

PARISBABYARBITRATION
BIBERON



ÉDITION SPÉCIALE
18 - 22 mars 2024

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

Par Aya Serragui

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

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

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

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

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

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