



Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/460

6 avril 1999

FRANÇAIS

Original: ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente-deuxième session
Vienne, 17 mai-4 juin 1999

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international

Note du secrétariat

Table des matières

	<u>Page</u>
INTRODUCTION	2
I. RÉSUMÉ DES PROPOSITIONS	2
II. SUJETS QUE LA COMMISSION POURRAIT EXAMINER	3
A. Conciliation	3
B. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage	5
C. Arbitrabilité	9
D. Immunité de l'État souverain	9
E. Jonction de plusieurs instances arbitrales	14
F. Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales	16
G. Demandes aux fins de compensation	18
H. Décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets	19
I. Responsabilité des arbitres	22
J. Pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts	23
K. Frais d'arbitrage	24
L. Force exécutoire des mesures conservatoires	26
M. Liberté d'exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine	29

INTRODUCTION

1. Au cours de sa trente et unième session, la Commission a organisé, le 10 juin 1998, la Journée de la Convention de New York pour commémorer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958). Outre les représentants des États Membres de la Commission et des observateurs, quelque 300 invités ont participé à cette commémoration. L'allocution d'ouverture a été prononcée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. En sus des allocutions des anciens participants à la conférence diplomatique qui a adopté la Convention, d'éminents spécialistes des questions d'arbitrage ont présenté des exposés sur des sujets tels que la promotion de la Convention, son adoption et son application. Des exposés ont également été faits sur des points que la Convention ne traite pas, tels que l'interaction entre la Convention et d'autres textes juridiques internationaux sur l'arbitrage commercial international, et sur les problèmes pratiques rencontrés mais non traités dans les textes existants sur l'arbitrage, de caractère législatif ou autre¹.

2. Dans les exposés faits lors de cette Journée, diverses propositions ont été avancées visant à présenter à la Commission certains problèmes mis en évidence dans la pratique de manière à ce qu'elle puisse déterminer s'il serait souhaitable et possible qu'elle les examine.

3. À propos des échanges de vues qui ont eu lieu lors de la Journée de la Convention de New York, la Commission a estimé qu'il serait utile d'envisager la possibilité de travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session, en 1999. Elle a prié le secrétariat d'établir, pour ladite session, une note sur la base de laquelle elle examinerait cette possibilité. Elle a noté que pour l'établissement de la note, on pourrait prendre en considération non seulement les délibérations de la Journée de la Convention de New York mais également celles d'autres conférences internationales des praticiens de l'arbitrage (tel que le Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial, tenu à Paris, du 3 au 6 mai 1998)². La présente note a été établie conformément à cette demande.

I. RÉSUMÉ DES PROPOSITIONS

4. Le présent document passe brièvement en revue certaines questions et certains problèmes recensés dans la pratique de l'arbitrage afin de faciliter un débat au sein de la Commission sur le point de savoir si celle-ci souhaite inscrire l'une ou l'autre de ces questions à son programme de travail. Ces questions sont les suivantes: aspects de la procédure de conciliation; prescription législative de la forme écrite pour la convention d'arbitrage; arbitrabilité; immunité souveraine; jonction de plusieurs affaires dans une procédure arbitrale unique; confidentialité de l'information dans la procédure arbitrale; formulation de demandes dans les procédures arbitrales aux fins de compensation; décisions prises par des tribunaux arbitraux "incomplets"; responsabilité des arbitres; pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts; frais d'arbitrage; force exécutoire des mesures provisoires de protection; et liberté d'exécuter une sentence qui a été annulée dans l'État d'origine. Toutes autres questions relatives au droit de l'arbitrage peuvent être soulevées à la session de la Commission en vue d'un examen éventuel par cette dernière.

5. La Commission souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'établir des dispositions uniformes sur l'une quelconque de ces questions, en indiquant éventuellement si les travaux doivent être orientés vers l'élaboration d'un texte à caractère législatif (tel qu'un texte législatif type ou un traité) ou d'un texte à caractère non législatif (tel

¹Publication des Nations Unies: Actes de la Journée de la Convention de New York: "Exécution des sentences arbitrales dans le cadre de la Convention de New York: expérience et perspectives", mai 1999, ISBN 92-1-133609-0.

²Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente et unième session (1998), Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément N° 17, A/53/17, par. 235.

qu'une règle contractuelle type). Même si l'on n'aboutissait à terme à aucune solution uniforme, une discussion approfondie par des représentants de tous les grands systèmes juridiques, sociaux et économiques représentés à la Commission ou dans son Groupe de travail serait un exercice utile dans la mesure où il permettrait à ceux qui recourent à l'arbitrage dans le monde entier d'obtenir des informations opportunes sur les problèmes qui sont apparus dans la pratique et sur les solutions qui peuvent y être apportées.

6. Lorsqu'elle examinera ses travaux futurs dans ce domaine, la Commission souhaitera peut-être prendre note du fait que le Groupe de travail des pratiques juridiques et commerciales internationales de la Commission économique pour l'Europe (CEE) examine diverses questions relatives à la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961) y compris sa révision éventuelle. Aucune décision n'a encore été prise quant à la nécessité de réviser la Convention, ou quant à l'orientation de cette révision mais plusieurs idées ont été avancées, dont la possibilité d'une révision qui accroîtrait l'utilité de la Convention pour les signataires actuels et ceux qui pourraient s'y joindre. Étant donné l'intérêt général que peuvent susciter les débats du Groupe de travail de la CEE, et le lien entre ces débats et tous travaux futurs que la Commission pourra décider d'entreprendre dans le domaine de l'arbitrage, cette dernière souhaitera peut-être prier le secrétariat de suivre étroitement les délibérations du Groupe de travail de la CEE et de faire rapport sur la question à elle-même ou à son Groupe de travail.

7. Si la Commission décide d'inscrire à son programme de travail l'une quelconque des questions mentionnées dans le présent document ou toute question soulevée à sa session, elle voudra peut-être demander au secrétariat de réaliser des études, en collaboration avec les organisations internationales compétentes, et d'établir éventuellement un avant-projet de propositions qu'elle-même ou un de ses groupes de travail pourrait examiner.

II. SUJETS QUE LA COMMISSION POURRAIT EXAMINER

A. Conciliation

8. Le terme "conciliation" désigne ici une procédure dans laquelle une personne indépendante et impartiale aide des parties ayant un litige à le régler. La conciliation diffère de la négociation entre les parties (qui a lieu normalement après l'apparition d'un litige) en ce qu'elle est menée par une tierce personne indépendante et impartiale, alors qu'une telle personne n'intervient pas dans une négociation. Par ailleurs, la conciliation diffère de l'arbitrage en ce qu'elle est purement volontaire puisque les parties n'y participent que si elles acceptent toutes deux cette démarche. Partant, une conciliation soit aboutit à un règlement du litige, soit prend fin sans qu'il y ait règlement alors que dans le cas de l'arbitrage, le tribunal arbitral impose, faute de règlement, une décision obligatoire pour les parties.

9. La procédure de conciliation, telle que définie ci-dessus, est envisagée et traitée dans un certain nombre de règlements d'institutions arbitrales, ainsi que dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980). Ce Règlement est largement utilisé et a servi de modèle pour de nombreux autres ensembles de règles sur la conciliation. Dans la pratique, une telle procédure de conciliation est désignée par diverses expressions dont le terme "médiation".

10. On recourt de plus en plus à la conciliation dans diverses parties du monde, y compris dans des régions où elle n'était pas courante il y a quelques années encore. Cette tendance se reflète, notamment, dans la création d'un certain nombre d'organismes publics et privés qui offrent des services de conciliation aux parties intéressées. Étant donné par ailleurs le désir croissant, dans diverses régions du monde, de promouvoir la conciliation comme méthode de règlement des litiges, des débats ont lieu dans lesquels il est demandé que des solutions juridiques harmonisées au niveau international soient trouvées pour faciliter la conciliation. Les idées avancées dans ces débats sont résumées ci-après.

1. Admissibilité de certains moyens de preuve
dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures

11. Dans une procédure de conciliation, les parties formulent normalement des suggestions et expriment leurs vues concernant des propositions pour un règlement éventuel, admettent des faits et indiquent qu'elles sont disposées à régler le litige. Si, malgré ces efforts, la conciliation n'aboutit pas à un règlement et si les parties entament une procédure judiciaire ou arbitrale, ces vues, suggestions, admissions de faits, indications de la volonté de parvenir à un règlement peuvent être retournées contre la partie dont elles émanent. Une telle éventualité peut dissuader les parties de s'attacher à régler leur litige pendant la procédure de conciliation, ce qui peut en réduire considérablement l'utilité.

12. Pour trouver une solution à ce problème, le Règlement de conciliation de la CNUDCI contient dans son article 20 la règle suivante:

“Les parties s'engagent à ne pas invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation:

- (a) Les vues exprimées ou les suggestions faites par l'autre partie à l'égard d'une solution éventuelle du litige;
- (b) Les faits admis par l'autre partie au cours de la procédure de conciliation;
- (c) Les propositions présentées par le conciliateur;
- (d) Le fait que l'autre partie a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur.”

13. Si les parties ne choisissent aucun règlement de conciliation ou recourent à un règlement qui ne contient pas de dispositions analogues à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, elles peuvent, dans de nombreux systèmes juridiques, se trouver confrontées au problème susmentionné. Même si elles sont convenues d'une règle telle que celle qui figure dans l'article 20, il n'est pas certain que la convention concernant les éléments de preuve ait pleinement effet. Pour aider les parties qui se trouvent dans de telles situations, certains pays ont adopté des lois visant à empêcher la présentation de certains éléments de preuve relatifs à une procédure de conciliation antérieure dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure.

2. Rôle du conciliateur dans d'autres procédures contradictoires

14. Une partie peut répugner à s'efforcer de régler un litige par conciliation si elle sait qu'en cas d'échec de la procédure, le conciliateur peut être nommé conseil de la partie adverse ou arbitre. La connaissance qu'a le conciliateur de certaines informations données au cours de la procédure de conciliation (par exemple propositions de règlement et admissions de faits) peut se révéler préjudiciable pour la partie dont elles émanent, d'où l'inclusion dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI de l'article 19, rédigé comme suit:

“Les parties et le conciliateur s'engagent à ce que le conciliateur ne remplisse pas les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation. Les parties s'engagent également à ne pas citer le conciliateur comme témoin dans une telle procédure.”

15. Certains pays ont inclus des dispositions analogues dans leur législation. Dans certains cas, toutefois, les parties peuvent considérer comme un avantage le fait que l'arbitre possède déjà certaines informations (en particulier parce qu'il pourra ainsi statuer avec plus d'efficacité); elles peuvent alors effectivement préférer que le conciliateur soit nommé comme arbitre dans la procédure arbitrale ultérieure. Pour parer à toute objection fondée sur des assertions de préjudice dans de tels cas, certains pays ont adopté des lois qui autorisent expressément un conciliateur, sous réserve de l'accord des parties, à remplir les fonctions d'arbitre.

3. Caractère exécutoire des accords de transaction

16. L'un des inconvénients potentiels majeurs de la conciliation est le risque que, malgré le temps et l'argent dépensés, les parties ne parviennent pas à un règlement. On a souvent dit que la conciliation présenterait un intérêt beaucoup plus grand si le règlement auquel elle peut aboutir avait force exécutoire, de façon à ce qu'une partie ne soit pas contrainte de recourir aux tribunaux pour obtenir l'application de l'accord. Il est vrai qu'il sera probablement moins long d'obtenir un titre exécutoire dans une procédure judiciaire si la demande est basée sur un accord de transaction que s'il n'y a pas eu de règlement. Il n'en demeure pas moins que la perspective de devoir entamer une action en justice pour faire exécuter un accord réduit l'intérêt de la conciliation.

17. Pour obtenir un titre exécutoire, les parties qui sont parvenues à un accord de transaction pourraient nommer le conciliateur comme arbitre et limiter la procédure d'arbitrage à l'enregistrement de l'accord de transaction sous forme de sentence arbitrale rendue d'accord partie (comme le prévoit par exemple l'article 34-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)). Cette méthode peut toutefois présenter un problème dans un certain nombre de systèmes juridiques où, lorsque les parties sont parvenues à un accord de transaction, entraînant donc la disparition du litige, il n'est pas possible d'entamer une procédure arbitrale.

18. Compte tenu de ce qui précède, certains pays ont adopté des lois qui donnent force exécutoire aux accords de transaction conclus pendant la procédure de conciliation. De telles lois prévoient, par exemple, que l'accord de transaction écrit doit, aux fins de son application, être considéré comme une sentence arbitrale et peut être exécuté comme tel. Une autre solution législative consiste à autoriser expressément les parties à un règlement, malgré la disparition du litige, à entamer une procédure arbitrale et obtenir de l'arbitre, qui peut être l'ancien conciliateur, une sentence d'accord partie.

4. Conclusion

19. La Commission souhaitera peut-être examiner l'opportunité, pour encourager et faciliter la conciliation, d'envisager l'élaboration de dispositions législatives types harmonisées qui traiteraient de questions telles que l'admissibilité, dans les procédures arbitrales ou judiciaires ultérieures, des éléments de preuve soumis pendant la procédure de conciliation; tout rôle qu'un conciliateur pourrait jouer dans une procédure arbitrale ultérieure; et les conditions auxquelles un accord de transaction conclu pendant la procédure de conciliation pourrait être considéré comme un titre exécutoire.

B. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage

20. L'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères stipule ce qui suit:

“On entend par ‘convention écrite’ une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.”

L'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) stipule ce qui suit:

“La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.”

21. Les problèmes qu'engendre la prescription de la forme écrite pour les conventions d'arbitrage ont souvent été décrits comme difficiles et frustrants. C'est au stade de la reconnaissance ou de la dénégation d'une convention d'arbitrage que l'on peut encore constater des tensions entre les tribunaux étatiques et la procédure arbitrale. On a aussi dit qu'il fallait s'attacher en priorité à harmoniser l'interprétation de l'article II-2 de la Convention pour améliorer le fonctionnement de cette dernière. Toutefois, avant d'aborder cette question, la présente note examine celle de la prescription de la "forme écrite" pour une convention d'arbitrage et sa compatibilité avec le développement du commerce électronique.

1. Convention d'arbitrage "écrite" et commerce électronique

22. L'acceptabilité du commerce électronique comme moyen de conclure des conventions d'arbitrage valables ne devrait pas poser plus de problèmes que le développement du télex ou de la télécopie. L'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI, susmentionné, valide expressément l'emploi de tout moyen de télécommunications qui atteste l'existence de la convention d'arbitrage, ce qui couvrirait les utilisations les plus courantes du courrier électronique ou de l'échange de données informatisées.

23. Pour ce qui est de la Convention de New York, il est généralement accepté que l'expression "contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes", au paragraphe 2 de l'article II, doit être interprétée comme englobant d'autres moyens de communication, en particulier le télex (auquel on pourrait ajouter aujourd'hui la télécopie). Cette même interprétation téléologique³ pourrait être étendue au commerce électronique. Une telle extension correspondrait aussi à la décision prise par la Commission lorsqu'elle a adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et le Guide pour son incorporation en 1996⁴. Toutefois, une étude plus approfondie pourrait être nécessaire pour déterminer si l'interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York par référence soit à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage soit à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pourrait faire l'objet d'un large consensus international et si la Commission pourrait la recommander comme solution viable pour cette question ainsi que pour traiter les questions plus générales des prescriptions de forme⁵.

³Par exemple, le Tribunal fédéral suisse a fait observer que "[l'article II-2] doit s'interpréter au regard de [la Loi type], dont les auteurs ont voulu ainsi adapter le régime de la Convention de New York aux besoins actuels, sans devoir le modifier". Compagnie de Navigation et Transports S.A. c. MSC (Mediterranean Shipping Company) S.A., 16 janvier 1995, 1^{re} Cour civile du Tribunal fédéral suisse; extrait pertinent dans (1995) 13 Association suisse de l'arbitrage, Bulletin, p. 503 à 511, citation p. 508.

⁴Le Guide pour l'incorporation de la Loi type (qui a été élaboré à la lumière de la Convention de New York et d'autres instruments internationaux) indique que "la Loi type [sur le commerce électronique] peut servir, dans certains cas, d'outil pour interpréter les conventions internationales et autres instruments internationaux existants qui créent des obstacles juridiques au recours au commerce électronique, par exemple en prescrivant la forme écrite pour certains documents ou certaines clauses contractuelles. Entre les États parties à de tels instruments internationaux, l'adoption de la Loi type comme règle d'interprétation pourrait être un moyen de reconnaître le commerce électronique et permettrait d'éviter de devoir négocier un protocole à l'instrument international concerné." (voir Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par. 5).

⁵Ce point engendre des préoccupations plus générales concernant la compatibilité du commerce électronique avec le régime juridique établi par une série de conventions internationales qui contiennent des prescriptions impératives concernant l'utilisation de documents écrits. La Commission économique pour l'Europe de l'ONU a dressé un inventaire de ces instruments (Trade/R.1096/Rev.1), et a recommandé que la CNUDCI entreprenne des travaux visant à rechercher des solutions possibles au problème.

2. “Échange de lettres ou de télégrammes” comme prescription de forme

24. Le problème qui se pose vient de la combinaison de la question de la forme et de celle de la formation de la convention d'arbitrage, exprimée par les termes “échange de lettres ou de télégrammes” que l'on trouve à la fois dans la Convention et dans la Loi type. Cette expression se prête à une interprétation trop littérale au sens d'échange mutuel d'écrits. Une acceptation tacite serait, en principe, insuffisante, de même qu'une convention purement verbale.

25. La Convention a donné lieu à des problèmes graves dans des cas concrets et ces cas exigent aussi une interprétation pour le moins très large et téléologique de la Loi type; il s'agit de l'acceptation tacite ou verbale d'un ordre d'achat écrit ou d'une confirmation écrite de vente; d'un contrat conclu verbalement avec référence à des conditions générales écrites (par exemple une référence verbale à une forme de sauvetage); ou certaines notes de courtiers, connaissements et autres instruments ou contrats qui transmettent des droits ou des obligations à des tiers non-signataires (à savoir des tiers qui n'étaient pas parties à l'accord initial). On peut citer à cet égard les exemples suivants: transmission à titre universel (successions, fusions, scissions, acquisitions de sociétés) ou à titre particulier (cession de contrat ou de créance ou de dette, novation, subrogation, stipulation pour autrui); ou encore extension implicite, dans la catégorie du multipartisme ou dans celle des groupes de contrats ou des groupes de sociétés, de la convention d'arbitrage à des personnes qui n'y ont pas été expressément parties⁶.

26. Les tribunaux étatiques ont rendu des décisions assez divergentes dans ces situations, qui reflètent souvent leur attitude générale vis-à-vis de l'arbitrage. Dans la grande majorité des cas, ils ont pu faire en sorte que les parties respectent leur convention. Toutefois, si l'on se réfère à la jurisprudence actuelle on note, par exemple, qu'une clause d'arbitrage dans une confirmation de vente ou d'achat est conforme à la prescription de forme de l'article II-2 de la Convention de New York uniquement si: a) la confirmation est signée par les deux parties; ou b) un double est renvoyé, signé ou non; ou encore c) la confirmation est ultérieurement acceptée par une autre communication écrite de la partie qui l'a reçue à la partie qui l'a envoyée. De telles conditions ne sont plus compatibles avec la pratique actuelle du commerce international.

27. On pourrait envisager divers moyens législatifs de résoudre les problèmes susmentionnés. L'un d'entre eux, sur lequel la Commission pourrait souhaiter demander une étude plus approfondie, consisterait à se servir de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international pour interpréter la Convention de New York. Il serait peut-être nécessaire, pour ce faire, d'apporter des modifications ou des ajouts au texte actuel de la Loi type, auquel cas diverses approches pourraient être envisagées.

28. Une de ces approches, qui irait dans le sens de l'évolution récente des législations dans un certain nombre de pays, consisterait à inclure une liste d'instruments ou de cas concrets où des conventions d'arbitrage seraient validées malgré l'absence d'un échange de documents. Une telle liste pourrait inclure, par exemple, les connaissements ou d'autres instruments et les cas susmentionnés.

29. Une solution plus large consisterait à valider les conventions d'arbitrage conclues en l'absence d'un échange de documents lorsque le droit applicable n'imposait aucune condition de forme pour le contrat principal. On pourrait envisager un libellé analogue à une proposition formulée lors de l'élaboration de l'article 7-2 de la Loi type, à savoir: “Il y a également convention d'arbitrage lorsque, dans son offre, sa contre-offre ou sa confirmation de contrat écrites, une partie à un contrat se réfère à des conditions générales – ou utilise une formule de contrat ou un contrat type – contenant une clause compromissoire et que l'autre partie n'émet pas d'objection, à condition que la législation

⁶J.-L. Delvolvé, “Les tiers et l'accord d'arbitrage”, Actes de la Journée de la Convention de New York, *supra* note 1.

applicable admette la formation de contrats de cette manière⁷. Cette proposition avait été rejetée “car elle soulevait de difficiles problèmes d’interprétation”⁸. Toutefois, à l’appui de cette approche, on a proposé à plusieurs occasions, ainsi qu’à la Journée de la Convention de New York en 1998, de modifier l’article 72 de manière à élargir la définition de l’écrit (par exemple pour y englober les cas où des parties concluent un contrat sur la base des conditions types d’une partie avec une clause d’arbitrage qui n’est pas signée par une des parties et sans qu’il y ait échange de documents qui pourraient faire entrer la clause d’arbitrage dans la définition de l’écrit)⁹. On peut objecter qu’une partie peut avoir des raisons particulières de refuser telle ou telle disposition, en particulier une disposition aussi importante qu’une renonciation au droit d’engager des poursuites. Toutefois, on peut faire valoir, en réponse à cette objection, que ladite partie a la possibilité de s’opposer à la clause d’arbitrage. Afin de trouver une règle universellement acceptable, il faudra examiner et débattre de nouveau les propositions formulées pendant l’élaboration de la Loi type et en particulier les diverses solutions adoptées dans les lois nationales récentes.

30. La solution la plus radicale pourrait être de modifier la Loi type afin de prévoir une liberté totale quant à la forme de la convention d’arbitrage. Une telle liberté validerait même les conventions verbales. On peut toutefois objecter que l’autorisation des conventions verbales entraînerait des incertitudes et des litiges.

31. La solution consistant à se baser sur une version éventuellement modifiée de la Loi type pour interpréter l’article II2 de la Convention de New York (sans modifier ou réviser cette convention) pourrait ne pas assurer une certitude et une uniformité suffisantes, en particulier pour les conventions verbales, que les tribunaux répugneraient vraisemblablement à accepter dans un certain nombre de pays. Une deuxième solution pourrait être de prendre la disposition sur la loi la plus favorable de l’article VII de la Convention. Cette solution ne vaudrait que si l’article II2 n’était plus considéré comme une règle uniforme établissant non pas la prescription de la forme écrite minimum mais la prescription de forme maximum. Si l’on considérait que l’article II2 établissait une règle uniforme, il ne serait possible de faire référence à l’article VII pour assouplir la prescription de forme que si la législation nationale prévoyait un mécanisme complet d’exécution puisque la Convention deviendrait alors inapplicable dans sa totalité¹⁰. Dans ce cas, il pourrait être nécessaire d’ajouter à la Loi type des dispositions expresses sur la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales fondées sur des conventions répondant à la prescription de forme assouplie – solution qui devrait être examinée dans le contexte plus large de l’inclusion éventuelle d’un chapitre sur l’exécution. La Commission jugera peut-être approprié d’étudier plus avant les deux interprétations possibles de l’article II2.

C. Arbitrabilité

32. Dans certains États, c’est uniquement la jurisprudence qui détermine quelles sont les questions commerciales qui sont réservées aux juridictions étatiques alors que dans d’autres ce sont divers textes législatifs (lois antitrusts ou lois sur la concurrence déloyale, les titres, la propriété intellectuelle, droit du travail ou des sociétés, par exemple). Divers États ont inclus dans leur droit de l’arbitrage une disposition générale allant au-delà de la formule traditionnelle selon laquelle “Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition” afin d’y englober, par exemple, les demandes faisant intervenir un intérêt économique. Les incertitudes et les divergences quant à la définition d’un litige arbitral peuvent entraîner des difficultés considérables dans la pratique.

⁷Document A/CN.9/WG.II/WP.37 (1982), projet d’article 3.

⁸Document A/CN.9/232 (1982), par. 45.

⁹N. Kaplan, “New developments on written form”, Actes de la Journée de la Convention de New York, *supra* note 1.

¹⁰A. J. van den Berg, “The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas”, dans (1996) Association suisse de l’arbitrage, Série spéciale n° 9, p. 25 à 45, extrait p. 44.

33. Une des façons d'aborder le problème peut être de tenter de parvenir à un consensus mondial sur une liste de questions ne se prêtant pas à l'arbitrage. Si cela ne semble pas faisable, on peut alors voir s'il serait souhaitable de s'accorder sur une disposition uniforme énonçant trois ou quatre questions généralement considérées comme non arbitrables et inviter les États Membres à énumérer immédiatement après toutes autres questions qu'ils jugent également non arbitrables. Une telle approche, qui a été adoptée dans l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, offrirait l'avantage de la certitude et permettrait un accès aisé aux informations sur ces restrictions.

34. Lorsque l'on recherche la meilleure approche, la plus viable au niveau mondial et celle qui assurerait la certitude et la transparence voulues, on se trouve confronté à un dilemme. Plus la formule est générale, plus est grand le risque potentiel d'interprétations divergentes par les tribunaux des différents États; et plus la liste est détaillée, plus est grand le risque de non-acceptation par les États et, pour autant que la liste soit acceptée, plus grand est le risque de figer des questions et d'empêcher ainsi une évolution qui permette à terme de limiter le nombre de litiges ne se prêtant pas à l'arbitrage. Il semble néanmoins souhaitable de faire une tentative réfléchie dans ce sens puisqu'un échange de vues au niveau international serait à la fois révélateur et utile.

D. Immunité de l'État souverain

35. Lorsqu'un particulier entame une procédure arbitrale contre un État, il court le risque que l'État refuse de participer à cette procédure en invoquant l'immunité de l'État souverain. Si, d'autre part, il essaie de faire reconnaître et exécuter une sentence arbitrale à l'encontre d'un État, il peut se voir opposer à ce stade l'exception d'immunité souveraine. L'arbitrage ayant pour base une convention, la question qui se pose est celle de savoir si l'État peut invoquer l'immunité lorsqu'il a antérieurement conclu une convention d'arbitrage avec l'autre partie.

1. Immunité de l'État souverain dans les procédures arbitrales

(a) Droit international

36. Un examen de divers instruments internationaux ainsi que des législations de nombreux États montre qu'un État peut conclure une convention d'arbitrage qui le lie ou qu'un État qui accepte de se soumettre à l'arbitrage pour des litiges commerciaux internationaux renonce à son immunité d'État souverain.

37. Un certain nombre d'instruments internationaux et régionaux contiennent une disposition qui contraint les États à reconnaître les conventions d'arbitrage. Ainsi, la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961) prévoit, pour les questions auxquelles elle s'applique, que "les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de 'personnes morales de droit public' ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage" (article II-1).

38. Par ailleurs, l'article 12-1 de la Convention européenne sur l'immunité des États stipule ce qui suit:

“Si un État Contractant a accepté par écrit de soumettre à l'arbitrage des différends déjà nés ou qui pourraient naître en matière civile ou commerciale, il ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État Contractant sur le territoire ou selon la loi duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu en ce qui concerne toute action relative:

- (a) à la validité ou l'interprétation de la convention d'arbitrage;
- (b) à la procédure d'arbitrage;
- (c) à l'annulation de la sentence,

à moins que la convention d'arbitrage n'en dispose autrement."¹¹

39. Des dispositions analogues figurent dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adopté par la Commission du droit international en 1991¹², et dans le projet de convention sur l'immunité des États élaboré par l'Association de droit international¹³.

40. On notera également qu'en 1976, le Comité juridique consultatif afro-asiatique avait invité la CNUDCI à envisager la possibilité d'élaborer un protocole qui sera joint en annexe à la Convention de New York en vue de préciser, notamment, que "lorsqu'un organisme étatique est partie à une transaction commerciale à l'occasion de laquelle il a été conclu une convention d'arbitrage, il ne devrait pas pouvoir invoquer l'immunité attachée à la souveraineté de l'État intéressé pour éviter qu'un litige soit soumis à l'arbitrage conformément à ladite convention"¹⁴.

(b) Lois nationales

41. C'est dans les années 70 que les parlements nationaux ont pour la première fois tenté de codifier les règles sur l'immunité de l'État souverain, et depuis plusieurs États ont adopté une législation sur la question. Certains ont promulgué des lois qui contiennent des dispositions analogues à celles des instruments internationaux susmentionnés. D'autres sont parvenus au même résultat en prévoyant qu'un État étranger jouit de l'immunité de juridiction dans l'État législateur, sauf dans certains cas, soit par exemple lorsque l'État étranger a conclu une convention d'arbitrage. Dans certaines législations, si une partie à une convention d'arbitrage est un État, celui-ci ne peut se fonder sur sa propre législation pour contester sa capacité à être partie à un arbitrage ou l'arbitrabilité d'un litige couvert par la convention d'arbitrage. Dans d'autres États encore, les règles sur l'immunité de l'État souverain ont évolué par le biais de la jurisprudence.

¹¹Conseil de l'Europe, Convention européenne sur l'immunité des États et Protocole additionnel fait à Bâle, le 16 mai 1972.

¹²Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session (1991), Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément N° 10 (A/46/10). L'article 17 stipule ce qui suit: "Si un État conclut par écrit un accord avec une personne physique ou morale étrangère afin de soumettre à l'arbitrage des contestations relatives à une transaction commerciale, cet État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant:

- (a) à la validité ou à l'interprétation de l'accord d'arbitrage;
- (b) à la procédure d'arbitrage; ou
- (c) à l'annulation de la sentence arbitrale;

à moins que l'accord d'arbitrage n'en dispose autrement."

¹³Reproduit dans (1983) 22 *International Legal Materials* 287. L'article III est rédigé comme suit:

"2. Une renonciation peut être tacitement acceptée, notamment:

(b) par accord écrit de soumettre un litige qui est survenu, ou pourrait survenir, à l'arbitrage de l'État du for ou d'un certain nombre d'États qui peuvent inclure l'État du for. Dans ce cas, un État étranger ne jouit pas de l'immunité devant un tribunal de l'État du for pour une procédure qui se rapporte:

- (i) à la constitution ou à la nomination du tribunal arbitral, ou
- (ii) à la validité, ou à l'interprétation de la convention d'arbitrage ou de la sentence arbitrale, ou
- (iii) à la procédure arbitrale, ou
- (iv) à l'annulation de la sentence."

¹⁴A/CN.9/127, Annuaire de la CNUDCI, volume VIII: 1977, deuxième partie, III, annexe, par. 3 c).

2. Immunité de l'État souverain dans l'exécution des sentences arbitrales

(a) Droit international

42. Un demandeur qui a obtenu une sentence arbitrale contre un État peut se voir opposer l'immunité de l'État souverain lorsqu'il cherche à faire exécuter cette sentence.

43. S'agissant de la Convention de New York, qui prévoit une obligation générale de reconnaître la force exécutoire des sentences arbitrales étrangères, certains commentateurs sont d'avis que le texte et les travaux préparatoires étayeraient la position selon laquelle un État qui a accepté de soumettre un litige à l'arbitrage est tenu de respecter la sentence arbitrale qui a été rendue et ne peut invoquer l'immunité.

44. La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 1965) préserve expressément l'immunité de l'État souverain en dépit de l'obligation faite aux États de reconnaître la force obligatoire des sentences rendues en vertu de la Convention et de les exécuter. L'article 541 de cette Convention prévoit ce qui suit:

“1. Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État...”.

Toutefois, l'article 55 prévoit ce qui suit:

“Aucune disposition de l'Article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un État contractant concernant l'immunité d'exécution dudit État ou d'un État étranger.”

45. De l'avis de certains, si le principe généralement accepté est que, en devenant partie à une convention d'arbitrage, un État étranger a renoncé à tout droit d'invoquer l'immunité souveraine, alors une telle renonciation doit aussi s'étendre à l'exécution de la sentence arbitrale. Sinon, pourquoi appliquer le principe de la renonciation à engager une procédure arbitrale si l'État contre lequel la sentence est rendue peut ensuite se soustraire à la procédure d'exécution en invoquant de nouveau l'immunité de l'État souverain? D'autres estiment que le refus par un État étranger d'exécuter une sentence arbitrale constitue un acte séparé dudit État, si bien que ce dernier peut invoquer à nouveau ou pour la première fois l'immunité souveraine comme moyen de défense contre la procédure d'exécution.

46. La plupart des systèmes juridiques nationaux établissent une distinction entre la renonciation à l'immunité de juridiction et la renonciation à l'immunité d'exécution. En conséquence, dans certains cas, le fait qu'un État accepte de se soumettre à l'arbitrage n'implique pas automatiquement qu'il accepte l'exercice de la juridiction du tribunal de l'État où l'exécution est demandée, ni qu'il accepte l'exécution. La condition de consentement exprès est énoncée dans les articles 7 et 182 du projet d'articles de la Commission du droit international sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, où il est précisé que l'on considère qu'il y a eu renonciation à l'immunité souveraine si l'État a donné son consentement à l'exercice de la juridiction ainsi que son consentement à l'exécution¹⁵.

¹⁵Le projet d'article 7 est rédigé comme suit:

“1. Un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre État à l'égard d'une matière ou d'une affaire s'il a consenti expressément à l'exercice de la juridiction de ce tribunal à l'égard de cette matière ou de cette affaire:

(a) Par accord international;

47. Il est aussi possible d'exclure l'immunité de l'État souverain comme moyen de défense dans la procédure d'exécution lorsque le bien qui doit être saisi du fait de l'exécution est un bien qui est utilisé par l'État étranger dans des activités commerciales. Cette exception est prévue au paragraphe 1 du projet d'article 18 de la Commission du droit international, reproduit ci-après¹⁶. Le projet d'articles précise également certaines catégories de biens qui ne peuvent être saisis¹⁷.

Article 18-1

“1. Aucune mesure de contrainte, telle que saisie, saisie-arrêt et saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un État en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État excepté si et dans la mesure où:

- (a) l'État y a expressément consenti ainsi qu'il est indiqué:
 - (i) par accord international;
 - (ii) par un accord d'arbitrage ou dans un contrat écrit;
 - (iii) par une déclaration devant le tribunal ou par une communication écrite faite après qu'un différend a surgi entre les parties;
- (b) l'État a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure; ou
- (c) les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'État du for et ont un lien avec la demande qui fait l'objet de cette procédure ou avec l'organisme ou l'institution contre lesquels la procédure a été intentée.”

(b) Lois nationales

48. Rares sont les États qui ont adopté des dispositions d'exécution spécifiques aux sentences arbitrales. Ainsi, on peut lire dans une loi que, lorsqu'un État étranger est partie à une convention d'arbitrage, cet État ne peut invoquer l'immunité dans une procédure d'exécution d'une sentence rendue à la suite de l'arbitrage. Selon la loi d'un autre État, le demandeur ne peut faire saisir un bien d'un État étranger pour faire exécuter une sentence arbitrale sauf si cet État y a consenti ou si le bien est utilisé ou est destiné à être utilisé à des fins commerciales.

(b) Dans un contrat écrit; ou

(c) Par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite dans une procédure déterminée.

2. L'accord donné dans un État pour l'application de la loi d'un autre État n'est pas réputé valoir consentement à l'exercice de la juridiction des tribunaux de cet autre État.”

Le paragraphe 2 du projet d'article 18 se lit comme suit:

“2. Le consentement à l'exercice de la juridiction visé à l'article 7 n'implique pas consentement à l'adoption de mesures de contrainte aux termes du paragraphe 1, pour lesquelles un consentement distinct est nécessaire.”

¹⁶Cette exception découle du principe général qu'une entité publique qui a une activité commerciale, par opposition à une activités publique, ne jouit pas de l'immunité de poursuites. Plusieurs instruments internationaux contiennent des dispositions à cet effet (par exemple l'article 7-1 de la Convention européenne sur l'immunité des États). Une telle disposition est aussi courante dans les lois nationales et de nombreux textes de jurisprudence évoquent les moyens d'établir une différence entre “activité publique” et “activité commerciale”.

¹⁷Les catégories de biens ne pouvant être saisis, qui sont énoncées à l'article 19, sont les suivantes: biens utilisés ou destinés à être utilisés aux fins des diverses missions diplomatiques de l'État, ou à des fins militaires; biens de la banque centrale ou d'une autorité analogue; biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique, culturel ou historique.

49. Le plus souvent, les lois nationales réglementent l'exécution des jugements en général, sans référence particulière aux sentences arbitrales. Les approches suivies sont fondées normalement sur deux théories. La première est la théorie de l'interdiction absolue, qui interdit la saisie de tous biens d'un État étranger sans le consentement de ce dernier. La seconde, à savoir la théorie de l'interdiction restreinte, qui interdit la saisie dans des cas plus restreints est celle sur laquelle se fonde l'approche la plus courante et la plus récente. Les modalités d'application, toutefois, varient. Dans certains systèmes juridiques, l'"État" est défini au sens étroit du terme, ce qui exclut les entités publiques commerciales ou les entités publiques ayant des activités commerciales. La plupart des législations excluent également l'immunité lorsque l'État a donné son consentement à l'exécution ou à la saisie, et dans certaines lois un tel consentement est interprété comme couvrant une renonciation tacite aussi bien qu'expresse. Certains États n'autorisent pas l'exécution contre des biens d'un État étranger situés dans l'État où l'exécution est demandée, sauf s'il existe un lien juridictionnel suffisant. D'autres États exigent un lien entre le bien qui doit être saisi et la demande. La plupart acceptent que certaines catégories de biens publics ne puissent être saisis, lesdites catégories étant analogues à celles de l'article 19 du projet d'articles de la Commission du droit international susmentionné.

3. Conclusion

50. Compte tenu du fait que la Commission du droit international continue d'étudier la question de l'immunité de l'État souverain et que l'Assemblée générale a décidé de créer un groupe de travail de la Sixième Commission chargé d'examiner les questions de fond restant à régler concernant le projet d'articles de la Commission du droit international à sa cinquante-quatrième session, au début de 1999¹⁸, la Commission souhaitera peut-être demander au secrétariat de suivre ces travaux et de lui faire rapport sur leurs résultats.

E. Jonction de plusieurs instances arbitrales

51. Il est parfois souhaitable de joindre dans une seule procédure arbitrale plusieurs affaires fondées sur des conventions d'arbitrage différentes. On ne prendra ici en considération que les cas où les procédures pouvant faire l'objet d'une jonction ont lieu ou doivent avoir lieu dans le même État. Bien qu'il puisse être parfois souhaitable de procéder également à une jonction lorsque les procédures arbitrales ont lieu dans des États différents, ces cas soulèvent des problèmes supplémentaires de coopération internationale entre les tribunaux nationaux, qui dépassent le cadre du présent exposé.

52. Une jonction peut être jugée souhaitable dans diverses situations. Les plus courantes sont celles où plusieurs arbitrages découlent des mêmes faits ou font intervenir les mêmes parties. On peut citer à cet égard le cas où il existe une convention d'arbitrage entre l'acheteur d'une installation industrielle et son entrepreneur général et une autre convention d'arbitrage entre l'entrepreneur général et les divers sous-traitants de ce dernier, à laquelle l'acheteur n'est pas partie. Un litige soumis à un arbitrage entre certaines des parties entraîne souvent un arbitrage entre les autres parties. Dans un tel cas, une ou plusieurs parties peuvent souhaiter une jonction de ces procédures arbitrales liées entre elles.

53. Une jonction offre notamment pour avantage d'éviter des décisions contradictoires. En effet, lorsque plusieurs tribunaux arbitraux délibèrent sur des questions découlant d'un même ensemble de faits, il peut arriver que chacun parvienne à une conclusion différente. Dans l'exemple donné ci-dessus, si les parties demandaient un arbitrage séparément en cas de problème dans une installation en cours de construction, on peut concevoir qu'un tribunal estime que l'entrepreneur général n'est pas responsable et qu'un autre juge qu'aucun des sous-traitants n'est responsable. Pourtant, les faits peuvent montrer que l'acheteur de l'installation industrielle est en droit d'obtenir un dédommagement d'au moins l'une des parties. Une jonction peut également favoriser l'efficacité. En effet, en

¹⁸Résolution 53/98 de l'Assemblée générale, Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (20 janvier 1999).

prévoyant la possibilité de faire comparaître toutes les parties et leurs témoins-experts, devant un seul tribunal arbitral qui examinerait l'ensemble des éléments de preuve, on peut éviter les chevauchements, réduire les coûts et faire économiser du temps à tout le monde.

54. Il convient de noter qu'il existe une importante différence entre les cas où les parties ont convenu d'une jonction, soit dans la convention d'arbitrage, soit d'une autre manière, et ceux où elles ne l'ont pas fait. Dans le premier cas, les parties peuvent avoir besoin d'une aide pour appliquer la convention; par exemple, les conditions de la jonction peuvent ne pas avoir été précisées, les parties peuvent être dans l'impossibilité de s'accorder sur le choix du tribunal ou se trouver dans une impasse pour d'autres questions. D'un autre côté, une des parties ou plus peuvent ne pas souhaiter que les litiges qui sont liés entre eux soient examinés dans le cadre d'une procédure unique (par exemple afin de préserver la confidentialité ou pour des raisons de tactique procédurale). Il peut ainsi arriver que, dans certains cas, les multiples parties concernées conviennent que les différents litiges feront l'objet d'une procédure commune alors que dans d'autres il n'y aura pas d'accord dans ce sens.

55. Certains estiment qu'au niveau législatif le seul objectif devrait être de faciliter l'application des conventions de jonction d'instances. D'autres pensent qu'il faudrait aller plus loin et autoriser, dans la loi, les tribunaux à ordonner une jonction lorsqu'à leur avis celle-ci semble appropriée même en l'absence de convention entre les parties.

1. Solutions législatives actuelles

56. Lorsque l'on examine la législation actuelle, on constate qu'aucun instrument international applicable à l'arbitrage international ne traite la question de l'habilitation d'une autorité compétente à ordonner une jonction. À l'époque de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, chacun s'accordait à penser que cette loi ne devait pas traiter les problèmes de jonction dans les litiges multipartites. Tout le monde pensait certes que les parties étaient libres de conclure des conventions de jonction si elles le souhaitaient, mais le Groupe de travail était d'avis qu'il n'était pas réellement nécessaire d'inclure une disposition sur le sujet dans la Loi type¹⁹.

(a) Habilitation à ordonner une jonction sans l'accord des parties

57. Dans les lois nationales examinées qui traitent la question de la jonction, on a relevé uniquement deux cas où la loi habilite le tribunal étatique à ordonner une jonction, même si toutes les parties concernées ne sont pas convenues de cette jonction. Dans l'un des États, l'habilitation à ordonner la jonction s'applique uniquement aux arbitrages nationaux; pour que cette habilitation s'étende aux arbitrages internationaux, les parties doivent d'abord avoir choisi, par convention écrite, d'appliquer le régime interne qui contient les dispositions de jonction sur décision d'un tribunal. Dans l'autre État, les parties peuvent, par convention, choisir d'exclure cette disposition. Une fois que toutes les parties et les arbitres ont eu la possibilité d'exprimer leur opinion sur la demande de jonction faite par une partie, le tribunal étatique peut faire droit entièrement ou partiellement à la demande ou la rejeter. S'il doit y avoir jonction des procédures et si les parties ne peuvent pas s'entendre sur le tribunal ou les règles de procédure, la décision revient à la juridiction étatique.

(b) Habilitation à aider des parties ayant convenu d'une jonction des instances

58. Dans les pays qui ont adopté des dispositions législatives sur la jonction, la démarche la plus usuelle est cependant de favoriser l'autonomie des parties et d'aider celles qui sont déjà convenues de joindre leurs procédures. La plupart des lois exigent soit qu'un tel accord ait été expressément indiqué dans la convention d'arbitrage ou d'une autre manière, soit que la demande de jonction soit soumise au consentement de toutes les parties.

¹⁹ Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa troisième session (1982), A/CN.9/216, Annuaire de la CNUDCI, vol. VIII: 1982, deuxième partie, III, A, par. 37.

59. Dans la plupart des lois examinées, la demande de jonction doit être adressée à une juridiction étatique. Dans certains pays, elle peut être adressée au tribunal ou aux tribunaux arbitraux concernés. Les tribunaux arbitraux saisis peuvent se consulter afin d'assurer la cohérence de leurs décisions de jonction. S'il n'y a pas de décision de jonction, ou si les décisions provisoires des tribunaux arbitraux saisis sont contradictoires, toute partie peut s'adresser à la juridiction étatique, qui statuera sur la jonction.

60. La plupart des lois examinées prévoient la possibilité d'ordonner une jonction lorsque existe une question commune de droit ou de fait, lorsque les droits à réparation revendiqués découlent de la même opération ou lorsqu'une décision de jonction est souhaitable pour toute autre raison.

2. Conclusion

61. La Commission souhaitera peut-être se demander si la question de la jonction des procédures arbitrales est un domaine qui doit être étudié plus avant afin d'envisager l'élaboration de dispositions législatives types. Dans l'affirmative, le secrétariat pourrait être prié d'étudier, en particulier, ce que prévoient les lois nationales en matière de jonction ainsi que d'autres questions, notamment les suivantes: doit-il y avoir reconnaissance dans la loi de la force exécutoire des conventions de jonction; les tribunaux arbitraux et les tribunaux étatiques doivent-ils être spécifiquement habilités à faciliter la jonction de conventions d'arbitrage liées entre elles, avec le consentement des parties, pour des questions telles que le choix du tribunal arbitral qui restera saisi, les conditions de la jonction, et les procédures applicables; et les tribunaux concernés devraient-ils être spécifiquement habilités à se concerter sur ces questions?

F. Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales

62. Ces dernières années, la question de la confidentialité des procédures arbitrales a donné lieu à un vaste débat au plan international – suscité en partie par la décision de la Haute Cour australienne dans l'affaire *Esso contre Plowman*²⁰ – qui a conduit à la constatation que les besoins des parties en matière de confidentialité des procédures n'étaient peut-être pas suffisamment pris en compte dans les règlements d'arbitrage ou les lois nationales relatives à l'arbitrage. Auparavant, on supposait en général que, si le caractère privé de la procédure arbitrale était protégé, notamment par les dispositions des règles de procédure, la confidentialité était également protégée. C'est pourquoi la confidentialité n'était pas expressément abordée ni dans les règlements d'arbitrage ni dans le droit national. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, par exemple, dispose que l'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties et que la sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, en revanche, ne traite ni du caractère privé de la procédure ni de la confidentialité.

63. Si le fait d'assurer le caractère privé de la procédure ne garantit pas nécessairement la confidentialité, il contribue du moins à limiter le nombre des personnes qui ont accès aux audiences. Les règlements d'arbitrage abordent en général la question du caractère privé des procédures. Si, de plus en plus, ces règlements traitent également de la question de la confidentialité et si la jurisprudence de quelques juridictions reconnaît expressément que la confidentialité est une condition implicite de la convention d'arbitrage, en général la confidentialité n'est pas évoquée dans le droit national, sauf dans de très rares cas. Si la confidentialité est expressément protégée, il n'existe pas d'approche unique de l'étendue de l'obligation de confidentialité pour ce qui des informations devant être traitées comme confidentielles, des personnes auxquelles s'applique l'obligation, ou des exceptions autorisées à l'interdiction de divulguer et de communiquer des données.

²⁰(1995) 183 Commonwealth Law Reports 10; voir également *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard P/L* (1995) 36 New South Wales Law Reports 662.

1. Dispositions actuelles régissant la confidentialité

64. Une étude des règlements d'arbitrage et des très rares lois nationales qui abordent la confidentialité fait apparaître la diversité des approches retenues. Ainsi, dans certains cas, en formulant une disposition de confidentialité susceptible de s'appliquer à toutes les situations, a-t-on adopté une disposition générale selon laquelle la documentation établie pour un arbitrage ou produite par cet arbitrage ne pouvait être divulguée à des tiers sans le consentement de l'autre partie ou l'autorisation du tribunal. Dans d'autres cas, on a retenu une disposition plus détaillée qui intègre les paramètres du devoir de confidentialité, notamment: i) les documents ou informations qui doivent rester confidentiels; ii) les personnes auxquelles le devoir de confidentialité doit s'étendre et comment ce devoir doit s'exercer; et iii) les exceptions autorisées à l'interdiction de divulguer et de communiquer des données.

65. S'agissant des documents ou des informations qui doivent rester confidentiels, certaines dispositions donnent une description générale de faits ou autres informations touchant le litige ou la procédure d'arbitrage. D'autres dispositions adoptent une description plus spécifique de l'information à prendre en compte et incluent diverses catégories d'information auxquelles est accordé un traitement différent. Ces catégories renvoient par exemple aux dépositions faites par une partie ou un témoin; aux exposés écrits et oraux; des arguments au fait que l'arbitrage a lieu; à l'identité des arbitres; au contenu de la sentence; aux communications entre les parties elles-mêmes ou leurs conseils avant ou pendant l'arbitrage; et aux informations par nature confidentielles, comme les secrets commerciaux et les informations commerciales confidentielles.

66. S'agissant des personnes auxquelles s'étend le devoir de confidentialité, sont visés notamment les arbitres; le personnel de l'institution d'arbitrage, lorsqu'il s'agit d'une institution; les parties et leurs agents; les témoins, y compris les experts; les conseils et les conseillers. Dans la mesure où le devoir de confidentialité ne peut peut-être pas s'appliquer à toutes ces personnes de la même manière, selon certaines dispositions, les arbitres et les représentants des parties, et éventuellement les témoins, doivent signer un accord de confidentialité. Selon d'autres dispositions concernant les témoins il faut que la partie qui cite le témoin garantisse que ce dernier observera le même degré de confidentialité que celui exigé de la partie intéressée. Certaines dispositions portent également sur la période pendant laquelle le devoir de confidentialité continue de s'exercer.

67. Dans certaines circonstances, la divulgation des informations est autorisée, notamment lorsque les parties consentent à cette divulgation; lorsque l'information relève du domaine public; lorsque la divulgation est exigée par la loi ou par un organisme réglementaire; lorsqu'il est raisonnablement nécessaire de protéger les intérêts légitimes d'une partie; et lorsqu'il y va de l'intérêt de la justice ou du public. Si l'étendue de certaines de ces exceptions peut faire l'objet d'une définition et d'une application claires et précises pour d'autres, comme la divulgation d'informations "dans l'intérêt du public", on considère en général qu'elles méritent un examen attentif. On a estimé, par exemple, qu'il faudrait peut-être établir un équilibre entre l'intérêt réel du public dans l'information en question et la menace de divulgation d'informations commercialement sensibles comme moyen de pression sur une partie pour régler le litige.

68. Certaines dispositions portent également sur les conditions spéciales liées à la divulgation d'informations en fonction du moment auquel intervient cette divulgation. Si les informations doivent être divulguées, par exemple, pendant la procédure d'arbitrage, il faut, selon certaines dispositions qu'il soit donné notification de cette divulgation au tribunal arbitral et à l'autre partie. Lorsque la divulgation intervient une fois l'arbitrage terminé, il peut suffire d'en aviser uniquement l'autre partie.

69. Nonobstant les dispositions qui protègent la confidentialité de la sentence arbitrale, certaines règles institutionnelles prévoient une disposition autorisant la publication de statistiques agrégées ou même l'accès à des informations sur telle ou telle procédure, sous réserve que les informations divulguées ne permettent pas d'identifier telle ou telle partie ou circonstance. Le consentement de l'institution concernée est normalement requis.

2. Conclusion

70. La protection actuelle n'est peut-être pas suffisante, mais les opinions divergent sur la manière de garantir la confidentialité des procédures arbitrales. Selon certains, la difficulté de définir le champ d'application d'un devoir général de confidentialité fait qu'il n'est guère aisé d'aborder la question. D'autres, y compris la Haute Cour australienne dans l'affaire *Esso contre Plowman*, estiment que les parties à un arbitrage peuvent expressément stipuler dans leur convention d'arbitrage des niveaux absolus ou particuliers de confidentialité. D'autres encore considèrent que les règlements d'arbitrage devraient renfermer des dispositions sur la confidentialité, mais certains sont d'avis qu'il serait peut-être nécessaire d'établir une disposition législative type. Dans tous ces cas, l'accent a été mis sur l'importance, pour l'arbitrage commercial international, de l'uniformité de traitement et d'une application universelle.

71. La Commission souhaitera peut-être voir si la question de la confidentialité doit être examinée plus à fond et, en particulier, si une plus grande protection est nécessaire sous forme d'une disposition législative type. Dans l'affirmative, le secrétariat pourrait être prié d'étudier les possibilités de protéger la confidentialité et, en particulier, l'étendue de la protection qu'il pourrait être nécessaire d'accorder en ce qui concerne, par exemple, les documents ou informations qui doivent rester confidentiels, les personnes auxquelles le devoir de confidentialité doit s'étendre et la manière dont ce devoir doit s'exercer, et les exceptions autorisées à l'interdiction de divulguer et de communiquer des données.

G. Demandes aux fins de compensation

72. Il arrive souvent dans la pratique arbitrale que le défendeur, dans sa réponse au demandeur, non seulement énonce ses défenses à propos des indications figurant dans la requête, mais invoque aussi une requête présentée par lui-même contre le demandeur. Il peut le faire de deux manières. Premièrement, il peut présenter une demande reconventionnelle, que le tribunal arbitral doit traiter essentiellement de la même manière que s'il s'agissait d'une demande originaire du demandeur et sur laquelle il doit rendre une décision indépendante de la décision concernant la demande présentée par le demandeur, et quel que soit le résultat auquel aboutit cette dernière. Ainsi, par exemple, si la demande présentée par le demandeur est rejetée, le tribunal arbitral est-il encore appelé à statuer sur la demande reconventionnelle.

73. Deuxièmement, le défendeur peut invoquer sa demande non comme une demande reconventionnelle mais comme un moyen de défense aux fins de compensation. Dans ce cas, il doit être statué sur le moyen de défense, pour autant qu'il soit recevable, uniquement si et dans la mesure où la demande présentée par le demandeur est fondée. Si elle ne l'est pas, le tribunal arbitral n'a pas à l'examiner.

74. Une question qui se pose souvent dans la pratique est de savoir dans quelles conditions le tribunal arbitral peut prendre en considération un droit litigieux invoqué comme moyen de compensation. La question qui a donné lieu à des réponses divergentes et à des controverses est celle de savoir si le tribunal arbitral est compétent pour examiner les mérites d'une demande présentée aux fins de compensation, si cette dernière n'est pas couverte par la convention d'arbitrage portant sur la demande principale (mais peut l'être par une convention d'arbitrage différente ou ne faire l'objet d'aucune convention d'arbitrage).

1. Solutions actuelles

75. Cette question peut être réglée par convention entre les parties. Certains règlements d'arbitrage autorisent le tribunal arbitral à examiner les demandes aux fins de compensation même si celles-ci ne sont pas visées par la convention d'arbitrage portant sur la demande principale. Par exemple, l'article 27 du Règlement d'arbitrage international de la Chambre de commerce de Zurich (1989) dispose que le tribunal arbitral a également compétence pour connaître d'une exception de compensation si la demande qui fait l'objet de la compensation ne relève pas de

la clause compromissoire, et même s'il existe une autre clause compromissoire ou une clause d'attribution de compétence pour cette demande.

76. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI adopte une position plus restrictive en ce sens que le défendeur peut invoquer un droit comme moyen de compensation si la demande est fondée sur le même contrat (art. 19). Le Règlement n'indique pas expressément que la demande de compensation doit être visée par la même convention d'arbitrage que la demande principale. Si les parties ont modelé la convention d'arbitrage sur le libellé type de clause compromissoire qui apparaît dans la note de bas de page se rapportant à l'article premier du Règlement²¹ (et ont, de ce fait, soumis à arbitrage les litiges nés du contrat), la demande principale et le droit invoqué comme moyen de compensation seront visés par la même convention d'arbitrage. Si, par contre, la convention d'arbitrage visant la demande principale ne couvre pas la demande de compensation, se posera la question de savoir, également en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, si le tribunal arbitral est compétent pour connaître de la demande de compensation qui n'est pas visée par la convention d'arbitrage.

77. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international n'aborde pas la question expressément. Le commentaire analytique du projet de texte de la Loi type, qui avait été établi par le secrétariat, part de l'idée que, si le défendeur présente une demande aux fins de compensation (ou une demande reconventionnelle), la demande ne doit pas excéder le champ d'application de la convention d'arbitrage. Le commentaire ajoute que cette restriction, bien que non expresse, semble aller de soi compte tenu du fait que la compétence du tribunal arbitral est fondée sur cette convention et s'inscrit dans les limites qu'elle définit²².

78. Depuis, on a exprimé l'avis que la compétence du tribunal arbitral pour connaître des demandes présentées aux fins de compensation devrait dans certaines conditions s'étendre au-delà des limites du contrat sur lequel se fonde la demande principale. Les raisons invoquées sont l'efficacité de la procédure et l'intérêt d'éliminer les litiges entre les parties. Ces raisons sont censées avoir un certain poids en particulier lorsque les deux parties sont des commerçants ou lorsque la demande principale et le droit invoqué comme moyen de compensation se fondent sur des contrats à caractère économique.

2. Conclusion

79. La Commission voudra peut-être réfléchir à l'opportunité d'une étude plus approfondie de ce problème. Les questions à traiter pourraient être, par exemple, les suivantes: la compétence du tribunal arbitral pour connaître des demandes présentées aux fins de compensation peut-elle être traitée dans les règlements d'arbitrage ou une disposition législative appropriée serait-elle souhaitable?

H. Décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets

80. Il découle des lois et règlements d'arbitrage que les arbitres, lorsqu'ils ont accepté d'intervenir en cette qualité, ont le droit et le devoir de participer à la procédure et aux délibérations du tribunal arbitral et de signer la sentence arbitrale. Un tel droit et un tel devoir sont également implicites ou expressément stipulés dans l'accord en vertu duquel l'arbitre accepte sa nomination.

²¹La partie pertinente du libellé type de clause compromissoire se lit comme suit: "Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ... sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur" (soulignage rajouté).

²²Document A/CN.9/264, Annuaire de la CNUDCI, volume XVI: 1985, deuxième partie, I, B, commentaire sur le projet d'article 23, par. 5 et 8.

81. Il arrive parfois qu'un arbitre, en particulier lorsqu'il est désigné par une partie, démissionne ou refuse de participer à la procédure ou aux délibérations du tribunal arbitral. La plupart des lois et règlements d'arbitrage nationaux comportent des dispositions concernant cette situation. En général, il est stipulé que lorsque l'arbitre ne s'acquitte pas de ses fonctions, un arbitre remplaçant doit être nommé; habituellement il est prévu que les règles régissant la nomination de l'arbitre remplaçant sont les règles applicables à la nomination de l'arbitre qui est remplacé (par exemple, voir le paragraphe 1 de l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international).

82. Quelles que soient les raisons de la démission ou de la carence de l'arbitre, cette situation, ainsi que la nomination d'un arbitre remplaçant risquent de provoquer des retards, des dépenses supplémentaires et d'autres désagréments. L'accroissement sensible des dépenses et des délais s'explique notamment par le fait qu'il peut être nécessaire de répéter la procédure orale qui a eu lieu avant la nomination du remplaçant (voir, par exemple, l'article 14 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

83. La situation est particulièrement problématique lorsque la démission d'un arbitre ou son refus de coopérer interviennent vers la fin de la procédure et que les motifs invoqués paraissent sans justification aux deux autres arbitres ou à l'institution d'arbitrage qui administre l'affaire. Dans la mesure où la procédure arbitrale risque d'être perturbée, les affaires dans lesquelles la démission ou le refus de coopérer ont pour origine une collusion entre une partie et l'arbitre nommé par cette partie, sont une source particulière de préoccupation. Une telle collusion peut être motivée par le désir de retarder l'affaire, de contrarier la procédure et donc de priver l'autre partie de ses droits légitimes en vertu de la convention d'arbitrage.

84. La carence de l'arbitre peut engager sa responsabilité pour manquement à ses obligations contractuelles ou réglementaires. Une telle responsabilité est un problème entre la partie lésée et l'arbitre et est extérieur au litige examiné dans le cadre de l'arbitrage où il y a eu carence de l'arbitre. Si la situation donne lieu à un litige, celui-ci sera normalement tranché par un tribunal étatique, à moins qu'il n'existe une convention d'arbitrage entre l'arbitre et la partie qui a engagé une action contre.

85. Nonobstant cette responsabilité de l'arbitre, la carence de ce dernier peut également être abordée dans le cadre de la procédure arbitrale à laquelle il cesse de participer. En règle générale, le problème n'est pas grave lorsque le refus de coopérer intervient après que le tribunal arbitral a terminé ses délibérations sur le fond de la sentence et lorsque l'absence de coopération se limite au refus de signer la sentence. La solution généralement acceptée dans le droit et dans les règlements d'arbitrage est que les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres (par. 1 de l'article 31 de la Loi type de la CNUDCI; une disposition analogue est énoncée, par exemple, au paragraphe 4 de l'article 32 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

86. La question qui, ces dernières années, a donné lieu à des débats animés parmi les praticiens est celle de savoir si, lorsqu'un arbitre démissionne vers la fin de la procédure alors que peut-être les moyens de preuve ont été présentés et les arguments entendus, les deux autres arbitres sont autorisés à mener à terme la procédure et à rendre une sentence²³. Les décisions ainsi prises par les deux arbitres restants sont souvent qualifiées de décisions prises par un "tribunal incomplet".

²³Voir, par exemple, le dixième Congrès sur l'arbitrage international, Stockholm, 28-31 mai 1990. Actes du Congrès: ICCA *Congress series n° 5, International Council for Commercial Arbitration* (Conseil international pour l'arbitrage international), I. *Preventing delay and disruption of arbitration*, II. *Effective proceedings in construction cases*, General Editor Albert Jan van den Berg, p.26.

87. Dans les débats auxquels cette question a donné lieu, on a fréquemment exprimé l'avis que, aussi bien dans les pays de droit romain que dans les pays de *common law*, les juridictions étatiques respecteraient les sentences rendues par des tribunaux incomplets si les parties étaient convenues d'une telle procédure. En outre, il a été indiqué que des parties prudentes, souhaitant éviter des difficultés, choisiraient un règlement permettant à deux arbitres de poursuivre la procédure et de rendre une sentence, en l'absence du troisième arbitre, lorsque la majorité estime que cette façon de procéder est dans l'intérêt d'un arbitrage équitable et cohérent. On a également fait valoir qu'il serait difficile d'imaginer que, même en l'absence d'une convention ou d'une règle expresse, un tribunal moderne, dans un État ayant par ailleurs pour règle d'appuyer la pratique de l'arbitrage commercial international, puisse invalider une sentence rendue par une majorité des arbitres au motif qu'un arbitre désigné par une partie, cherchant à faire échouer l'arbitrage, a décidé d'être absent à un moment avancé de la procédure, ou a refusé de participer aux délibérations ou de signer la sentence. Cette opinion s'appuie sur l'hypothèse que lorsque les lois nationales font état de la participation de trois arbitres, on devrait estimer qu'il a été satisfait aux dispositions pertinentes lorsque les trois arbitres ont eu la possibilité, dans les conditions d'équité et d'égalité voulues, de participer à la procédure. On a également émis l'avis que, sur le plan pratique, dès lors qu'il était clair qu'un arbitre désigné par une partie ne pouvait pas parvenir à empêcher le prononcé d'une sentence en se tenant à l'écart de la procédure ou des délibérations, il y avait des chances pour que le problème sous-jacent cesse d'exister²⁴. Des opinions différentes ont également été exprimées pour mettre en garde contre toute mesure législative tendant à autoriser un tribunal incomplet à prendre une décision à sa discrétion. On a fait valoir qu'une partie ne devrait pas être tenue responsable de l'inconduite de l'arbitre désigné par elle et que le pouvoir discrétionnaire de poursuivre la procédure avec un tribunal incomplet risquait de soulever des problèmes quand, après la démission d'un arbitre, les deux autres agissaient abusivement dans l'intérêt de l'une des parties.

1. Solutions actuelles de caractère législatif et non législatif

88. À la lumière de ces débats, certaines institutions arbitrales ont adopté des règlements qui déterminent les conditions dans lesquelles un tribunal incomplet peut valablement poursuivre la procédure et rendre une sentence. Par exemple, l'article 11 des International Arbitration Rules (Règlement d'arbitrage international) de l'American Arbitration Association (1991) est ainsi libellé:

“1. Si un arbitre, dans un tribunal composé de trois arbitres, ne participe pas à l'arbitrage, les deux autres arbitres ont le pouvoir, à leur seule discrétion, de poursuivre l'arbitrage et de prendre toute décision ou de rendre toute sentence, nonobstant la carence du troisième arbitre. Pour déterminer s'il convient de poursuivre l'arbitrage ou de rendre une décision ou une sentence sans la participation d'un arbitre, les deux autres arbitres tiennent compte du stade de l'arbitrage, du motif donné, le cas échéant, par le troisième arbitre pour expliquer sa non-participation, et de toutes autres questions qu'ils jugent appropriées compte tenu des circonstances de l'affaire. Dans le cas où les deux autres arbitres décident de ne pas poursuivre l'arbitrage sans la participation du troisième arbitre, l'administrateur, sur la foi d'éléments de preuve de nature à lui donner satisfaction, déclare le poste vacant et un arbitre remplaçant est nommé conformément aux dispositions de l'article 6, sauf convention contraire des parties.

2. Si un arbitre remplaçant est nommé, le tribunal détermine à sa seule discrétion si la procédure orale qui a déjà eu lieu doit être répétée en totalité ou en partie.”

89. Des dispositions ayant essentiellement la même teneur ont été incorporées dans d'autres ensembles de règles d'arbitrage international, comme The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between two Parties of which only one is a State (1993), (par. 3 de l'article 13) et le Règlement d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) (1994), (article 32).

²⁴Ibid., p. 28 et 29.

90. La question a été abordée dans quelques lois nationales relatives à l'arbitrage. Certaines d'entre elles ont retenu sur le fond les solutions susmentionnées. D'autres sont plus restrictives. Ainsi, tout en reconnaissant dans le principe la liberté des parties de convenir de la manière dont les décisions prises par des tribunaux incomplets doivent être traitées, elles limitent la possibilité des parties d'accorder aux arbitres restants l'autorisation de poursuivre la procédure en l'absence de l'arbitre défaillant aux affaires où ce dernier refuse de participer au vote sur une décision. Par ailleurs, les parties doivent être préalablement avisées de l'intention de rendre une sentence sans l'arbitre qui refuse de participer au vote. S'agissant d'autres décisions, il est prévu que les parties doivent être uniquement informées, une fois la décision prise, du fait que l'arbitre a refusé de participer au vote.

2. Conclusion

91. La Commission voudra peut-être examiner les conséquences préjudiciables que peut avoir, pour la pratique de l'arbitrage commercial international, le retrait d'arbitres de mauvaise foi de la procédure arbitrale. Dans ce contexte, elle pourrait notamment aborder les questions suivantes: a) mesure dans laquelle les parties devraient pouvoir, par convention, mettre hors de doute la validité d'une sentence prononcée par un tribunal incomplet; b) opportunité pour la Commission de formuler une solution type pour une convention entre les parties sur les décisions prises par des tribunaux incomplets; c) opportunité de traiter cette question dans les lois relatives à l'arbitrage commercial international et, dans l'affirmative, d'envisager l'élaboration, par la Commission, d'une solution type d'ordre législatif. Si la Commission décide que cette question doit être approfondie, elle voudra peut-être demander au secrétariat de réaliser une étude dans laquelle seraient énoncées diverses solutions envisageables, qu'elle pourrait examiner.

I. Responsabilité des arbitres

92. Lors des travaux préparatoires de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, il y avait eu consensus sur le fait que la responsabilité des arbitres ne pouvait pas être traitée de manière appropriée dans la Loi type²⁵.

93. Les lois nationales sur l'arbitrage, y compris un certain nombre de lois incorporant la Loi type, ont ajouté des dispositions traitant de la responsabilité de l'arbitre. Ces dispositions diffèrent sur la question de savoir si les arbitres doivent bénéficier d'une exonération de responsabilité professionnelle, et sur les paramètres de cette exonération. On relève une tendance parmi les juridictions de *common law* à assimiler les arbitres à des juges et à leur accorder une immunité équivalente et, parmi les juridictions de droit romain, à mettre l'accent sur les fonctions contractuelles des arbitres en tant qu'experts. Néanmoins, il existe dans les mêmes familles juridiques des différences très sensibles et l'on ne peut établir de distinction précise entre les conceptions retenues par chacune d'entre elles.

1. Dispositions législatives actuelles

94. Quelques lois nationales sur l'arbitrage, dont certaines incorporent la Loi type, renferment des dispositions traitant de l'immunité des arbitres, mais le champ d'application et l'étendue de l'immunité varient sensiblement. Nombre des pays qui ont adopté des dispositions particulières dans leurs lois sur l'arbitrage donnant effet à la Loi type sont des juridictions de *common law*.

95. Certaines des dispositions figurant dans ces lois excluent la responsabilité pour tout acte ou omission en rapport avec l'arbitrage, sauf lorsqu'il est démontré que l'acte ou l'omission sont imputables à la mauvaise foi ou à la malhonnêteté, ou lorsqu'il y a eu faute consciente et délibérée. D'autres dispositions prévoient que l'arbitre n'est

²⁵Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa troisième session (1982), document A/CN.9/216, Annuaire de la CNUDCI, vol. XIII, 1982, deuxième partie, III, A, par. 51 et 52.

pas responsable de négligence pour tout acte commis ou omis en sa qualité d'arbitre. Une exception est parfois prévue pour les cas de fraudes ou de malveillances. Selon une loi, l'arbitre n'est pas responsable des erreurs de droit, de fait ou de procédure commises dans le cours de la procédure arbitrale ou dans le prononcé de la sentence arbitrale. Certaines lois adoptent une démarche opposée en ne cherchant pas à limiter la responsabilité mais en spécifiant qu'un arbitre peut être responsable des pertes subies pour retard ou non-acquittement de ses obligations.

96. Les parties auxquelles l'exonération de responsabilité peut s'appliquer varient sensiblement. Dans certains cas, l'immunité ne s'applique qu'à l'arbitre alors que dans d'autres, elle s'étend à ses salariés et agents ainsi qu'aux conseillers et aux experts. D'autres lois étendent également l'immunité à ceux qui peuvent intervenir dans la nomination d'un tribunal arbitral et à ceux qui peuvent effectuer des tâches administratives en rapport avec la procédure arbitrale, ainsi qu'à leurs salariés et agents. Les conditions des exceptions à l'immunité, dans toutes ces lois, sont les mêmes pour les arbitres que pour les catégories de personnes auxquels s'étend l'immunité.

97. Dans d'autres juridictions, essentiellement celles de droit romain, c'est la nature contractuelle du service rendu par l'arbitre qui est mise en relief. L'arbitre est donc tenu responsable de la non-exécution de son mandat, à savoir d'un manque de diligence raisonnable dans l'exécution de ses obligations; de l'incapacité de rendre la sentence dans les délais contractuels ou légaux; d'actes faisant courir aux parties le risque d'une annulation de la sentence; de partialité; de négligence; de la violation du secret de la procédure arbitrale; et de tous les cas de fraudes, de présentation erronée des faits, de corruption et de fautes graves. Dans certaines juridictions, le prononcé de la sentence fait l'objet d'une immunité particulière en raison de la nature quasi judiciaire de la fonction exercée. Dans certains cas, la responsabilité peut être limitée dans le contrat passé entre l'arbitre et les parties à l'arbitrage, mais cela n'exclut pas nécessairement la responsabilité pour faute grave ou faute intentionnelle.

98. Dans certaines juridictions de *common law*, les arbitres peuvent jouir d'une immunité très étendue, plus proche de celle des juges, alors que dans d'autres, une distinction est établie entre les actes d'un arbitre qui sont de nature juridictionnelle et font donc l'objet d'une large immunité et les actes qui sont sans rapport avec la fonction juridictionnelle et qui relèvent donc de la responsabilité civile.

2. Conclusion

99. Les lois et règlements d'arbitrage diffèrent beaucoup dans leur manière d'aborder la question de la responsabilité, et l'étendue de la responsabilité civile des arbitres peut varier en fonction d'un certain nombre de facteurs, comme a) le choix des règles procédurales régissant la procédure; b) la loi régissant le contrat entre l'arbitre et les parties; c) la nationalité des arbitres; et d) le lieu où se déroule la procédure. Compte tenu de ces considérations, la question de la responsabilité des arbitres devrait faire l'objet d'un examen attentif.

100. Dans la mesure où une formule universellement acceptable peut favoriser le processus d'arbitrage améliorer la sécurité juridique aussi bien pour les arbitres que pour les parties, la Commission voudra peut-être déterminer s'il convient d'examiner plus à fond la question de la responsabilité. Ce faisant, il pourrait être utile d'examiner dans le détail la manière dont la responsabilité des arbitres est actuellement traitée, ainsi que les propositions formulées par des organisations ou des commentateurs.

J. Pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts

101. Pendant l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, il n'avait pas été prévu d'autoriser explicitement l'arbitre à accorder des intérêts. Depuis, dans certaines juridictions, les incertitudes se sont multipliées quant au pouvoir des arbitres d'accorder des intérêts, en particulier dans les pays de *common law*, et un certain nombre de juridictions ont ajouté, dans les lois incorporant la Loi type, des dispositions particulières régissant cette question.

1. Solutions législatives actuelles

102. Les dispositions traitant du pouvoir d'accorder des intérêts, qui ont été adoptées dans les lois nationales, ont un champ d'application très variable, en particulier en ce qui concerne le niveau de précision et les questions visées. Dans leur plus simple expression, ces législations autorisent le tribunal à accorder des intérêts, sauf convention contraire des parties.

103. Certaines juridictions vont au-delà de ce simple pouvoir et abordent d'autres questions. S'agissant de la somme qui peut donner lieu à intérêts, certaines lois la limitent au montant adjugé par le tribunal dans lequel peuvent être prévus les intérêts et d'autres frais. D'autres prévoient que le tribunal arbitral peut ordonner le versement d'intérêts sur la totalité ou une partie du montant adjugé. Dans d'autres cas encore, une distinction peut être établie, pour ce qui est de la somme donnant lieu à intérêts, entre le montant adjugé par le tribunal dans le cours de la procédure et le montant demandé et dû au début de la procédure, mais réglé avant le prononcé de la décision. Certaines juridictions limitent l'application de la disposition concernant les intérêts et précisent, par exemple, qu'elle n'habilite pas l'arbitre à accorder des intérêts sur des intérêts et ne vise pas les sommes sur lesquelles des intérêts sont exigibles de plein droit, soit en vertu d'une convention, soit autrement.

104. Un certain nombre de lois abordent la question du moment à partir duquel des intérêts peuvent être accordés. Certaines fixent ce moment à la date où le montant est adjugé, alors que d'autres stipulent que des intérêts peuvent également être accordés pour la totalité ou une partie de la période écoulée entre la date où est survenu le motif qui a donné lieu à l'action et la date où le montant est adjugé, et d'autres encore prévoient le versement d'intérêts à partir de la date à laquelle le montant est adjugé jusqu'à la date du versement de ce montant. Certaines lois prévoient aussi un échéancier pour le versement des intérêts.

105. S'agissant du taux des intérêts, certaines lois laissent le soin au tribunal de déterminer un taux raisonnable ou un taux commercial raisonnable. D'autres spécifient que le taux doit être le même que celui qui s'applique à un jugement; dans certains cas, un taux particulier est fixé. Une règle plus détaillée stipule que le taux d'intérêts devrait être "le taux bancaire de base à court terme moyen pour la monnaie de paiement du contrat au lieu où le paiement doit être effectué ou, à défaut d'un tel taux en ce lieu, le même taux dans l'État de la monnaie de paiement"²⁶.

2. Conclusion

106. La Commission voudra peut-être examiner l'opportunité de traiter de façon plus approfondie la question du pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts, en vue d'établir une disposition législative type. Dans ce contexte, elle pourra également déterminer si une telle étude doit aborder tous les aspects de ce pouvoir, comme il ressort des dispositions législatives susmentionnées, notamment a) la somme qui peut donner lieu à intérêts; b) la période pendant laquelle des intérêts sont exigibles, avant et après le prononcé de la décision; c) le type (simple ou composé) et le taux d'intérêt à appliquer; et d) d'autres questions, comme le moment auquel les intérêts sont exigibles.

K. Frais d'arbitrage

107. Lors des travaux d'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, l'opinion selon laquelle les questions relatives aux frais d'arbitrage ne devaient pas être traitées dans ladite Loi avait bénéficié d'un large appui. Les États devaient rester libres d'autoriser les tribunaux étatiques à contrôler les frais

²⁶Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, article 7.4.9.

et, par exemple, à réajuster les honoraires manifestement déraisonnables²⁷. Depuis, l'incorporation de la Loi type dans le droit interne a donné lieu à l'ajout de dispositions sur le pouvoir du tribunal arbitral de fixer et allouer les frais et honoraires. Les lois divergent souvent sur le fond et particulièrement sur les détails du pouvoir des tribunaux et la portée des questions connexes.

1. Dispositions législatives actuelles

(a) Composition des "frais"

108. Les lois incorporant la Loi type varient quant à la composition des "frais". Certaines comportent une description générale qui mentionne simplement les "frais d'arbitrage" et peuvent inclure une référence aux honoraires et aux dépenses de l'arbitre ou des arbitres ou aux dépenses que les parties doivent encourir pour la présentation de leur demande ou de leurs moyens de défense. D'autres reflètent une approche plus précise dans la mesure où elles indiquent les éléments à inclure tels que: a) les honoraires de l'arbitre et du tribunal; b) les frais d'hébergement, de déplacement et d'assistance administrative pendant la procédure d'arbitrage; c) les frais afférents à la production de preuves factuelles et à l'insertion d'experts; d) les frais de consultation juridique et de représentation; et e) les autres dépenses encourues à l'occasion de l'arbitrage.

(b) Répartition et prise en charge des frais

109. Les lois qui incorporent la Loi type prévoient généralement que le tribunal arbitral a toute latitude pour décider laquelle des parties doit prendre à sa charge les frais d'arbitrage et dans quelles proportions, en tenant compte de ce qui est raisonnable en l'espèce. On constate toutefois des différences. Certaines lois établissent une distinction entre les honoraires et dépenses de l'arbitre et d'autres frais d'arbitrage, et précisent que les parties sont conjointement responsables du paiement des frais et honoraires des arbitres. D'autres lois prévoient une règle par défaut selon laquelle, lorsque la question des frais n'est pas traitée dans la sentence et en l'absence d'une sentence séparée portant sur les frais d'arbitrage, chacune des parties doit prendre à sa charge ses propres frais de procédure et autres et une part égale des honoraires et frais du tribunal. Une loi prévoit le cas dans lequel une offre de règlement est rejetée. Si l'offre de règlement reprend la sentence définitive du tribunal, ce dernier est autorisé à en tenir compte lorsqu'il établit les frais et dépens.

(c) Questions connexes

110. Contrôle et aide des juridictions étatiques - Un certain nombre de lois traitent les aspects du contrôle et de l'aide des juridictions étatiques, autorisant ces dernières à ajuster les honoraires et les dépenses des arbitres, notamment à ordonner le remboursement des montants excessifs; ainsi qu'à déterminer les frais remboursables, y compris les honoraires et dépenses du tribunal arbitral, lorsque celui-ci ne le fait pas ou lorsqu'une partie ne consent pas à ce qu'il le fasse.

111. Sentences incomplètes - Certaines lois stipulent que lorsque la sentence ne prévoit pas le paiement des frais d'arbitrage, les parties peuvent demander au tribunal arbitral ou, dans certains cas, à la juridiction étatique, de les déterminer.

112. Limites des frais remboursables - Dans certains pays, les parties sont libres de convenir des frais d'arbitrage qui seront remboursables ou peuvent demander au tribunal arbitral ou à la juridiction étatique de le déterminer. En

²⁷Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa troisième session (1982), A/CN.9/216, Annuaire de la CNUDCI, volume XIII: 1982, deuxième partie, III, A, par. 99.

outre, le tribunal arbitral peut être habilité à limiter les frais remboursables à un montant donné, sous réserve d'ajustements possibles.

113. Frais d'interprétation ou de rectification – Un certain nombre de lois précisent que le tribunal arbitral n'a pas le droit de demander des honoraires supplémentaires pour l'interprétation, la rectification ou la finalisation de sa sentence.

2. Conclusion

114. La Commission souhaitera peut-être aborder la question de savoir si les règlements d'arbitrage ou les lois nationales traitent avec suffisamment de précision les frais d'arbitrage ou si une règle uniforme en la matière faciliterait l'arbitrage commercial international. À cet égard, elle pourrait souhaiter examiner le champ d'application d'une telle règle et voir s'il conviendrait d'étudier, en plus du pouvoir de répartir les frais, les autres questions susmentionnées.

L. Force exécutoire des mesures conservatoires

115. Selon de nombreux règlements d'arbitrage, un tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires pour préserver le statu quo jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale. De telles mesures sont désignées par des termes tels que "mesures provisoires de protection", "décisions provisoires", "sentences provisoires", "mesures conservatoires" ou "mesures avant dire droit". Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit ce qui suit:

“À la demande de l'une ou l'autre partie, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises litigieuses, en prescrivant par exemple leur dépôt entre les mains d'un tiers ou la vente de denrées périssables.”

116. Les mesures conservatoires, qui souvent ne sont pas définies dans les règles qui prévoient leur adoption, peuvent être très variées: ordres de ne pas enlever des marchandises ou des biens d'un lieu ou d'une juridiction; conservation des éléments de preuve; vente de marchandises; et dépôt d'une garantie monétaire. Une mesure provisoire peut être imposée pour la durée de l'arbitrage ou peut être d'une nature plus temporaire et censée être modifiée à mesure que la situation évolue. Elle peut prendre la forme d'une décision du tribunal arbitral ou d'une "sentence" provisoire.

117. La question souvent débattue par les praticiens est la force exécutoire de ces mesures, à la fois dans l'État où l'arbitrage a lieu et dans les autres États. L'argument normalement avancé pour défendre la nécessité de cette force exécutoire est qu'une sentence définitive n'aura probablement que peu de valeur pour la partie qui triomphe si, entre-temps, une action ou une inaction de la part d'une partie récalcitrante a rendu l'issue de la procédure en grande partie sans effet (en raison par exemple de la dispersion des biens ou de leur transfert dans une autre juridiction). On a noté que, par voie de conséquence, une décision provisoire pouvait être au moins aussi importante, sinon plus, qu'une sentence²⁸.

118. Certains se demandent en revanche si les mesures provisoires imposées par le tribunal arbitral devraient avoir force exécutoire. On a dit que, dans la pratique, les parties tendent à respecter en tout état de cause de telles mesures, notamment pour éviter d'avoir à supporter les frais qu'entraîne leur non-application, ou parce qu'elles répugnent

²⁸V.V. Veeder, "Provisional and conservatory measures", Actes de la Journée de la Convention de New York, *supra* note 1.

à déplaire au tribunal arbitral. En outre, si l'on considère les mesures provisoires comme des titres exécutoires, il sera nécessaire de leur appliquer des dispositions (identiques ou analogues à celles qui régissent l'annulation des sentences arbitrales) destinées à couvrir certaines infractions graves à la procédure, ce qui rendrait le procédé par trop formel. On a toutefois fait valoir, à l'encontre de cet argument qu'il arrive très souvent qu'une partie refuse d'appliquer une mesure provisoire sans se soucier des conséquences qu'un tel refus peut avoir pour elle, telle que la prise en charge des frais. En outre, les dispositions relatives à l'exécution judiciaire des mesures provisoires, y compris les prérogatives de la juridiction étatique dans la procédure d'exécution, peuvent refléter la nature provisoire des mesures et ne doivent pas être nécessairement identiques aux règles qui régissent la force exécutoire des sentences définitives.

119. Certains proposent que les parties à un arbitrage qui ont besoin de mesures provisoires s'en remettent au système judiciaire, comme cela est possible en vertu de nombreuses lois nationales. On a cependant fait observer, en réponse à cet argument, qu'une telle démarche pourrait poser certains problèmes. Par exemple, l'obtention d'une mesure peut prendre beaucoup de temps, du fait notamment que le tribunal étatique peut avoir besoin d'exposés sur la question ou parce qu'il peut être interjeté appel de sa décision. En outre, la compétence des tribunaux étatiques du lieu de l'arbitrage peut ne pas s'étendre aux parties ou aux biens visés; la procédure d'arbitrage étant souvent menée sur un territoire "neutre" qui n'a que peu ou rien à voir avec la question faisant l'objet du litige, il peut être nécessaire de demander à un tribunal étatique d'une autre juridiction d'examiner la question et d'ordonner une mesure. Par ailleurs, dans certains pays, une des parties peut ne pas être autorisée à demander au tribunal d'imposer une mesure conservatoire du fait qu'en concluant une convention d'arbitrage, les parties sont censées avoir exclu l'intervention des juridictions étatiques dans le litige.

120. On soutient par conséquent que l'on emploierait mieux les ressources en permettant aux parties d'adresser leur demande de mesures provisoires obligatoires directement au tribunal arbitral, plutôt qu'à un tribunal étatique, dans la mesure où le premier connaît déjà l'affaire et a généralement davantage d'informations techniques sur la question.

1. Solutions législatives actuelles

(a) Convention de New York

121. Il arrive parfois que les tribunaux arbitraux imposent des mesures conservatoires sous la forme de sentences provisoires. Une telle possibilité est expressément envisagée, par exemple, dans l'article 26-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Se pose alors la question de savoir si la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères vise également de telles sentences provisoires. Dans la mesure où la Convention ne définit pas le terme "sentence", il est difficile de déterminer si elle s'applique aussi aux sentences provisoires. Selon l'avis qui semble prévaloir, confirmé par la jurisprudence de certains États, la Convention ne s'applique pas aux sentences provisoires.

(b) Loi type de la CNUDCI

122. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international traite expressément dans son article 17, du pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire et d'exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée. Par contre, la Loi type reste muette sur la question de l'exécution.

123. Lorsqu'au cours de l'élaboration de la Loi type, le Groupe de travail a examiné la teneur de l'article 17, ce dernier contenait la phrase suivante: "Si l'exécution d'une mesure provisoire devient nécessaire, le tribunal arbitral

peut solliciter à cet effet l'assistance [d'un tribunal compétent] [du Tribunal visé à l'article V]²⁹. Selon une des vues exprimée au sein du Groupe de travail, l'assistance des tribunaux en matière d'exécution était souhaitable et devait être offerte. Selon une autre opinion, que le Groupe de travail avait adopté après délibération, la phrase devait être supprimée car elle traitait d'une manière incomplète d'une question touchant au droit procédural national et à la compétence des tribunaux et ne serait sans doute acceptée que par peu d'États. Il avait été entendu, cependant, que la suppression de la phrase ne devrait pas être interprétée comme interdisant cette assistance dans les cas où un État était disposé à la fournir en vertu de son droit procédural³⁰.

(c) Lois nationales

124. En ce qui concerne le caractère exécutoire des mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral, les parlements ont adopté des approches diverses. Dans de nombreux États, la loi ne dit rien sur ce point. Dans d'autres, y compris dans certains de ceux qui ont incorporé l'article 17 de la Loi type dans leur législation nationale, habilitant ainsi le tribunal arbitral à ordonner des mesures conservatoires, on trouve des dispositions prévoyant expressément l'exécution de ces mesures provisoires. Ainsi, dans un cas, une clause a été ajoutée de manière à ce qu'un tribunal étatique puisse, à la demande d'une partie, autoriser l'exécution de la mesure provisoire ordonnée par le tribunal arbitral, sauf dans le cas où une demande de mesure provisoire correspondante a déjà été adressée à une juridiction étatique. Dans quelques États, la loi précise que les dispositions inspirées du chapitre VIII de la Loi type relatif à la reconnaissance et à l'exécution des sentences (art. 35 et 36) s'appliquent également aux décisions rendues en vertu de la disposition modelée sur l'article 17 de la Loi type.

125. En ce qui concerne les pouvoirs conférés à la juridiction étatique qui fait exécuter une mesure provisoire ordonnée par le tribunal arbitral, on note également une diversité d'approches. Dans un État au moins, la juridiction étatique est habilitée à examiner les fondements de la mesure provisoire ordonnée par le tribunal arbitral. Dans quelques autres cas, elle ne peut remettre en cause les conclusions sur les faits du tribunal arbitral. Dans un pays, la loi prévoit que la juridiction étatique peut reformuler la décision rendue par le tribunal arbitral si cela est nécessaire pour faire exécuter la mesure; en outre le même tribunal peut, sur demande, annuler ou modifier sa décision d'autoriser l'exécution.

126. Un des problèmes que peut poser l'exécution ordonnée par une juridiction étatique d'une mesure prononcée par un tribunal arbitral est celui de la responsabilité en cas d'abus de droits. Une loi nationale prévoit, par exemple, que, s'il s'avère qu'une mesure ordonnée par le tribunal arbitral était dès le début non fondée, la partie qui a obtenu son exécution est tenue d'indemniser l'autre partie pour le préjudice subi du fait de l'exécution de cette mesure. Cette loi prévoit en outre qu'une telle demande d'indemnisation peut être déposée pendant la procédure arbitrale en cours.

2. Conclusion

127. La Commission souhaitera peut-être examiner l'opportunité de demander au secrétariat d'examiner plus à fond la question de la force exécutoire des mesures conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral. Elle pourrait le prier d'étudier la pratique en la matière dans l'arbitrage commercial international et dans les juridictions étatiques et, en ce qui concerne l'opportunité et la faisabilité de dispositions législatives uniformes, de lui présenter une première ébauche de solutions pour examen.

²⁹Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa sixième session (1983), A/CN.9/245, Annuaire de la CNUDCI, vol. XV: 1984, deuxième partie, II, A, 1, par. 70.

³⁰Ibid., par. 72

M. Liberté d'exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine

128. Une fois qu'une sentence arbitrale a été prononcée, le demandeur peut demander son exécution soit aux juridictions étatiques de l'État où la sentence a été prononcée ("État d'origine"), soit à celles d'un autre État où le débiteur possède des biens ("État d'exécution"). Toutefois, lorsque la sentence est annulée par le tribunal compétent de l'État d'origine, elle ne peut être exécutée dans cet État. La partie qui demande l'exécution peut alors tenter de l'obtenir d'un tribunal d'un autre État. Le tribunal de l'État d'exécution doit alors déterminer s'il existe des circonstances qui l'autorisent à faire exécuter la sentence, en dépit du fait qu'elle a été annulée dans l'État d'origine.

1. Solutions législatives actuelles

(a) Convention de New York

129. La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères contient une liste de motifs de refus de l'exécution d'une sentence arbitrale. L'exécution peut ainsi être refusée si "la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue" (art. V4 e)).

130. Les praticiens et les théoriciens débattent pour déterminer si, et dans quelle mesure, un tel refus fondé sur l'article V4 e) de la Convention est discrétionnaire. Les débats sont centrés sur la question de savoir si la juridiction étatique de l'État d'exécution est habilitée à prendre en considération les motifs d'annulation de la sentence initiale, ou si la demande d'exécution doit être nécessairement rejetée.

131. Le débat a été suscité en partie par le libellé de l'article V4. On a en effet déclaré que dans le texte anglais les mots "enforcement ... may be refused" impliquent une certaine latitude de la part de l'autorité compétente de refuser l'exécution. Toutefois, on a aussi déclaré que, lorsque l'on y insère le mot "only" (à savoir "enforcement ... may be refused ... only if ..."), l'interprétation est différente. En conséquence, il est difficile de déterminer, affirmet-on, si l'exécution doit être refusée chaque fois qu'une sentence a été annulée.

132. Il a aussi été déclaré que l'article VII4 de la Convention pouvait également offrir une option qui évite de prendre en considération la décision d'annuler la sentence³¹. En vertu de ce que l'on appelle la clause du "droit le plus favorable", une partie peut demander l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère dans un État en se fondant sur d'autres traités ou sur le droit interne de cet État. La juridiction étatique de l'État d'exécution pourrait, sans avoir à se prononcer sur les mérites de la décision d'annulation de la juridiction étatique de l'État d'origine, déterminer que, sur la base de son droit interne, la sentence doit être exécutée. Toutefois, cette approche a été critiquée au motif qu'en encourageant ainsi les États à adopter des critères qui leur sont propres pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, on va à l'encontre des objectifs d'harmonisation et d'unification des lois nationales.

(b) Convention européenne de 1961

133. L'exécution des sentences annulées est traitée dans la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961). En vertu de son article IX-1, l'annulation dans un État contractant d'une sentence e

³¹Le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention est rédigé comme suit:

"1. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée."

arbitrale régie par la Convention ne constitue une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre État contractant que si cette annulation a été prononcée pour l'une des raisons qui y sont énoncées; celles-ci sont essentiellement les mêmes que celles qui figurent à l'article V-1 a) à d) de la Convention de New York³². En vertu de la Convention européenne, la juridiction étatique de l'État d'exécution est donc tenue d'exécuter la sentence si cette dernière a été annulée dans l'État d'origine pour des raisons autres que celles qui sont énoncées à l'article IX-1 de cette Convention. En outre, l'article IX-2 res treint l'application de l'article V-1 e) de la Convention de New York dans la mesure où il prévoit ce qui suit:

“Dans les rapports entre États contractants également Parties à la Convention de New York [...], le paragraphe 1 du présent article a pour effet de limiter aux seules causes d'annulation qu'il énumère l'application de l'article V, paragraphe 1, e) de la Convention de New York”.

(c) Loi type de la CNUDCI

134. L'article 36-1 de la Loi type de la CNUDCI énonce les motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence arbitrale, qui sont essentiellement les mêmes que ceux qui sont donnés à l'article V-1 de la Convention de New York; en particulier, l'alinéa v) du paragraphe 1 de cet article prévoit que l'exécution de la sentence peut être refusée si “la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties, ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue”.

135. L'article 34-2 de la Loi type énonce les raisons pour lesquelles une sentence arbitrale peut être annulée; les quatre premières raisons (paragraphe 2 a) i) à iv) de l'article 34 font pendant aux quatre premières raisons énoncées pour le refus de reconnaissance et d'exécution (par. 1 a) i) à iv) de l'article 36 inspiré de l'article V-1 a) à d) de la Convention de New York). Le paragraphe 2 b) de l'article 34 prévoit également qu'une sentence arbitrale peut être annulée si le tribunal constate que i) l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi de l'État d'origine ou ii) que la sentence est contraire à l'ordre public de l'État d'origine.

(d) Considérations d'ordre public

³²Le paragraphe 1 de l'article IX de la Convention européenne est rédigé comme suit:

“1. L'annulation dans un État contractant d'une sentence arbitrale régie par la présente Convention ne constituera une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre État contractant que si cette annulation a été prononcée dans l'État dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue et ce pour une des raisons suivantes:

(a) les parties à la convention d'arbitrage étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont soumise ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

(b) la partie qui demande l'annulation n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou

(c) la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire; ou contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront ne pas être annulées; ou

(d) la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, aux dispositions de l'article IV de la présente Convention.”

136. Compte tenu de la jurisprudence récente, on en est venu à débattre de façon plus générale sur la question de savoir si, sur le principe, l'annulation d'une sentence dans l'État d'origine devrait interdire absolument son exécution dans un autre État. Certains des arguments avancés dans ce débat sont résumés ci-après.

137. "La sentence n'existe plus" Selon une théorie, une sentence qui a été annulée n'existe plus et ne peut donc être exécutée dans une autre juridiction. Cette théorie, toutefois, a été critiquée au motif que l'on ne peut pas partir du principe que l'existence d'une sentence – en tant qu'expression d'un contrat entre des parties – est une question déterminable exclusivement par les tribunaux de l'État où ladite sentence a été rendue. Cette critique est fondée sur l'approche communément adoptée pour la plupart des questions qui suscitent un conflit de lois; si une juridiction établit correctement sa compétence, une question peut être considérée comme valable conformément aux lois de cette juridiction même si elle ne l'est pas en vertu des lois d'une autre juridiction.

138. "La Convention ne doit pas être tournée" certains craignent qu'une interprétation de la Convention selon laquelle une sentence qui a été annulée par une autorité compétente de l'État d'origine ne peut être exécutée dans aucun autre État ne modifie l'intention du texte. Il a été déclaré que l'un des objectifs de la Convention était de libérer l'arbitrage international de la domination de la loi du lieu d'arbitrage. Si le choix du lieu d'arbitrage influe sur le résultat définitif en raison de certains motifs d'annulation qui sont particuliers à ce lieu, cet objectif ne peut être atteint. On peut ainsi imaginer une situation dans laquelle une sentence est annulée pour des raisons inhabituelles ou exceptionnelles. Une partie dont la sentence a été ainsi annulée serait privée de tout recours si cette sentence ne pouvait être exécutée ailleurs. Certains estiment qu'une interprétation de l'article V-1 e) qui empêche totalement l'exécution des sentences annulées dans l'État d'origine peut rendre l'exécution des sentences arbitrales étrangères encore plus difficile que si la Convention n'existait pas.

139. "Il faut éviter toute intervention excessive des juridictions étatiques" Un autre argument avancé, mais qui pourrait être invoqué par chacune des parties au débat, est qu'il faudrait éviter toute intervention excessive des juridictions étatiques dans l'arbitrage. Cet argument pourrait étayer la position selon laquelle la décision d'annuler la sentence dans l'État d'origine ne devrait pas être réexaminée par une deuxième juridiction dans l'État d'exécution. Mais l'argument pourrait aussi étayer la position selon laquelle lorsqu'il y a eu intervention excessive d'une juridiction étatique dans l'État d'origine, la même juridiction de l'État d'exécution devrait pouvoir ne pas prendre en considération cette décision et exécuter la sentence.

140. "Recherche du for le plus avantageux" Il a été déclaré que, si les tribunaux des juridictions autres que celles du lieu d'arbitrage avaient toute latitude pour refuser ou accepter l'exécution d'une sentence annulée par le tribunal de l'État d'origine, les parties pourraient être incitées à rechercher les juridictions où l'exécution aurait davantage de chances d'être acceptée. On pourrait ainsi arriver à une situation où la partie en faveur de laquelle la sentence arbitrale a été rendue pourrait chercher à la faire exécuter dans tous les pays qui exerceraient leur compétence, obligeant ainsi l'autre partie à se défendre indéfiniment contre l'exécution. En d'autres termes, une partie contre laquelle une sentence a été injustement prononcée et devrait être annulée sur la base de motifs internationalement reconnus se retrouverait dans l'impossibilité d'obtenir une annulation valide dans le monde entier.

141. "Res judicata: nécessité d'éviter des résultats contradictoires" La juridiction étatique de l'État où l'exécution est demandée peut être réticente à se prononcer sur le bien-fondé de l'annulation de la sentence par la juridiction étatique de l'État d'origine. Cette réticence est jugée salutaire pour le maintien du respect mutuel de l'autorité du système judiciaire. On fait également observer qu'une interprétation de la Convention qui donne à la juridiction étatique de l'État d'exécution toute latitude pour refuser d'exécuter la sentence entraîne un double contrôle judiciaire. Lorsque la juridiction étatique de l'État d'origine a déjà statué sur la question de l'exécution de la sentence arbitrale, permettre à un deuxième tribunal de revenir sur cette décision signifie qu'une question qui a déjà été jugée par un tribunal sera de nouveau jugée par un second. Une telle démarche est, avance-t-on, contraire aux principes fondamentaux du droit et l'inefficacité en résultant va à l'encontre de l'intérêt de l'arbitrage commercial international. Certains craignent aussi qu'en encourageant la juridiction étatique de l'État d'exécution à réexaminer

les motifs de l'annulation on aboutisse à des décisions judiciaires contradictoires. C'est ce qui se passerait lorsqu'une sentence annulée, et par conséquent considérée comme inexistante dans un État, serait exécutée dans un autre. La contradiction peut être plus complexe encore lorsque, après l'annulation d'une sentence dans l'État d'origine et son exécution dans un autre État, un tribunal arbitral reconstitué dans l'État d'origine prononce une sentence qui est fondamentalement différente de la première et que cette deuxième sentence est ensuite présentée pour exécution dans l'État où la première a déjà été exécutée. Le tribunal de l'État d'exécution se trouverait ainsi confronté à des demandes d'exécution de sentences contraires. Une telle situation est peut-être rare, mais elle s'est déjà produite dans la pratique.

142. “Il ne faut pas aller à l'encontre des attentes des parties” Les parties qui se sont accordées sur l'État dans lequel la procédure arbitrale doit avoir lieu peuvent présumer avoir ainsi délibérément choisi de se soumettre aux lois de cet État; on estime par conséquent que le fait de permettre aux tribunaux d'un autre État de ne pas tenir compte d'une décision d'annulation prononcée par un tribunal de l'État d'origine irait à l'encontre de la volonté des parties. Certains vont même jusqu'à affirmer que les parties peuvent avoir délibérément choisi le lieu d'arbitrage où les sentences sont susceptibles d'être annulées pour des raisons particulières à cette juridiction et peuvent penser que de telles décisions seront prises en considération par les tribunaux d'un autre État. D'autres, en revanche, considèrent qu'il est beaucoup plus probable que les parties à un arbitrage n'auront pas pensé aux motifs spécifiques d'annulation à la juridiction ou exceptionnels.

143. “Redondance de l'article V-1 e)” On a fait valoir que les motifs d'annulation d'une sentence devraient être répartis dans plusieurs catégories en fonction de leur conformité avec les normes internationalement acceptées. L'intention est d'établir une différence entre les “critères internationaux” et les “critères locaux”³³. Les critères internationaux comprendraient ceux qui sont conformes aux alinéas a) à d) de l'article V-1) de la Convention et à l'article 342 a) de la Loi type de la CNUDCI. Selon cette proposition, seules les décisions d'annulation fondées sur un critère international constitueraient des motifs de refus d'exécution de sentences arbitrales étrangères; une annulation fondée sur tout autre motif n'empêcherait pas l'exécution de la sentence dans une autre juridiction. Cette approche, estime-t-on, correspond à l'intention de la Convention en permettant l'exécution d'une sentence arbitrale n'importe où, sauf si cette sentence a été légitimement annulée pour des motifs internationalement reconnus. On fait observer, à l'encontre de cet argument, que si les seuls motifs de refus d'exécution d'une sentence qui a été annulée sont que cette annulation doit être fondée sur des raisons internationalement acceptées, l'alinéa e) devient donc redondant. On a fait valoir que, comme telle ne pouvait être l'intention de la Convention, l'alinéa e) devait donner une raison séparée pour que les tribunaux de l'État d'exécution puissent refuser une demande d'exécution d'une sentence déjà annulée.

2. Conclusion

144. La Commission voudra peut-être déterminer s'il serait possible de faciliter l'arbitrage commercial international par des travaux qui chercheraient à préciser les circonstances, le cas échéant, dans lesquelles une sentence arbitrale qui a été annulée par un tribunal de l'État d'origine peut être exécutée dans un autre État.

* * *

³³Jan Paulson, “L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL)”, bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, vol. 9, n° 1 (mai 1998).