce expert evidence from party-appointed experts or prevents a tribunal from rejecting evidence from party-appointed experts without due consideration of its weight would have been a much welcome development ».

⁷³ *Id.* : « It therefore appears that under the New Rules, parties do not have an automatic right to cross-examine the tribunal's appointed experts. Although a CIETAC tribunal is unlikely to refuse parties' request to challenge the evidence given by the tribunal's appointed experts, an express provision giving parties the right to do so would have removed any residual doubts in this regard ». Dans le même sens, voir les propos de Graeme JOHNSON, « Bridging the Gap between Western and Chinese Arbitration Systems: A Practical Introduction for American Businesses », dans Michael J. MOSER (dir.), *Business Disputes in China*, préc., note 64, p. 120.

⁷⁴ Voir, à ce sujet, les suggestions de G. JOHNSON, préc., note 73 et de M. J. MOSER, préc., note 64, p. 170-171.

⁷⁵ Michael J. MOSER, « Commentary on Arbitration and Conciliation Concerning China », dans Albert Jan VAN DEN BERG (dir.), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 96, à la page 98. Une nouvelle version du règlement, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le mois de mars 2012 suite à un processus d'approbation finale est, de notre avis, une indication importante de la volonté de CIETAC de participer au processus de transnationalisation.

*
* * *

L'arbitrage a, de tout temps, su se réinventer pour répondre aux besoins des parties, le développement de la procédure arbitrale transnationale, et l'accueil dont elle continue de bénéficier, le confirmant de manière très contemporaine. Grâce, entre autres, à l'autonomie des parties et à la large discrétion dont jouissent les arbitres, une telle procédure a vu le jour et continue de procurer prévisibilité et flexibilité aux parties. Cependant, la procédure arbitrale transnationale ne recoupe pas tous les incidents de procédure nécessitant une réponse au cours d'un arbitrage. Certaines questions y échappent toujours : pensons aux règles touchant au rôle de l'arbitre dans le processus de règlement d'un différend⁷⁶, aux questions

⁷⁶ Au moment de la rédaction de sa thèse portant sur le phénomène de la procédure arbitrale transnationale, la doctrine, telle que révisée par l'auteure, était d'avis qu'il n'existait pas encore de consensus suffisant pour parler d'une règle transnationale portant sur le pouvoir de l'arbitre de favoriser une entente entre les parties. Or, dans la dernière mouture de son Règlement d'arbitrage, la CCI propose, dans son Appendice IV intitulé « Techniques de Gestion de la Procédure », une liste d'exemples de procédés pour la conduite de la procédure que le tribunal et les parties peuvent adopter. On y parle, entre autres, de la possibilité de segmenter la procédure ou de rendre une ou plusieurs sentences partielles, d'identifier les questions sur lesquelles un accord entre les parties ou leurs experts est possible, de déterminer celles au sujet desquelles une preuve orale n'est pas nécessaire, de simplifier les procédures entourant la preuve documentaire, de limiter la longueur et la portée des écritures mais aussi celles des déclarations écrites et orales, de circonscrire les occasions de rencontres physiques lorsque ces dernières ne sont pas indispensables et de prévoir une rencontre pour planifier le déroulement de l'audience. Il est intéressant de noter que l'appendice fait aussi référence à une publication de la CCI intitulée « Techniques pour maîtriser le temps et les coûts de l'arbitrage » qui propose d'autres modalités pour la réduction de ces deux fléaux. Ledit appendice se prononce de plus sur la question du rôle de l'arbitre dans le règlement du différend entre les parties. À la sous-section h) l'appendice prévoit maintenant ces dispositions : « (i) informer les parties qu'elles sont libres de régler tout ou partie de leur litige par la négociation ou par toute méthode de règlement amiable des différends telle que, par exemple, une médiation conduite conformément au Règlement ADR de la CCI; (ii) Lorsque les parties et le tribunal arbitral en sont convenus, le tribunal arbitral peut prendre des mesures afin de faciliter un accord sur le litige, à condition de faire tous les efforts pour que toute sentence à intervenir soit susceptible de sanction légale ». Au niveau de l'approche, l'adoption d'un appendice est intéressante et révélatrice. D'une part, il semble que dans cette version, la CCI ait souhaité faire preuve d'un plus grand pragmatisme en offrant des solutions plus pointues et pratiques sur certaines questions sans pour autant faire de ces solutions des dispositions générales du règlement. La CCI lance ainsi un message double de direction et de

rattachées à la loi applicable au fond et à l'obligation d'en prouver le contenu⁷⁷, ou aux principes reliés aux frais de l'arbitrage.

Alors que le processus de transnationalisation se poursuit, il faut se demander si celui-ci pourra continuer à répondre aux besoins des parties. Si en plus de vouloir bénéficier d'une plus grande prévisibilité en matière arbitrale, les parties souhaitent en effet se prévaloir d'une forme de justice qui soit véritablement neutre⁷⁸, il sera nécessaire de transcender les particularismes des cultures et des traditions juridiques et aspirer au rayonnement d'une culture arbitrale commune. Comme nous le rappelle si bien El-Kosheri :

« In order to achieve a truly universal culture, it is necessary to transcend the particularities of any given culture and, going beyond regional and domestic experience, seek common values and juridical and ethical canons that command universal acceptance. In my view, it is not sufficient to insert in the various laws and regulations similar rules of high technical sophistication and modernity. More important is the spirit in which the rules and regulations are implemented under the auspices of the arbitration proceedings. Therefore, it is of prime importance to establish with precision what are the essential characteristics of the prevailing universal arbitration culture accord-

réserve : l'autonomie des parties et la discrétion arbitrale demeurent le mot d'ordre. La CCI se permet d'être un peu plus directive en outillant parties et arbitres avec des suggestions pratiques pour pallier aux risques reconnus à l'exercice de ces prérogatives. D'autre part, le fait d'adopter un appendice fait-il état du doute qu'entretient la CCI quant à savoir si les solutions qu'elle propose représentent véritablement des règles (ou des pratiques) transnationales ? La CCI ferait-elle preuve de timidité ou plutôt de réserve délibérée ? L'appendice à un règlement représenterait-il en quelque sorte la phase de probation, l'antichambre d'une pratique avant qu'elle ne devienne règle de procédure arbitrale transnationale ? Et que dire aussi de la liste plus complète de techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage contenue dans une publication de la CCI et à laquelle il est fait référence à la toute fin de l'appendice IV ? Cette publication fait-elle état d'une étape dans la transnationalisation d'une règle ? Peut-on penser qu'elle en deviendra un passage obligé ? Autant de questions qui demeurent pour le moment sans réponse mais que l'avenir saura probablement éclairer.

⁷⁷ G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 1, 1331.

⁷⁸ La neutralité est souvent identifiée comme étant l'une des principales préoccupations des utilisateurs de l'arbitrage commercial international. Voir : C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF et G. SCHERER, préc., note 3, p. 109 et Bernard HANOTIAU, « L'arbitre garant du respect des valeurs de l'arbitrage », dans Gerald AKSEN et Robert Georg BRINER, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum Robert Briner*, Paris, ICC Publications, 2005, p. 365.

ing to which each regional or domestic operating system could be evaluated and rated as being more or less in conformity with the requirements of that culture.»⁷⁹

Peut-être aurons-nous alors l'occasion de voir s'établir une volonté soucieuse de parler non pas d'une procédure arbitrale transnationale, mais bien d'une procédure arbitrale transculturelle⁸⁰.

⁷⁹ Ahmed Sadek EL-KOSHERI, « Universalism Versus Regionalism in Today's Arbitration Culture », dans *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, Paris, ICC Publishing, 2005, 247, à la page 249.

⁸⁰ Voir, à cet égard, les propos de l'auteure dans: *La procédure arbitrale transnationale*, préc., note 8.