

III. – ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

Problèmes concernant l'application et l'interprétation des conventions internationales multilatérales existant dans le domaine de l'arbitrage commercial international et questions connexes : rapport préparé par M. Ion Nestor (Roumanie), rapporteur spécial (A/CN.9/64*)

TABLE DES MATIÈRES

| | <i>Paragraphes</i> | | <i>Paragraphes</i> |
|--|--------------------|--|--------------------|
| INTRODUCTION | 1-11 | <i>Chapitre II. – Problèmes concernant la procédure arbitrale</i> | 112-117 |
| CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES ET STRUCTURE DU RAPPORT .. | 12-13 | 1. Loi applicable à la procédure arbitrale. L'interprétation de la volonté des parties | 112 |
| PREMIÈRE PARTIE. – APERÇU GÉNÉRAL CONCERNANT LES ACTIVITÉS ET LES RÉSULTATS DES TRAVAUX SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL | | 2. La compétence du tribunal d'arbitrage est condi- tionnée par la validité de la convention arbitrale | 113 |
| <i>Chapitre premier. – Les activités déployées et les résultats atteints entre 1920-1945</i> | 14-43 | 3. La constitution du tribunal arbitral à défaut de désignation de l'arbitre par une des parties | 114 |
| 1. L'activité poursuivie dans le cadre de la Société des Nations | 14-16 | 4. La nationalité des arbitres. Le choix sur une liste officielle | 115 |
| 2. L'activité déployée en dehors du cadre de la Société des Nations | 17-26 | 5. La possibilité de l'annulation de la sentence arbi- trale lorsque l'arbitre et le mandataire d'une partie appartiennent à la même organisation. Autres causes d'annulation | 116 |
| 3. Les tentatives d'unification des règles de la pro- cédure arbitrale | 27-35 | 6. Le droit du surarbitre de décider sans consultation avec les arbitres. Conditions | 117 |
| 4. Quelques réflexions sur le développement de l'arbi- trage commercial dans l'entre-deux-guerres | 36-43 | <i>Chapitre III. – Problèmes relatifs aux sentences arbitrales</i> | 118-121 |
| <i>Chapitre II. – Les activités déployées et les résultats atteints entre 1945 et 1970</i> | 44-104 | 1. Sentences arbitrales non motivées | 118 |
| 1. L'activité déployée sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies | 44-62 | 2. Renonciation aux voies de recours contre une sentence arbitrale. Ses effets | 119 |
| 2. Efforts déployés sous l'égide d'organismes inter- nationaux autres que l'ONU | 63-78 | 3. Présomption impliquant pour les parties leur volonté de reconnaître le caractère définitif de la sentence arbitrale. Conditions | 120 |
| 3. Travaux d'unification et d'harmonisation entrepris par des organisations ayant un caractère d'institi- tutions de recherche scientifique | 79-85 | 4. Libellé du dispositif dans la monnaie du pays de l'arbitrage. Non-dépassement de la clause arbitrale | 121 |
| 4. Colloques, congrès, conférences et autres formes d'action internationale organisés au cours des dernières années pour la discussion des principaux problèmes de l'arbitrage commercial | 86-97 | <i>Chapitre IV. – Problèmes relatifs à l'exécution des sen- tences arbitrales étrangères</i> | 122-133 |
| 5. Quelques réflexions sur le développement de l'arbi- trage commercial international après la seconde guerre mondiale | 98-104 | 1. Refus d'exécution basé sur la nullité du com- promis. Ordre public | 122 |
| DEUXIÈME PARTIE. – PROBLÈMES CONCERNANT L'APPLI- CATION ET L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS INTER- NATIONALES MULTILATÉRALES EXISTANT DANS LE DOMAINE DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL | | 2. Refus de l'exécution fondé sur le retard de la convocation | 123 |
| <i>Chapitre premier. – Problèmes concernant la convention d'arbitrage</i> | 106-111 | 3. Refus de l'exécution fondé sur le dépassement de la clause arbitrale | 124 |
| 1. La loi applicable à la convention d'arbitrage .. | 106 | 4. Autorisation d'exécuter une sentence prononcée par défaut | 125 |
| 2. La loi applicable pour établir s'il est nécessaire qu'un compromis soit conclu ou s'il suffit d'une clause compromissoire | 107 | 5. Le régime de l'exécution, à défaut de réglemen- tation interne correspondante | 126 |
| 3. L'autonomie du compromis et de la clause com- promissoire par rapport au contrat auquel ils se réfèrent | 108 | 6. Autorisation de l'exécution sous condition que la sentence porte sur un litige susceptible d'être résolu par l'arbitrage | 127 |
| 4. La condition de la forme écrite de la convention d'arbitrage | 109 | 7. Priorité des conventions bilatérales par rapport à la Convention de Genève de 1927, en matière d'exécution des sentences arbitrales étrangères.. | 128 |
| 5. Différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les précisions de la clause compromissoire | 110 | 8. Irrévocabilité au fond de la sentence arbitrale étrangère | 129 |
| 6. La capacité de conclure la convention d'arbitrage | 111 | 9. Nécessité pour les sentences arbitrales étrangères d'obtenir l'exequatur afin de bénéficier en France de l'autorité de la chose jugée | 130 |

* 1^{er} mars 1972 (original : français).

TABLE DES MATIÈRES (suite)

| | <i>Paragraphes</i> | | <i>Paragraphes</i> |
|---|--------------------|---|--------------------|
| 10. Loi applicable à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, à défaut d'une convention internationale | 131 | 2. La coopération entre les organismes d'arbitrage | 141-145 |
| 11. Autorisation d'exécuter la sentence arbitrale à condition qu'elle soit devenue définitive | 132 | <i>Chapitre II. — Questions générales, constatations et proposition finales</i> | 146-185 |
| 12. Voies de recours contre les jugements d'exequatur | 133 | 1. Précisions préalables | 146-147 |
| TROISIÈME PARTIE. — MESURES POSSIBLES POUR DÉVELOPPER L'EFFICACITÉ DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL; QUESTIONS GÉNÉRALES, CONSTATATIONS ET PROPOSITIONS FINALES | | 2. Que faut-il comprendre par arbitrage commercial international-arbitrages nationaux et internationaux; autonomisation de l'arbitrage commercial international | 148-154 |
| <i>Chapitre premier. — Mesures possibles pour développer l'efficacité de l'arbitrage commercial international</i> .. | 134-145 | 3. Arbitrage <i>ad hoc</i> et arbitrage institutionnel | 155-159 |
| 1. Les mesures préconisées par l'Organisation des Nations Unies | 134-140 | 4. L'amiable compositeur et l'arbitrage selon les règles du droit | 160-168 |
| | | 5. Domaine de l'arbitrabilité; autorisation des personnes de droit public à conclure valablement des conventions d'arbitrage | 169-174 |
| | | 6. Autres constatations et propositions finales.... | 175-185 |

Introduction

1. A sa deuxième session tenue à Genève en 1969, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international était saisie (point 6 de l'ordre du jour) des questions suivantes concernant l'arbitrage commercial international :

a) Mesures qui pourraient être prises en vue de favoriser l'harmonisation et l'unification du droit dans ce domaine, et

b) Convention des Nations Unies de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Pour les discussions, la Commission disposait d'un rapport du Secrétaire général sur l'arbitrage commercial (A/CN.9/21 et Corr.1), d'une bibliographie portant sur le droit de l'arbitrage (A/CN.9/24/Add.1 et 2), ainsi que d'une note relative à la Convention des Nations Unies de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (A/CN.9/22 et Add.1) indiquant l'état des ratifications de cette convention et les réponses de certains Etats quant à leur intention d'y adhérer.

2. Au sujet des deux problèmes signalés sous les points a et b ci-dessus, la Commission a adopté après un large échange de vues¹ entre les représentants des pays membres de la CNUDCI, le 26 mars 1969, à l'unanimité, la décision ci-après :

« La Commission décide de nommer M. Ion Nestor (Roumanie) rapporteur spécial chargé d'étudier les problèmes les plus importants se rapportant à l'application et à l'interprétation des conventions existantes, ainsi que d'autres problèmes connexes. Le Rapporteur spécial devra bénéficier de la coopération, pour la documentation, des membres de la Commission et des diverses organisations intergouvernementales et internationales non gouvernementales intéressées.

¹ Voir le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-quatrième session, Supplément n° 18* (A/7618), par. 112, et *Annuaire de la CNUDCI, vol. I : 1968-1970, deuxième partie, II, A.*

« La Commission exprime l'avis que le plus grand nombre possible d'Etats devraient adhérer à la Convention des Nations Unies de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. »

A la 14^e séance de la session de 1969, le Rapporteur spécial a déclaré qu'il se proposait de présenter à la troisième session de la Commission un rapport préliminaire concernant en particulier les problèmes de l'interprétation et de l'application de la Convention des Nations Unies de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ainsi que d'autres problèmes connexes.

3. Sur la base de la documentation reçue² et de celle que le Rapporteur spécial s'était procuré lui-même, en utilisant les documents d'information déjà élaborés, destinés à servir aux divers travaux effectués jusqu'ici, sous l'égide de l'ONU, en matière d'arbitrage, le Rapporteur spécial a rédigé un rapport préliminaire (A/CN.9/42) qu'il a présenté à la troisième session de la Commission.

A la troisième session, le Rapporteur spécial a expliqué la façon dont il envisageait de poursuivre son étude de l'arbitrage commercial international, et a mentionné les problèmes qu'il se proposait d'étudier dans son rapport final en vue de déterminer s'il convenait que la Commission continuât de les examiner et d'y donner suite. Le Rapporteur spécial a ajouté qu'il espérait pouvoir présenter son rapport définitif à la cinquième session de la Commission.

Les représentants qui ont abordé la question se sont prononcés, à l'unanimité, pour la prolongation du mandat du Rapporteur spécial jusqu'à la cinquième session, à laquelle il présenterait son rapport définitif, et ils ont exprimé l'opinion que les membres de la Commission et le Secrétariat devraient lui fournir toute l'aide possible pour rassembler la documentation dont il aurait besoin.

4. Dans l'ensemble, on a estimé qu'en achevant son étude, le Rapporteur spécial devrait voir quels problèmes énumérés dans son rapport préliminaire semblaient, d'après les indications dont on disposait, pouvoir être

² Voir le rapport préliminaire, document A/CN.9/42, p. 7.

résolus dans un avenir suffisamment proche pour qu'il soit justifié de commencer à les aborder à l'heure actuelle. Des suggestions, à cet égard, ont été présentées à l'examen du Rapporteur spécial par un certain nombre de représentants. Quelques représentants ont déclaré qu'il conviendrait de classer les problèmes plutôt en fonction de la possibilité de les résoudre que de leur importance.

5. Plusieurs représentants ont exprimé l'avis qu'il faudrait élaborer des règles uniformes sur l'arbitrage commercial international, qui feraient alors l'objet d'une convention internationale. On a également suggéré l'organisation d'un système universel d'arbitrage commercial international. D'autres représentants ont été d'avis qu'au lieu d'élaborer une nouvelle convention, la Commission devrait faire tout ce qui est en son pouvoir afin que les conventions existantes puissent être acceptées par un plus grand nombre de pays et chercher à définir pourquoi certaines conventions, comme la Convention des Nations Unies de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et la Convention européenne de 1961, n'avaient pas encore été adoptées par un plus grand nombre de pays.

6. Il a été suggéré qu'il faudrait examiner la question de l'unification et de la simplification des règles nationales régissant l'exécution des sentences arbitrales et la limitation du contrôle judiciaire sur les sentences arbitrales, notamment la réduction des voies de recours contre l'exécution de ces sentences.

7. Certains représentants ont exprimé l'opinion que la Commission devrait favoriser l'organisation de nouveaux centres d'arbitrage dans les pays en voie de développement et la fourniture d'une assistance technique dans ce domaine. Il a été suggéré à la Commission d'encourager la Commission économique pour l'Afrique et l'Organisation de l'unité africaine à créer une commission africaine d'arbitrage à laquelle siègeraient des arbitres africains. On a également indiqué qu'un moyen de promouvoir l'arbitrage commercial international en Afrique consisterait à appeler un plus grand nombre d'Africains à siéger dans les tribunaux d'arbitrage qui ont à connaître des affaires intéressant le commerce avec les pays africains.

8. Certains représentants ont déclaré que les frais élevés du recours à l'arbitrage constituaient un obstacle et ont suggéré d'essayer d'en stabiliser le coût.

9. De nombreux représentants ont indiqué les progrès réalisés dans leurs pays respectifs en ce qui concerne l'adhésion à la Convention des Nations Unies de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ils ont fait ces déclarations à propos de la décision susmentionnée adoptée par la Commission à sa deuxième session, qui indique que le plus grand nombre de pays possible devrait adhérer à la Convention de 1958.

10. Lors de sa troisième session, la Commission, à sa 60^e séance, le 29 avril 1970, a adopté à l'unanimité la décision suivante :

« *La Commission,*

« *Adressant à l'unanimité ses félicitations au Rapporteur spécial, M. Ion Nestor (Roumanie), pour son rapport préliminaire,*

« 1. *Décide :*

« a) De proroger le mandat du Rapporteur spécial jusqu'à la cinquième session de la Commission;

« b) De prier le Rapporteur spécial de prendre en considération les suggestions présentées par les membres de la Commission et de présenter son rapport définitif à la cinquième session de la Commission;

« c) De prier les membres de la Commission ainsi que les organisations intergouvernementales et les organisations internationales non gouvernementales intéressées d'aider le Rapporteur spécial dans sa tâche en lui fournissant des renseignements sur les lois et pratiques existantes dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

« d) De prier le Secrétaire général de prévoir, si possible, le remboursement des frais encourus par le Rapporteur spécial à l'occasion du rassemblement, de la traduction et de la reproduction de la documentation nécessaire pour l'établissement de son rapport. »

11. Comme suite à la décision ci-dessus, le Rapporteur spécial, remerciant les représentants des membres de la CNUDCI d'avoir accepté les propositions faites dans son rapport préliminaire, quant aux problèmes à traiter et à la manière de les aborder, a l'honneur de soumettre le rapport ci-après à la Commission :

Considérations générales et structure du rapport

12. Ainsi qu'il était précisé dans le rapport préliminaire, le Rapporteur spécial est arrivé à la conclusion qu'il serait convenable de traiter la matière en l'abordant dans une perspective historique pour pouvoir mieux placer les propositions et conclusions finales dans le domaine du réel et du possible, en tenant compte des conditions de la vie internationale contemporaine. On peut dire que depuis les cinquante dernières années, les activités déployées — aux divers niveaux et dans différents cadres — en vue du développement et de l'unification des règles de l'arbitrage commercial international ont été pratiquement poursuivies sans relâche. Le Rapporteur spécial estime qu'il serait utile de retracer ce processus et d'en dégager les traits essentiels, ainsi que les tendances manifestées aux diverses époques, pour mieux comprendre les problèmes qui se posent dans ce domaine. Le principal but que le Rapporteur se propose donc de réaliser est celui de présenter, en synthèse, un matériel d'information sur la base duquel la Commission pourra apprécier les mesures à prendre en vue de favoriser l'harmonisation et l'unification du droit dans le domaine de l'arbitrage commercial international. On évitera autant que possible les controverses juridiques (qui abondent, d'ailleurs, en la matière), considérant que ce qui intéresse la Commission dans la prise de ses décisions, c'est d'identifier les problèmes, d'établir leur nature, leur nombre et leur ampleur et de venir à la fin avec des suggestions et propositions pertinentes. En procédant de la sorte, le Rapporteur spécial désire satisfaire aussi aux vœux exprimés par le Secrétariat de la CNUDCI, de concentrer au maximum possible le volume du rapport.

13. La première partie du rapport est consacrée à un aperçu général concernant les activités et les résultats

des travaux sur l'arbitrage commercial international durant les cinquantes dernières années; le premier chapitre sera consacré aux activités déployées et aux résultats atteints dans l'entre-deux-guerres (1920-1945), le deuxième chapitre aux activités déployées et aux résultats atteints après la seconde guerre mondiale (entre 1945-1970).

La deuxième partie est consacrée aux problèmes concernant l'application et l'interprétation des conventions internationales existantes dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Il s'agit donc, en premier lieu, d'une présentation et d'une analyse de la jurisprudence en la matière, dans les différents pays du monde, participant aux dites conventions. La matière sera répartie en quatre chapitres qui correspondent chacun à un certain groupe de problèmes, à savoir ceux concernant respectivement la Convention d'arbitrage, la procédure arbitrale, les sentences arbitrales et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

La dernière partie est consacrée aux mesures possibles pour développer l'efficacité de l'arbitrage commercial international (chapitre premier) et à quelques questions générales et propositions finales qui feront l'objet du deuxième chapitre.

Première partie. — Aperçu général concernant les activités et les résultats des travaux sur l'arbitrage commercial international

CHAPITRE PREMIER. — LES ACTIVITÉS DÉPLOYÉES ET LES RÉSULTATS ATTEINTS ENTRE 1920 ET 1945

1. L'activité poursuivie dans le cadre de la Société des Nations

14. L'activité poursuivie dans le cadre de la Société des Nations après la seconde guerre mondiale a été couronnée par l'adoption des deux premières Conventions internationales multilatérales importantes : le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Le Protocole a été ratifié par 53 pays et la Convention par 44 pays³.

15. Par le Protocole relatif aux clauses d'arbitrage, chacun des Etats contractants s'obligeait de reconnaître la validité du compromis ou de la clause compromissoire, par laquelle les parties à un contrat — soumises à la juridiction de certains Etats différents, participants au Protocole — convenaient que les éventuels litiges issus du contrat conclu, soient soumis à un arbitrage, même si cet arbitrage devait avoir lieu sur le territoire d'un pays autre que celui dont relevait juridictionnellement l'une des parties contractantes.

Le Protocole concernait aussi bien les contrats conclus en matière commerciale que ceux de toute autre matière susceptible d'être soumise à l'arbitrage ou de faire l'objet d'une transaction.

Toutefois, les Etats parties au Protocole pouvaient, moyennant une réserve, restreindre les obligations assumées uniquement aux contrats considérés comme étant commerciaux par leur législation.

La procédure de l'arbitrage et la constitution du tribunal arbitral étaient réglementées conformément à la volonté des parties et à la loi du pays sur le territoire duquel avait lieu l'arbitrage.

Les Etats s'obligeaient à faciliter les actes de procédure qui devaient se faire sur leur territoire, conformément aux dispositions de leur législation concernant l'arbitrage, et s'obligeaient également à assurer l'exécution, par leurs autorités et en conformité de leurs dispositions législatives, des sentences arbitrales prononcées sur leur territoire.

Enfin, il convient de signaler, en tant que disposition d'importance, la procédure prévue par le Protocole, selon laquelle les tribunaux des Etats parties au Protocole ne pouvaient juger un litige lorsque les parties audit litige étaient convenues de le résoudre par la voie de l'arbitrage. Il était demandé, toutefois, au moins à l'une des parties contractantes d'invoquer devant le tribunal « un compromis » ou « une clause compromissoire valable et susceptible d'être mise en application ».

Les tribunaux devenaient compétents aussitôt que, pour une raison quelconque, « le compromis, la clause compromissoire ou l'arbitrage seraient devenus caducs ou inopérants ».

16. Le Protocole de Genève de 1923 a été complété en 1927 par la Convention pour l'exécution des sentences arbitrales, Convention qui n'est ouverte qu'aux parties au Protocole. Les Etats s'engagent à reconnaître, sur le territoire appartenant à l'une des Hautes Parties contractantes, l'autorité d'une sentence arbitrale prononcée à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire, ainsi que son exécution conformément aux règles procédurales en vigueur dans le pays où la sentence est invoquée, à condition que ladite sentence soit prononcée sur le territoire de l'un des Etats parties à la Convention et entre des personnes soumises à la juridiction de l'une des Hautes Parties contractantes.

Afin de pouvoir obtenir cette reconnaissance ou cette exécution, outre les deux conditions susmentionnées, il est encore exigé :

a) Que la sentence ait été prononcée à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire valable conformément à la législation du pays considéré;

b) Que l'objet de la sentence soit susceptible d'être réglementé par la voie de l'arbitrage d'après la loi du pays où est invoquée la sentence arbitrale;

c) Que la sentence ait été prononcée par le tribunal arbitral prévu par le compromis ou par la clause compromissoire ou bien constitué conformément à un accord des parties et aux règles de droit applicables à la procédure d'arbitrage;

d) Que la sentence soit devenue définitive dans le pays où elle a été rendue, en ce sens qu'elle ne peut être considérée comme telle si elle est susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation (dans les pays où de

³ Pour le Protocole de 1923, voir Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. XXVI, p. 157; pour la Convention de 1927, *ibid.*, vol. XCII, p. 301.

telles procédures existent) ou s'il est prouvé qu'une procédure tendant à contester la validité de la sentence est engagée;

e) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence ne soient pas contraires à l'ordre public ou aux principes du droit public du pays où elle a été invoquée.

Même si les conditions susmentionnées sont remplies, la reconnaissance et l'exécution de la sentence peuvent être refusées si le juge constate :

a) Que la sentence a été annulée dans le pays où elle a été prononcée;

b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas eu connaissance en temps utile de la procédure arbitrale, afin de pouvoir mettre en valeur ses possibilités de défense ou d'attaque ou que, étant incapable, elle n'a pas été représentée selon la règle;

c) Que la sentence ne porte pas sur le différend prévu par le compromis ou concerné par les dispositions de la clause compromissoire, ou bien qu'elle contient des décisions qui transgressent les termes du compromis ou de la clause compromissoire.

Lorsque la sentence n'a pas tranché toutes les questions soumises au tribunal arbitral, l'autorité compétente du pays où la reconnaissance ou l'exécution de cette sentence est demandée peut, si elle le juge nécessaire, ajourner la reconnaissance ou l'exécution ou la subordonner à une garantie, qui sera déterminée par ladite autorité.

Si la partie contre laquelle la sentence a été prononcée prouve l'existence, selon les règles de droit applicables à la procédure d'arbitrage, d'une clause autre que celles visées ci-dessus aux alinéas a, b et c, qui lui permet de contester en justice la validité de la sentence, le juge peut, s'il le juge opportun, refuser la reconnaissance ou l'exécution, ou bien les suspendre en accordant à la partie un délai raisonnable pour pouvoir en faire prononcer la nullité par le tribunal compétent.

La Convention indique également les documents que doit présenter la partie qui invoque la sentence.

2. L'activité déployée en dehors du cadre de la Société des Nations

17. Il est indubitable qu'à la conclusion de ces deux conventions internationales, dont nous nous sommes occupés au paragraphe précédent, ont contribué aussi, en une large mesure, les efforts déployés sur le plan national ou international, à l'initiative de certains cercles qui agissent dans différents pays en vue de la popularisation et de la promotion de l'arbitrage commercial international. D'ailleurs, jusqu'à la conclusion desdites conventions, et même après, des organisations ou des institutions de caractère gouvernemental ou non gouvernemental ont continué à déployer de nombreuses activités ou initiatives de nature organisationnelle ou destinées à l'élaboration de certaines réglementations sur le plan national et international. En effet, dans les travaux spécialisés, on trouve surtout évoquées, pour la période qui nous intéresse dans ce chapitre, les activités déployées par l'Association américaine d'arbitrage, la Chambre de commerce internationale de Paris, la Cour d'arbitrage

de Londres, la Chambre de commerce de l'Union à Moscou, la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de Manchester, la Chambre arbitrale de la Bourse de commerce de Paris, l'Institut international pour l'unification du droit privé de Rome, l'*International Law Association*, etc. Frédéric Edouard Klein présente l'activité déployée dans cette période comme liée à l'apparition et au développement de certains systèmes conventionnels d'arbitrage, cette activité étant orientée en premier lieu en vue de la création de systèmes régionaux, puis continentaux, avec une tendance à la création d'un système mondial⁴.

18. L'Association américaine d'arbitrage (American Arbitration Association : [AAA]) a été créée en 1926 aux fins de propager, aussi bien aux Etats-Unis qu'à l'étranger, la pratique de l'arbitrage⁵. Elle a exercé une influence considérable sur le développement et l'unification de la législation ayant trait à l'arbitrage, dans les différents Etats américains, et elle a contribué à l'organisation des arbitrages dans l'hémisphère occidental. D'après les règles arbitrales adoptées par l'AAA, le lieu de l'arbitrage n'avait guère une importance déterminante, les parties étant libres de le fixer dans toute autre localité que New York⁶, et cela à l'encontre d'autres organismes arbitraux nationaux, tels que la *London Court of Arbitration* ou la Chambre arbitrale de la Bourse de commerce de Paris, dont le règlement spécifique que la procédure arbitrale doit toujours se dérouler au même lieu (au siège de l'institution arbitrale).

Les arbitres sont choisis par les parties soit directement, soit sur une liste qui leur est transmise par les soins du greffier. Ils sont nommés par l'Association si celle-ci n'a pas été avisée en temps utile de la décision des parties. Celles-ci pourront demander, si l'une d'elles n'a pas qualité de citoyen des Etats-Unis ou réside en pays étranger, que l'arbitre unique ou le tiers arbitre soit ressortissant d'un troisième pays.

19. L'activité déployée à l'étranger par l'AAA a abouti à la création de plusieurs systèmes régionaux d'arbitrage dont le plus important est le système inter-américain, où l'AAA a coopéré avec l'Union panaméricaine. A la suite des discussions qui ont eu lieu lors de plusieurs conférences commerciales réunissant les Républiques d'Amérique du Nord, du Centre et du Sud⁷, en 1931, la quatrième Conférence commerciale panaméricaine a invité l'Union panaméricaine à présenter un rapport sur les problèmes du commerce entre ces pays. Le rapport, présenté en 1933 à la septième Conférence internationale des Etats américains, préconisait, entre autres, l'organisation d'un système interaméricain d'arbi-

⁴ Frédéric Edouard Klein, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, 1955, p. 31. Cet ouvrage a également fourni certaines des informations données par l'auteur en rapport avec ce problème qui seront utilisées par la suite.

⁵ L'AAA est issue de la fusion de l'Arbitration Society of America (créée en 1922) avec l'Arbitration Foundation, créée en 1926, sous le patronage de la Chambre de commerce de New York.

⁶ Le lieu de l'arbitrage n'est pas prévu par la clause compromissoire ou par le compromis recommandé par l'AAA.

⁷ Voir sur l'histoire de l'arbitrage interaméricain, l'article de M. Domke et F. Keller, « Western Hemisphere System of Commercial Arbitration », *University of Toronto Law Journal*, vol. VI, n° 2, 1946, p. 308.

trage. Cette conférence recommande, en outre, à tous les Etats américains d'adopter dans leur législation des dispositions garantissant l'exécution des clauses d'arbitrage, ou d'assurer tout au moins le respect de la discipline commerciale⁸. En 1934, l'Union panaméricaine a autorisé l'AAA à entreprendre l'organisation de ce système. La même année a été créée la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (*Inter-American Commercial Arbitration Commission*) ayant son bureau central à New York, au siège de l'AAA, et des comités nationaux dans chacune des vingt et une républiques américaines. Le règlement de la nouvelle organisation suit de très près les principes de l'Organisation nord-américaine. Il y est précisé que les parties pourront exercer leur autonomie dans les limites admises par la loi régissant l'arbitrage, sans que l'on dise cependant comment cette loi sera déterminée.

20. En 1943, le Système canado-américain, issu d'une entente entre l'AAA et la Commission canado-américaine d'arbitrage commercial (*Canadian American Commercial Arbitration Commission*) est créé avec le concours de la Chambre de commerce du Canada. Ce système se compose de deux sections, dont l'une a son siège à Montréal près la Chambre de commerce du Canada et l'autre dépend de l'AAA à New York. Il a été élaboré une clause type d'arbitrage qui a été recommandée aux commerçants des deux pays.

21. C'est toujours en 1943 qu'a été réalisée une jonction des trois systèmes arbitraux régionaux créés dans cette partie du monde, par l'établissement d'une Conférence permanente de l'hémisphère occidental pour le commerce extérieur et l'arbitrage (*Western Hemisphere Conference on Foreign Trade and Arbitration*). On a adopté une clause d'arbitrage mixte qui entraîne l'application concurrente de plusieurs règlements, lorsque les parties sont domiciliées dans des régions régies par des systèmes différents d'arbitrage.

Le procédé de la clause d'arbitrage mixte a été utilisé par l'AAA et par la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial pour lier leur système à des organisations extra-américaines, comme la Chambre de commerce associée d'Australie.

22. Au lendemain de la première guerre mondiale les milieux d'affaires occidentaux ont créé à Paris la Chambre de commerce internationale. Une des principales raisons de la création de cet organisme avait été l'établissement d'un système international d'arbitrage. C'est ainsi qu'a été créée la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, en vue de résoudre des litiges entre les ressortissants de tous pays. Dans de nombreux pays fonctionnent des comités nationaux ou des membres collectifs ou individuels. Toute partie désirant avoir recours à l'arbitrage en fait la demande par l'entremise de son Comité national. La Cour communique la requête à l'adversaire en l'invitant à prendre position dans un certain délai. Elle procède ainsi à la nomination des arbitres. L'arbitre unique est la règle, à moins que les

parties n'aient prévu qu'il y en aura trois. Celles-ci peuvent proposer à la Cour des personnes de leur choix. Si elles ne le font pas, l'arbitre est désigné d'office, sur la proposition des comités nationaux. Le tiers arbitre ou l'arbitre unique doivent toujours être d'un pays autre que ceux auxquels appartiennent les parties. L'arbitrage a lieu dans le pays et dans la localité fixés par la Cour d'arbitrage, à moins que les parties ne soient convenues d'avance du lieu de l'arbitrage.

Les parties peuvent décider que les arbitres statueront sur pièces. La sentence est rendue, en principe et sauf prorogation par la Cour, dans les soixante jours. Elle doit être soumise à l'examen de la Cour qui aura à l'approuver quant à la forme, mais qui pourra la critiquer quant au fond, la liberté de décision du ou des arbitres restant toutefois entière.

Le règlement de la Cour institue aussi une procédure de conciliation, utile lorsque les parties n'ont pas conclu de clause d'arbitrage. Il est à observer que le règlement ne contient pas de dispositions concernant la législation régissant la clause d'arbitrage et les rapports des parties qui l'ont stipulée.

23. La Chambre de commerce internationale (CCI) a conclu avec l'AAA et la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial des arrangements prévoyant l'adoption de clauses mixtes conformément auxquelles, si l'arbitrage a lieu en dehors des Etats-Unis d'Amérique, le règlement d'arbitrage applicable est celui de la CCI (et celui de l'*Inter-American Commercial Arbitration Commission* en cas d'arbitrage en Amérique latine), à moins que les parties ne conviennent par écrit d'adopter le règlement de l'AAA. Si l'arbitrage a lieu aux Etats-Unis d'Amérique, le règlement de l'AAA est applicable à moins que les parties ne conviennent par écrit d'adopter le règlement d'arbitrage de la CCI.

Si le lieu de l'arbitrage n'est pas désigné par les parties et si celles-ci ne peuvent en convenir, la décision revient à un comité mixte d'arbitrage, institué par les deux organismes intéressés et présidé par une personne n'appartenant ni à l'un ni à l'autre.

24. Bien qu'on ne puisse parler d'un système d'arbitrage organisé dans le Commonwealth britannique de la même manière que celui organisé sur le continent américain, le onzième Congrès des chambres de commerce de l'Empire britannique, tenu au Cap en 1927, a adopté une résolution par laquelle l'on recommandait aux divers organismes d'arbitrage d'aligner leurs règlements sur un projet type élaboré à cette occasion dans le but de réaliser une certaine uniformité en la matière. Les *Rules for Commercial Arbitration within the British Empire* sont devenues (sauf quelques modifications) celles de la *London Court Of Arbitration*, des Chambres de commerce de Sheffield et de Southampton, de l'Australie, etc.

La London Court of Arbitration, bien qu'étant un organisme proprement national, joue un rôle particulier dans les relations entre les commerçants britanniques et l'étranger. Sa création remonte à 1903; œuvre commune de la Corporation de la Cité de Londres et de la Chambre de commerce de cette ville, elle est issue de la London Chamber of Arbitration constituée en 1892. Il est à

⁸ Selon F. Edouard Klein (*op. cit.*, p. 84), les recommandations n'ont été suivies que de la loi colombienne du 2 février 1938 et d'une loi brésilienne du 18 septembre 1939.

observer que le règlement de la London Court of Arbitration, contrairement à la méthode suivie en Amérique, prévoit une clause d'arbitrage déterminant d'avance la loi applicable non seulement à l'arbitrage, mais aussi au contrat tout entier. La London Court of Arbitration a complété la clause en faisant référence au droit anglais.

25. En 1932, on a institué près la Chambre de commerce de l'URSS, la « Commission d'arbitrage pour le commerce extérieur ». Il s'agit d'un organisme permanent de caractère non gouvernemental qui a été créé conformément à l'arrêté du Comité central exécutif et du Conseil des commissaires du peuple de l'URSS, du 17 juin 1932. Les règles de procédure qu'elle utilise ont reçu l'approbation du Présidium de la Chambre de commerce de l'URSS.

Sur la base de l'arrêté du Comité central exécutif et du Conseil des commissaires du peuple de l'URSS du 13 décembre 1930, modifié par les arrêtés du Comité central exécutif et du Conseil des commissaires du peuple de l'URSS du 8 janvier 1933 et du 7 mai 1936, on a organisé, près la Chambre de commerce, la « Commission d'arbitrage maritime » dont les règles de procédure ont reçu aussi l'approbation du Présidium de la Chambre de commerce de l'URSS⁹.

Evidemment, la compétence de ces commissions pour résoudre les litiges de commerce extérieur ou en matière maritime était basée sur les clauses arbitrales passées par les parties, et sur les dispositions des traités conclus par l'URSS avec les pays étrangers qui consacraient la validité de la Convention arbitrale.

26. Conformément à la décision susmentionnée de l'URSS en date du 17 juin 1932, la Commission d'arbitrage pour le commerce extérieur est constituée par 15 membres, nommés pour une année par le Présidium de la Chambre de commerce de l'Union, choisis parmi les représentants des organisations commerciales, industrielles, de transport et d'autre nature, ainsi que parmi des personnes possédant des connaissances spéciales dans le domaine du commerce extérieur.

Lorsque la Commission d'arbitrage pour le commerce extérieur est saisie en vue de la résolution d'un litige, chacune des parties désigne un arbitre, choisi parmi les membres de la Commission.

Au cas où cette procédure est prévue par le contrat conclu entre les parties, si l'une des parties se soustrait à l'obligation de désigner un arbitre dans le délai prévu par ledit contrat, le Président de la Commission d'arbitrage pour le commerce extérieur nomme le second arbitre à la requête de l'autre partie.

Dans le délai de quinze jours à partir de leur nomination, les arbitres ont à choisir un surarbitre parmi les membres de ladite Commission.

Si, dans le délai indiqué, les arbitres ne tombent pas d'accord sur le choix du surarbitre, ce dernier est nommé par le Président de la Commission parmi les membres de ladite Commission.

Les parties peuvent, d'un commun accord, laisser le choix des arbitres à la charge de la Commission d'arbitrage pour le commerce extérieur. En ce cas, le Président de la Commission peut charger de la résolution du litige un seul arbitre nommé parmi les membres de la Commission d'arbitrage.

Une fois l'affaire résolue, la Commission d'arbitrage pour le commerce extérieur peut prendre, en établissant toutefois les limites de leur application, des mesures destinées à assurer l'exécution.

Les décisions de la Commission d'arbitrage pour le commerce extérieur sont définitives et ne sont attaquables par aucune voie. La décision est exécutoire par la partie contre laquelle elle a été prononcée dans le délai prévu par la Commission d'arbitrage.

3. Les tentatives d'unification des règles de la procédure arbitrale

27. Il est notoire que même avant la seconde guerre mondiale on considérait que l'œuvre accomplie par la Société des Nations, bien qu'importante, car elle avait abouti à l'adoption des deux Conventions de Genève de 1923 et 1927, n'avait pas résolu tous les problèmes liés à un bon fonctionnement de l'arbitrage. On était d'avis que les résultats atteints étaient encore incomplets et « qu'ils ne sauraient être envisagés que comme une première étape dans la voie, encore mal tracée et couverte d'obstacles, de l'unification des lois sur l'arbitrage »¹⁰.

Sans trop insister, évoquons dans ce qui suit les tentatives faites à l'époque, dans le domaine de l'unification de la procédure arbitrale, par deux des organisations scientifiques internationales les plus connues. L'une, de caractère non gouvernemental, est l'Association de droit international (*International Law Association : ILA*) et l'autre, de caractère gouvernemental, l'Institut international pour l'unification du droit privé, de Rome (UNIDROIT).

28. L'*International Law Association*, fondée en 1873 sous le nom d'« Association for the Reform and Codification of the Law of Nations », a commencé, après avoir élaboré et adopté les *Rules for the Execution of Foreign Judgements* (onzième Conférence, Milan, 1883), les *Rules of Procedure for International Arbitration* (dix-septième Conférence, Bruxelles, 1885), le *Model Treaty for the Execution of Foreign Judgements* (vingt et unième Conférence, Anvers II, 1899), à s'occuper aussi [immédiatement après la première guerre mondiale] des règles concernant la vente de biens¹¹. A la trentième Conférence (La Haye, 1921), le D^r H. Greandyk remarquait, avec l'apparition de centres d'affaires commerciales, la création d'associations commerciales pour promouvoir les « *standard contracts* », les « *conditions* » et l'« *arbitration* », trois moyens qui pouvaient contribuer

¹⁰ René David, « Un projet de loi uniforme sur l'arbitrage », dans *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, quatrième partie : le droit comparé comme science internationale moderne, Paris, 1938, p. 885.

¹¹ Voir le rapport de Josephus Jitta, « International Rules Relating to the Sales of Goods », et le rapport de H. Greandyk sur le même sujet (trentième Conférence, La Haye, 1921).

⁹ E. Oussenko, « L'arbitrage en URSS », *Union internationale des avocats (UIA), Arbitrage international commercial*, vol. II, p. 212 à 242.

à la modernisation du commerce. Il considérait l'arbitrage comme inséparablement lié aux « *standard contracts* » et aux « *conditions* » : « Il forme un tout avec ceux-ci et la coopération de ces trois facteurs dans leurs rapports respectifs met en évidence la modernisation du commerce ¹². »

Aux conférences suivantes on proposa donc au Conseil de l'ILA l'adoption de résolutions pour encourager et soutenir les initiatives de la Chambre de commerce internationale en faveur de l'arbitrage et de la standardisation des lois concernant l'arbitrage et la procédure arbitrale ¹³.

Ainsi ont commencé en 1934 à Budapest (trente-huitième Conférence) les discussions sur l'adoption d'une clause arbitrale de l'Association de droit international (« ILA arbitration clause ») et sur la constitution d'une cour arbitrale de l'ILA ¹⁴. A Paris, en 1936 (trente-neuvième Conférence), le Comité d'arbitrage, présidé par R. S. Fraser, recommandait la coopération entre les organisations existantes pour la réalisation d'une unification concernant les règles observées par l'arbitrage. Toutes les branches nationales de l'ILA ont été invitées à présenter des rapports à ce sujet, afin que le Comité puisse décider des mesures à prendre en vue de l'unification des règles d'arbitrage. C'est également à la trente-neuvième Conférence que la Branche française (P^r Lapradelle) a fait la proposition concernant la création, par voie de conventions bilatérales, de tribunaux mixtes, ayant compétence pour résoudre les litiges internationaux de droit civil ou commercial s'élevant entre Etats et personnes privées ou entre personnes privées (physiques ou morales). Enfin, à la quarantième Conférence (Amsterdam, 1938), le Comité sur l'arbitrage de l'ILA a discuté le rapport présenté par R. S. Fraser et John Colombos, contenant certaines considérations sur les tentatives d'unification dans le domaine de l'arbitrage (Chambre de commerce internationale, Association interaméricaine et Institut international pour l'unification du droit privé [UNIDROIT]) et proposant un projet de clause d'arbitrage type ainsi qu'un projet de règles d'arbitrage (*Arbitral Rules* d'Amsterdam, 1938 : ARMUL, 1938).

Il ressortait des discussions que l'ILA proposait de se préoccuper seulement des points les plus importants de la procédure d'arbitrage (spécialement des problèmes de la constitution du tribunal) contrairement au projet d'UNIDROIT qui se proposait des buts plus vastes. De plus, ainsi que l'on en faisait l'observation dans le rapport de la Branche française, selon les principes consacrés par cette association, les règles sont proposées au commerce international, mais il n'est pas prévu que l'ILA doit prendre aucune part à leur application.

29. Les Règles d'Amsterdam de 1938 contiennent, elles aussi, des dispositions concernant la constitution

¹² H. Greandyk, *op. cit.*, p. 450.

¹³ Voir la proposition de R. S. Fraser, trente et unième Conférence de l'ILA (Buenos Aires, 1922), p. 189.

¹⁴ Il a été décidé de ne pas créer cette cour d'arbitrage pour ne pas concurrencer l'activité de la Cour d'arbitrage de la CCI, mais sans que cela signifie pour autant la reconnaissance d'un monopole de la CCI en la matière (voir Windham Berves, trente-huitième Conférence, p. 122).

du tribunal d'arbitrage, les pouvoirs des arbitres, le rôle du Président du Comité pour l'arbitrage commercial de l'Association de droit international, les modalités de la communication des documents des parties, l'administration de la preuve, les débats (six étapes sont spécifiées), le contenu de la sentence, la fixation des frais, etc.

Le tribunal d'arbitrage peut être composé d'un arbitre unique, de deux arbitres (si ces deux arbitres ne tombent pas d'accord, l'*umpire* décidera à leur place) ou de trois arbitres. Si les parties n'ont rien prévu à ce sujet dans leur contrat, le tribunal arbitral est toujours composé de trois arbitres. La convention arbitrale n'est révoquée qu'avec le consentement des deux parties. Le réclamant et le défendeur doivent préciser leurs prétentions et, respectivement, leurs défenses (*Points of claim and Points of defence*). Le lieu de l'arbitrage est fixé par les parties et, si les parties ne l'ont pas prévu, par l'arbitre, par les arbitres ou par l'*umpire*. En principe, les débats sont secrets, sauf si les parties demandent qu'ils soient publics. La sentence doit être prononcée par écrit, dans les dix jours (et pour les cas complexes dans les vingt jours). Elle doit respecter la loi du pays choisi pour la formation, la validité et l'exécution du contrat et aussi toutes les formalités voulues pour qu'elle puisse être exécutée dans le pays où l'exécution aura lieu. La sentence est définitive et non soumise à l'appel, sauf si les parties ont prévu cette voie dans leur contrat.

30. L'Institut international de Rome pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) avait inscrit la matière de l'arbitrage à l'ordre du jour de ses travaux en 1928, année même de sa fondation. Après divers travaux préparatoires, on a rédigé un rapport sur l'arbitrage en droit comparé et, en 1933, on a institué un Comité avec mission d'élaborer un projet de loi uniforme sur l'arbitrage. Sous la présidence de M. d'Amelio, premier Président de la Cour de cassation d'Italie, et avec la collaboration de juristes des différents pays, un avant-projet a été élaboré. Partant de l'idée qu'un régime uniforme de l'arbitrage suppose une loi uniforme sur l'arbitrage, car la diversité des droits crée aux arbitrages internationaux de grandes difficultés, et constatant que les deux Conventions de Genève signées sous l'égide de la Société des Nations ont sensiblement amélioré la situation à cet égard, l'UNIDROIT se propose, dans son projet de loi uniforme, de traiter de la manière la plus complète possible la matière de l'arbitrage. Les 40 articles de ce projet concernent respectivement le « domaine d'application de la loi » (art. 1 à 6), « la juridiction arbitrale » — les mots « juridiction arbitrale » s'étendent aux organes qui peuvent être prévus, en dehors des arbitres, par la Convention d'arbitrage — (art. 7 à 14), la « procédure de l'arbitrage » (art. 15 à 21), la « sentence arbitrale » (art. 22 à 24), l'« exécution de la sentence » (art. 25 à 28), l'« annulation de la sentence » (art. 29 à 34), les « frais et honoraires » (art. 35), la « juridiction compétente » (art. 36 et 37) et, enfin, les « dispositions complémentaires » (art. 38, 39 et 40).

31. Le P^r René David, en présentant le projet de loi uniforme sur l'arbitrage ¹⁵, en a expliqué l'économie

¹⁵ René David, « Un projet de loi uniforme sur l'arbitrage », *loc. cit.*, p. 884.

générale et les raisons pour lesquelles le Comité a adopté certaines solutions.

Le Comité a pensé, à l'époque, que la loi uniforme n'aurait pu s'appliquer indistinctement à tous les arbitrages. C'est pour cela que l'article premier précise deux cas d'application : le premier est celui où les parties, *au moment où la convention arbitrale est conclue*, ont leur *résidence habituelle* en des pays différents¹⁶; le second, c'est le cas où les parties ont stipulé que l'arbitrage convenu par elles serait régi par la loi uniforme. L'article 2 stipule que les parties peuvent exclure l'application de la loi uniforme.

32. Du chapitre concernant la convention arbitrale, il convient de retenir que celle-ci est valable quand elle vise des contestations futures, seulement si elles découlent d'un *contrat* ou d'un autre *rapport de droit déterminé*; que la preuve d'une convention arbitrale ou de modifications à une convention doit être faite, en principe, par écrit¹⁷; qu'une partie ne saurait plus invoquer une convention arbitrale lorsqu'elle a manifesté sa volonté de ne pas s'en prévaloir et, enfin, que la convention arbitrale n'est pas valable si elle confère à l'une des parties une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation des arbitres.

33. Des articles du projet concernant la constitution de la juridiction arbitrale, il est à retenir que l'article 7 n'exige pas que les arbitres soient nommés dans la convention elle-même, que le projet considère la constitution d'une juridiction arbitrale composée d'un nombre pair d'arbitres comme une hypothèse tout à fait exceptionnelle, que la capacité d'être arbitre n'est pas limitée par le projet qui admet tout le monde à exercer la fonction d'arbitre. En particulier, en adoptant une suggestion faite au Congrès panaméricain de Montevideo, en 1933, le projet précise (art. 11) que la nationalité de l'arbitre est indifférente, qu'un arbitre peut être révoqué, s'il tarde indûment à remplir sa fonction (art. 14) et qu'un arbitre peut être récusé quand il est mineur et, en général, quand il existe quelque circonstance susceptible d'inspirer des doutes sur l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre.

34. Ce qui constitue la pièce essentielle du projet, en même temps que son originalité et son intérêt pratique le plus considérable, ce sont, suivant l'opinion de M. David, les dispositions visant l'exécution des sentences arbitrales et celles concernant l'annulation de ces sentences.

En ce qui concerne tout d'abord l'exécution des sentences arbitrales, le principe reste bien que cette exécution n'est possible qu'après l'octroi d'un exequatur à la sentence par une autorité judiciaire, les parties ayant la possibilité de se faire entendre, mais la sentence revêtue d'un exequatur dans l'un des pays où la loi uniforme est en vigueur, constitue, d'après le système du projet, un titre exécutoire dans tous les pays qui ont adopté la loi uniforme. En 1938, les auteurs du projet

croyaient le moment venu de réaliser le progrès décisif auquel on avait dû renoncer en 1927 à Genève.

Pour s'opposer à l'exécution on peut, dans ces pays, invoquer soit le fait que la sentence est contraire à l'ordre public du pays considéré, soit le fait que, dans ce pays, le recours à l'arbitrage n'aurait pas été admis pour le litige à propos duquel la sentence des arbitres est intervenue.

35. Le projet de la loi uniforme a établi une liaison entre la procédure de l'exequatur, d'une part, et l'instance possible en annulation de la sentence, d'autre part. Le P^r David nous informe¹⁸ qu'il paraît extrêmement désirable que, soit en première instance, soit comme instance d'appel, le juge de l'exequatur et le tribunal de l'annulation soient la même autorité, étant donné la connexité qui, de manière évidente, lie les deux problèmes. Cette autorité était difficile à préciser dans une loi internationale qui doit tenir compte de la diversité des organisations judiciaires des Etats. On a donc ainsi dû se borner à faciliter la solution du problème dans le sens jugé désirable, d'une part, en abandonnant aux lois particulières des différents pays la détermination des recours que comporte la décision donnée à la demande d'exequatur, et d'autre part, en établissant que l'annulation de la sentence doit être demandée dans le pays où l'exequatur de la sentence a été demandé (art. 37).

Les cas dans lesquels l'annulation d'une sentence arbitrale devra être prononcée ont été énumérés limitativement par les articles 29 et suivants du projet. On remarque que l'erreur de droit commise par les arbitres ne figure pas parmi ces cas. Si les parties veulent se prémunir contre les erreurs de droit possibles de leurs arbitres, et si elles veulent être sûres que les principes généraux du droit seront respectés dans la solution de leur litige, il faut qu'elles le stipulent expressément : l'article 30 devient en ce cas applicable et permet l'annulation de la sentence. Une convention entre les parties est de même nécessaire, si celles-ci entendent se réserver le droit d'attaquer la sentence comme étant fondée sur des preuves que les arbitres n'avaient pas le droit de recevoir ou qu'ils ont irrégulièrement reçues.

L'article 30, en exigeant dans ces cas pour l'annulation une stipulation des parties, renverse absolument, conclut le P^r David, « ce qui était la règle dans les pays latins et notamment en France : il fait de l'amiable composition la règle et de l'arbitrage proprement dit l'exception. Dans le système du projet, les arbitres sont en principe des amiables compositeurs, c'est-à-dire qu'ils doivent bien statuer conformément à la loi, mais que leur sentence ne peut être annulée si, en fait, elle n'est pas conforme à la loi. Les arbitres ne cessent d'être des amiables compositeurs, dans le système du projet, que s'il existe entre les parties une stipulation expresse leur retirant ces pouvoirs et les obligeant à statuer en droit. »

Ce renversement de la règle traditionnelle a été considéré déjà à l'époque comme entièrement justifié : « Dans les arbitrages internationaux, auxquels la loi internationale est en premier lieu appelée à s'appliquer,

¹⁶ Le texte précise que la nationalité des parties n'est pas prise en considération.

¹⁷ Elle peut également résulter du procès-verbal des arbitres ou de la sentence arbitrale, s'il ressort de ces documents que les parties ont admis, explicitement, l'existence de la convention.

¹⁸ René David, « Un projet de loi uniforme sur l'arbitrage », *loc. cit.*, p. 887 et 888.

il est de fait que la clause d'amiable composition est d'ores et déjà devenue une clause de style; les parties ne veulent pas qu'un appel fasse échec à leur désir de résoudre rapidement et sans publicité leur litige; les arbitres de leur côté n'accepteraient pas leur mission s'ils n'étaient débarrassés des formes compliquées et minutieuses, souvent inconnues d'eux dans leurs détails, qui s'imposent dans les arbitrages proprement dits. La règle nouvelle, si elle constitue en théorie un changement de grande importance, ne fait donc au fond que consacrer un état de fait existant ¹⁹. »

Une autre solution du projet, qui mérite d'être relevée, est que l'annulation de la sentence n'est possible pour absence de motifs que si les parties ont exigé que la sentence soit motivée. Les rédacteurs du projet n'ont pas admis cette solution sans de grandes hésitations; ils ne l'ont adoptée qu'à titre de transaction, pour faciliter l'adoption de la loi uniforme par les pays anglo-saxons, où règne la pratique de ne pas motiver les sentences arbitrales.

4. Quelques réflexions sur le développement de l'arbitrage commercial dans l'entre-deux-guerres

36. Cette période représente l'étape dans laquelle l'institution arbitrale a acquis sa consécration internationale. Sous la pression des faits économiques et des besoins du commerce international, les Etats, de plus en plus intéressés dans ce domaine, ont reconnu son utilité et un processus se développe vers le perfectionnement de l'institution arbitrale.

En 1935, à l'Académie de La Haye, Giorgio Balladore Pallieri constatait déjà : « la pratique a marqué en ces derniers temps un penchant très prononcé pour l'arbitrage, qu'elle préfère dans un nombre toujours croissant de cas à la procédure instituée par l'Etat et se déroulant devant les juges ordinaires » ²⁰. On trouvait des courants tant favorables que contraires à l'arbitrage, mais tout le monde était d'accord que « la tendance la plus favorable à l'arbitrage a prévalu dans le droit interne aussi bien que dans le droit international ».

37. Un nouveau climat, favorable, s'est formé au cours des années dans les milieux d'affaires, sur les plans national et international. Une certaine répugnance des Etats envers l'arbitrage a été vaincue, du moins en ce qui concernait les relations commerciales, ce qui a favorisé un certain mouvement des réformes législatives ²¹ et a déterminé une certaine évolution jurisprudentielle favorable à la promotion de l'arbitrage et même un courant tendant à l'unification de la législation en matière d'arbitrage.

38. Une fois l'arbitrage accepté, la pratique soulevait pourtant beaucoup de problèmes, surtout dans le domaine

des relations internationales. En conséquence, le besoin de mieux étudier les règles qui existaient en la matière n'a pas tardé à se faire sentir. On a constaté les grandes divergences législatives et doctrinales sur la nature même de l'arbitrage, les conditions de validité de la convention arbitrale, la capacité de compromettre, le domaine d'arbitrabilité, le contrôle judiciaire sur la procédure arbitrale, etc. Les institutions du droit international privé, tout particulièrement les règles de conflits, les problèmes de qualifications, ceux relatifs à l'ordre public et d'autres ont commencé à alimenter toute une série de débats juridiques dans les cadres les plus divers. Mais l'absence de toute publicité, le caractère quasi confidentiel de la procédure — la publicité, en matière d'arbitrage, ne commençant en général que si des procédures judiciaires venaient s'ajouter à celles arbitrales proprement dites — réduisaient les possibilités d'une étude en profondeur sur les difficultés réelles et spécifiques de l'institution arbitrale, dans le domaine du commerce.

39. On discutait principalement sur les dispositions des codes et autres lois de procédure civile des différents pays. Cependant, des efforts étaient faits au sujet de la juridiction arbitrale, en général, qui embrassait un domaine variable mais toujours large des rapports de droit privé, visant d'une manière globale tant les rapports civils et commerciaux sur le plan national que les rapports commerciaux internationaux. De plus, l'arbitrage était considéré comme une affaire strictement privée, et, sous ce jour, on jugeait profitable au développement de l'institution arbitrale d'éviter autant que possible l'intervention des autorités étatiques.

40. Cela explique, dans une grande mesure, l'apparition des tendances vers une double autonomisation de l'arbitrage : par rapport aux règles des procédures civiles nationales et par rapport aux tribunaux judiciaires étatiques. D'une part, on prépare l'avènement d'une ère des centres de l'arbitrage commercial. De grandes bourses et associations privées des groupements professionnels spécialisés organisés dans les diverses branches du commerce (dans beaucoup de cas à caractère fermé) pratiquaient une procédure arbitrale simplifiée, dans la majorité des cas sans l'obligation de motiver les sentences prononcées. L'exécution de ces sentences était assurée par les parties elles-mêmes et par les groupements dont elles faisaient partie et qui utilisaient des moyens de coercition ²².

D'autre part, des organisations internationales d'arbitrage déployaient leurs efforts vers l'élaboration des règles uniformes de procédure arrêtant jusque dans leurs moindres détails le choix des arbitres, leur révocation, le terme des audiences, le prononcé des sentences, etc., afin d'éliminer autant que possible toute question pouvant donner lieu à discussion et résolue différemment selon la loi nationale applicable.

41. D'aucuns pensaient déjà que le problème devait être abordé d'un point de vue international, en laissant

¹⁹ René David, *ibid.*, p. 888.

²⁰ Giorgio Balladore Pallieri, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *Recueil des cours*, Académie de droit international de La Haye, 1935, I, vol. 51, p. 291 et suiv.

²¹ Par exemple : la loi fédérale sur l'arbitrage de 1925 en Amérique, les *Arbitration Acts* de 1924, 1930 et 1934 en Angleterre, la loi de 1925 en France, les lois allemandes de 1924 et 1930, les trois lois suédoises en 1929.

²² Il s'agit des sanctions corporatives encourues en cas d'inexécution spontanée de la sentence, que les auteurs ont classifiées en trois catégories : sanctions pécuniaires, sanctions morales et sanctions privatives de droits ou de qualité (voir Philippe Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, p. 466 à 489).

de côté les législations particulières des Etats : « Un scrupule d'impartialité — disait Balladore Pallieri — toujours à La Haye, en 1935, nous interdit, en effet, d'étudier l'arbitrage d'après la législation de droit international privé de tel ou tel Etat. Nous devons nous efforcer d'adopter un point de vue qui soit, autant que possible, international, de donner un exposé du problème international indépendant de tout système national de droit »²³. C'est une conception qui a fait carrière mais qui a constitué, à notre avis, une sorte de vice congénital, qui a fait retarder ou, peut-être même quelquefois, empêcher les premières initiatives sur le plan législatif des différents Etats, en vue de la modernisation du droit de l'arbitrage.

42. Faisons remarquer avec Frédéric Edouard Klein que les efforts des organismes internationaux d'arbitrage vers l'élaboration des règles uniformes de procédure ont réussi « à jeter un pont au-dessus de certaines divergences de législation », mais « on ne faisait que masquer un problème qui, en droit, restait entier »²⁴. A vrai dire, il n'y avait, à l'époque, que des arbitrages nationaux auxquels étaient reconnus, sous certaines réserves, des effets extraterritoriaux.

43. Enfin, on peut remarquer qu'entre les deux guerres mondiales, la principale zone géographique où l'arbitrage se pratiquait effectivement coïncidait avec les pays industrialisés de l'Europe et de l'Amérique et suivait de près les centres du commerce international. Le moteur du développement était visiblement le commerce avec les caractéristiques de la première moitié du xx^e siècle, ce qui a déterminé une tendance vers l'institutionnalisation de l'arbitrage commercial et a provoqué le commencement du déclin dans la pratique de la procédure des arbitrages *ad hoc* dans le domaine du commerce. En plus, par l'apparition du premier centre d'arbitrage dans un pays socialiste (à l'époque l'URSS), on commençait à entrevoir les problèmes que soulevait l'existence des arbitrages entre organisations appartenant à des pays à structure socio-économique différente : pays socialistes à économie planifiée, avec le commerce organisé sur la base du monopole d'Etat, et pays capitalistes à économie de marché.

CHAPITRE II. — LES ACTIVITÉS DÉPLOYÉES ET LES RÉSULTATS ATTEINTS ENTRE 1945 ET 1970

1. L'activité déployée sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies

44. L'intensité croissante du commerce international moderne et la nécessité qui s'ensuit de faciliter l'arbitrage ont amené le monde international des affaires à estimer que les accords de Genève ne correspondaient plus aux besoins. Une première initiative pour y remédier a été prise par le Conseil économique et social de l'ONU, sur la proposition de la Chambre de commerce internationale qui avait présenté au Conseil un avant-projet de convention concernant la reconnaissance et l'exécution des

sentences arbitrales. Le Conseil a décidé [résolution 520 (XVII)] la création d'un comité spécial constitué de représentants de huit Etats Membres²⁵. Ce comité avait pour mission d'étudier l'avant-projet de convention proposé par la CCI et de faire rapport au Conseil à ce sujet, ainsi que d'élaborer, éventuellement, un projet de convention.

Le projet de convention élaboré par le Comité spécial a été ensuite présenté, accompagné d'un rapport, au Conseil économique et social.

Dans son rapport, le Comité spécial, analysant la question soulevée par la Chambre de commerce internationale et l'étude rédigée par celle-ci, concluait à la nécessité « de rédiger une nouvelle convention qui, tout en facilitant davantage que la Convention de Genève l'exécution des sentences arbitrales étrangères, observerait les principes généralement reconnus de la justice et respecterait les droits souverains des Etats »²⁶.

Par la résolution 604 (XXI) du 3 mai 1956, le Conseil économique et social a décidé de convoquer une conférence de plénipotentiaires des Etats, ayant pour but de conclure une convention et d'examiner les mesures qui pourraient être prises pour faire de l'arbitrage un moyen plus efficace de règlement des litiges de droit privé. Cette conférence a eu lieu à New York du 20 mai au 10 juin 1958 et a adopté la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères²⁷.

45. La Convention de New York n'avait pas réglé tous les problèmes concernant l'arbitrage international, mais elle n'avait pas moins réglé le problème le plus important — tout comme la Convention de Genève de 1927 d'ailleurs — celui de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, en incluant également dans son texte (art. 2) la substance du Protocole de Genève de 1923. Le Protocole et la Convention de Genève devaient cesser de produire leurs effets, entre les Etats contractants, au moment où ces derniers devenaient parties à la Convention de New York (art. VII)²⁸.

Le texte final de la Convention adopté à la Conférence de New York, en juin 1958, représente, à bien des égards, une solution intermédiaire entre le texte de la Convention de Genève de 1927, et le texte de l'avant-projet proposé par la Chambre de commerce internationale. Ainsi, entre autres, la Convention de Genève de 1927 exigeait

²⁵ Australie, Belgique, Egypte, Equateur, Inde, Royaume-Uni, Suède et Union des Républiques socialistes soviétiques.

²⁶ *Documents officiels du Conseil économique et social, dix-neuvième session, Annexes*, point 14 de l'ordre du jour, document E/2704/Rev.1, p. 2.

²⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330. Au 1^{er} janvier 1971, les 37 Etats suivants avaient ratifié cette convention : Autriche, Bulgarie, Cambodge, Ceylan, Equateur, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Ghana, Grèce, Hongrie, Inde, Israël, Italie, Japon, Madagascar, Maroc, Niger, Nigéria, Norvège, Pays-Bas, Philippines, Pologne, République arabe unie, République centrafricaine, République fédérale d'Allemagne, RSS de Biélorussie, RSS d'Ukraine, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Suisse, Syrie, Tchécoslovaquie, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Union des Républiques socialistes soviétiques.

²⁸ Pieter Sanders, « La Convention de New York », dans *UJA, Arbitrage international commercial*, vol. II, 1960, p. 294.

²³ Giorgio Balladore Pallieri, *op. cit.*, p. 295.

²⁴ Frédéric Edouard Klein, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, 1955, p. 12.

que la sentence arbitrale soit *nationale*, tout comme l'existence d'une réciprocité, aussi bien personnelle que territoriale, et qu'il s'agisse d'une sentence contre laquelle il n'y aurait plus aucune voie de recours ouverte dans le pays où elle avait été prononcée.

L'avant-projet de la Chambre de commerce internationale partait, en revanche, d'une conception entièrement opposée, celle de la « sentence internationale » détachée, dans la mesure du possible, de tout support national et fondée exclusivement sur la convention des parties, dans le cadre d'une « autonomie de volonté », conçue comme créatrice de droit.

La Conférence de New York, encore qu'elle conserve le titre de la Convention de Genève, en ce sens qu'elle ne se réfère qu'aux sentences arbitrales étrangères et non point internationales, tel que le préconisait l'avant-projet de la CCI, a adopté un texte qui, sans exprimer la conception dudit avant-projet, était cependant plus large que le texte du projet élaboré par le Conseil économique et social en 1956²⁹.

En effet, après avoir précisé dans la première partie de l'alinéa 1 de l'article premier que la Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales prononcées sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, le texte ajoute : « Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées. »

Cette formule négative laissait ouverte à chacun des Etats contractants la possibilité d'appliquer ladite convention, indépendamment du concept territorial consacré dans la première partie de l'alinéa 1, par exemple, aux fins d'exécution d'une sentence rendue sur son territoire, mais comportant certains éléments d'extranéité qui la justifiaient d'être considérée comme une sentence étrangère³⁰.

D'autre part, nous remarquons que le texte ne requiert plus la condition exigée par l'article correspondant de la Convention de Genève, notamment qu'il soit question de personnes soumises à la juridiction de l'une des Hautes Parties contractantes ni, de même, la condition de réciprocité (à savoir que la sentence arbitrale, dont la reconnaissance et l'exécution sont exigées, ait été prononcée sur le territoire de l'un des Etats contractants).

Toutefois, à l'alinéa 3 de l'article premier, il est spécifié qu'au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion ou bien lors de la notification de l'extension, prévue par l'article 10, les Etats sont à même de faire certaines réserves, entre autres, la réserve que la Convention ne soit appliquée qu'à la reconnaissance et à l'exécution des sentences prononcées sur le territoire

d'un autre Etat contractant, et que la Convention ne s'appliquerait qu'aux litiges issus de rapports de droit contractuels ou non contractuels, considérés comme commerciaux par la loi nationale.

46. Une autre question, amplement débattue à l'occasion de la Conférence, a été celle de la capacité de l'Etat et de la personne morale de droit public de conclure des clauses arbitrales valables. En dépit des discussions, ce problème n'a pas reçu alors de solution. En revanche, la Convention de New York de 1958 a clarifié la situation des sentences arbitrales prononcées par les arbitrages permanents. En effet, par l'article premier, alinéa 2, les sentences arbitrales prononcées par les arbitrages *ad hoc* sont mises sur le même plan — quant à l'application de la Convention — que les sentences rendues par les arbitrages permanents. Cette précision est d'importance, car jusqu'à l'adoption de la Convention de New York, il y avait, en général, une situation en quelque sorte équivoque à l'égard de la valeur des sentences prononcées par les arbitrages permanents et, tout particulièrement, par les arbitrages fonctionnant près les chambres de commerce internationales des pays de l'Europe de l'Est.

Précisons qu'en ce qui concerne la convention arbitrale, la Convention de New York de 1958 (art. II) assure la solution des problèmes s'y rattachant d'une manière essentiellement similaire à celle du Protocole de Genève de 1923.

Toutefois, il convient de remarquer le fait que la Convention de New York contient, en plus, toute une série de précisions qui sont, d'ailleurs, parfaitement bien venues puisque c'est grâce à elles qu'on a réussi à réaliser une unification à l'égard de certains problèmes résolus différemment par les lois nationales des divers pays.

Mentionnons en premier lieu, parmi ces précisions, celle se référant au caractère obligatoire de la *forme écrite* (art. II, al. 1 et 2) quant à la conclusion de la convention d'arbitrage (clause arbitrale compromissoire ou compromis). C'est une précision que certains auteurs considèrent comme étant « capitale », comme « une règle de droit uniforme d'une valeur inestimable constituant la première acquisition de la convention sur le plan du droit positif »³¹.

Tout aussi précieuse — du point de vue de l'unification — est la précision figurant également à l'alinéa 1 de l'article II, selon laquelle la convention arbitrale doit se référer à « un rapport de droit *déterminé*, contractuel ou *non contractuel*, concernant une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ». Une remarque s'impose ici, car si la première partie de la précision « un rapport de droit *déterminé* contractuel ou *non contractuel* » permet de réaliser une certaine unification au sujet d'un problème résolu différemment par la législation des divers pays³², la seconde partie (qu'il soit question d'une matière « *susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage* ») laisse justement en suspens le problème des matières (des questions) susceptibles d'être réglées par voie d'arbitrage.

²⁹ Ion Nestor, *Probleme privind arbitrajul pentru comerțul exterior în țările socialiste europene* (Problèmes concernant l'arbitrage pour le commerce extérieur dans les pays socialistes européens), Bucarest, 1962, IV^e partie, nos 138, 139 et 148.

³⁰ Voir Jean Robert, « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », dans *Revue de l'arbitrage*, 1958, n^o 3, p. 74, et P. Sanders, *loc. cit.*, p. 298.

³¹ Jean Robert, *op. cit.*, p. 75.

³² Pieter Sanders, UIA, *L'arbitrage commercial international*, vol. I, 1956, p. 14, et art. 3 du projet de loi uniforme de l'UNIDROIT.

Il n'est pas moins vrai qu'il résulte de la Convention (art. V, par. 2, al. a) que le problème de savoir si l'objet du litige est « susceptible » d'un règlement arbitral est résolu en appliquant la loi du pays sur le territoire duquel on sollicite la reconnaissance et l'exécution de la sentence. Mais cela veut dire tout au plus que si unification il y a, elle ne concerne que la norme de conflit qui désigne la loi compétente, la réglementation quant au fond restant différente, en fonction des dispositions de l'une ou de l'autre des lois nationales indiquées.

47. En ce qui concerne les conditions exigées pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, le système adopté par la Convention de New York de 1958 est totalement différent de celui qu'avait consacré la Convention de Genève de 1927. En effet, dans le cadre de la Convention de Genève, pour obtenir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, il incombait à la partie qui invoquait la sentence ou qui sollicitait son exécution de faire la preuve que les conditions requises pour la reconnaissance avaient été remplies, et que l'exécution pouvait être accordée. Qui plus est, une fois cette preuve faite, l'instance d'exécution pouvait examiner d'office la situation en ce qui concerne les autres conditions et, au cas où elle établissait que ces dernières n'avaient pas été accomplies, elle pouvait faire rejeter la requête.

Or la Convention de New York adopte un système fondé sur la conception que la sentence constitue, entre les mains de celui qui l'a obtenue, un titre auquel il faut accorder crédit. Par conséquent, le fait de présenter ce titre accompagné du texte de la convention arbitrale (sous la forme requise par l'article IV de la Convention) doit être considéré comme *prima facie*, au sens que la sentence est obligatoire et que la personne qui en demande la reconnaissance et l'exécution a bien fait la preuve qui l'autorise à les obtenir. A partir de ce moment, la charge de la preuve contraire passe au défendeur qui, afin de pouvoir s'opposer à l'admission de la reconnaissance et de l'exécution, aura à prouver l'existence de l'un ou de plusieurs des cinq motifs, stipulés dans l'article V, paragraphe 1, alinéas a, b, c, d et e de la Convention, en vertu desquels la requête peut être rejetée.

48. Parmi les dispositions qui réglementent les motifs pour lesquels la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales peuvent être refusées, signalons tout particulièrement celles qui ont une importance quant aux problèmes de droit international privé que soulèvent la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Il s'agit de la précision contenue dans la disposition figurant à l'alinéa a par laquelle est consacré le principe de l'autonomie de la volonté dans la détermination de la loi qui régit la validité de la convention arbitrale, au sens que cette convention doit être valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont soumise et, seulement si les parties ne sont pas convenues de cet élément dans la convention, en vertu de la loi du pays où la sentence a été prononcée.

De même, la précision figurant à l'alinéa d qui consacre elle aussi le principe de l'autonomie de la volonté dans la détermination de la loi qui régit la constitution

du tribunal arbitral et de la procédure arbitrale. Il ressort du texte cité que les parties peuvent prévoir, par leur convention, aussi bien la modalité de constitution du tribunal arbitral que la procédure arbitrale et que, sauf convention à ce sujet, on applique la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu.

Par l'adoption du texte figurant à l'alinéa d du paragraphe 1 de l'article V, on met fin aux discussions nées des dispositions correspondantes du Protocole de 1923 et de la Convention de 1927. En effet, les deux accords antérieurs précisaient que la procédure de l'arbitrage est réglementée par la convention des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel a eu lieu l'arbitrage, mais sans qu'on puisse pour autant savoir s'il s'agissait de deux conditions cumulatives ou (seulement) d'une simple forme de renvoi. Maintenant, grâce à la Convention de New York, toute controverse est close puisque cette fois-ci le texte est sans ambiguïté et, au moins de ce point de vue, supérieur à celui qui lui correspond dans la Convention de Genève.

Enfin, relevons aussi les dispositions contenues à l'alinéa e du paragraphe 1 de l'article V, vu qu'elles présentent une double importance. En conformité de ces dispositions, la sentence arbitrale étrangère ne saurait plus être exécutée si le défendeur fait la preuve que la sentence n'est pas devenue obligatoire, ou qu'elle a été annulée ou suspendue par l'autorité compétente du pays dans lequel, ou suivant la loi duquel, la sentence a été prononcée.

Retenons surtout que par l'adoption de ce texte la Conférence de New York a renoncé au système proposé par le projet du Comité de travail du Conseil, qui précisait que la sentence devait être non seulement définitive, mais aussi exécutoire (ce qui, en fait, aurait abouti à la condition d'un double exequatur).

49. A part son action réalisée sur le plan mondial par l'intermédiaire du Conseil économique et social — action ayant abouti à l'adoption de la Convention de New York de 1958, dont nous avons traité plus haut — l'Organisation des Nations Unies a déployé une activité soutenue en vue de la diffusion de l'arbitrage commercial par ses quatre commissions économiques régionales : Commission économique pour l'Europe (CEE), Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient (CEAEO), Commission économique pour l'Amérique latine (CEPAL) et Commission économique pour l'Afrique (CEA).

Comme le fait remarquer le rapport du Secrétaire général pour le développement progressif du droit commercial international, en date du 23 septembre 1966 (document A/6396, p. 29), l'activité de la Commission économique pour l'Europe a porté principalement sur le domaine des contrats internationaux et de l'arbitrage commercial.

A sa troisième session (20 avril-3 mai 1954), le Comité de la CEE pour le développement du commerce a émis l'opinion qu'il serait nécessaire, pour le développement des relations commerciales entre l'est et l'ouest de l'Europe, d'étudier le problème de l'arbitrage dans les cas de désarroi entre les parties qui devaient soumettre leurs litiges éventuels à l'une des institutions d'arbitrage existantes. Le Comité a considéré qu'il fallait étudier

l'élaboration d'une procédure internationale d'arbitrage uniforme sur le plan européen, susceptible d'être proposée pour faire l'objet d'un accord intergouvernemental.

Dans ce but, le Comité pour le développement du commerce a créé le Groupe spécial de travail de Genève pour l'arbitrage, qui a commencé son activité en 1955.

Au cours de la cinquième session, le Groupe a chargé le secrétariat de la CEE — compte tenu des conclusions envisagées — de préparer les deux projets suivants et de les soumettre aux gouvernements des pays participants :

- Un projet de convention européenne sur l'arbitrage commercial international;
- Un projet de règlement d'arbitrage contenant une procédure pour résoudre les litiges commerciaux, auquel les parties devraient recourir si elles n'avaient pas prévu, par leur accord, un autre mode de procédure.

Au cours de la septième session, le Groupe de travail spécial, chargé du problème de l'arbitrage, a été d'avis, après avoir mis au point le texte du projet de convention européenne sur l'arbitrage international, de soumettre le projet à une réunion spéciale de plénipotentiaires chargée de négocier et de signer une convention européenne de l'arbitrage commercial international³³.

Cette réunion s'est tenue à l'Office des Nations Unies à Genève, entre les 10 et 20 avril 1961³⁴.

50. La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international a été signée, à Genève, le 21 avril 1961³⁵.

L'objet de la Convention, différent de celui de la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958, est double : premièrement, résoudre le problème de la désignation des arbitres dans le cas où les parties à un accord d'arbitrage ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le choix à faire, problème particulièrement épineux si les parties résident dans des pays à structures économiques différentes; deuxièmement, faciliter le recours à l'arbitrage commercial, quelle que soit la structure économique des pays dans lesquels les parties résident. D'ailleurs, cette fois-ci, la Convention précise (art. premier, par. 1, a) qu'elle s'applique « aux conventions d'arbitrage conclues pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international ».

En d'autres termes, la convention ne concerne pas la juridiction arbitrale en général, pour tous les rapports de droit civil, puisqu'elle ne régit que celle ayant trait aux *rappports de commerce international*, rapports où, ainsi qu'il est précisé dans le texte, les parties qui ont conclu la Convention d'arbitrage *doivent avoir eu*

au moment de la conclusion de cette convention leur résidence habituelle ou leur siège dans des États contractants différents.

Au paragraphe 2 de l'article premier se trouve réglementé ce que l'on entend, aux termes de la Convention européenne, par « convention d'arbitrage », par « arbitrage » et par « siège ».

Retenons, pour la définition du sens de « convention d'arbitrage », qu'en réalité ce qui est ici réglementé, c'est la forme sous laquelle une telle convention peut être conclue afin d'entrer dans le champ d'application de la convention, notamment la forme écrite et le sens de cette notion.

En ce qui concerne le terme d'« arbitrage », la Convention européenne, tout comme la Convention de New York de 1958, précise qu'il faut entendre par « arbitrage », aussi bien le règlement de litiges par des arbitres nommés pour des cas déterminés (arbitrage *ad hoc*), que le règlement de litiges par des institutions permanentes d'arbitrage.

Enfin, le terme de « siège » est défini lui aussi, afin d'éviter tout malentendu, solution adoptée également dans le projet de loi uniforme élaboré par l'UNIDROIT.

51. La Convention européenne, à l'encontre des autres textes dont nous nous sommes occupés jusqu'ici, traite également de la capacité des personnes juridiques de droit public de se soumettre à l'arbitrage, les conventions conclues par les *personnes juridiques qualifiées*, de par la loi qui leur est applicable, comme des « *personnes juridiques de droit public* » étant, en principe, valables. Nous disons en principe, car vu l'opposition catégorique de certains pays européens à cette solution, la Convention européenne spécifie aussi, dans le même article II (par. 2), la possibilité pour chaque Etat de faire, au moment de la signature de la convention ou bien à l'occasion de la ratification ou de l'adhésion, des réserves quant à cette disposition. La Convention européenne marque toutefois un progrès par rapport aux autres conventions, attendu qu'au moins de cette manière, on peut savoir dès le début, entre quelles limites chaque Etat qui devient partie à la Convention européenne entend s'engager dans l'application de cette convention.

Les articles III et IV comportent des dispositions qui ont en vue l'organisation proprement dite de l'arbitrage, lorsque ce dernier est soumis à la Convention européenne. Il convient de remarquer que l'article III prévoit expressément la possibilité de désigner aussi des étrangers comme arbitres dans les arbitrages soumis à cette convention. Dans l'article IV sont spécifiées les solutions auxquelles peuvent avoir recours les parties à une convention d'arbitrage (conclue en application de la Convention européenne) pour organiser l'arbitrage, que ce soit pour désigner les arbitres, pour le choix du lieu de l'arbitrage, pour établir les règles de procédure suivant lesquelles les arbitres auront à trancher les litiges ou aussi pour suppléer à la volonté de la partie défaillante quant aux obligations qui lui incombent en vertu de la convention d'arbitrage.

Selon l'article IV, paragraphe 1, les parties à une convention d'arbitrage sont libres d'établir :

³³ CEE, documents E/ECE/TRADE/96 et 34 et annexe 1.

³⁴ Pour de plus amples détails, voir document E/ECE/TRADE/47, où se trouve le rapport adopté par la Réunion le 20 avril 1961.

³⁵ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 484. Au 1^{er} janvier 1971, la Convention avait été ratifiée par les pays suivants : Autriche, Bulgarie, Cuba, France, Haute-Volta, Hongrie, Italie, Pologne, République fédérale d'Allemagne, RSS de Biélorussie, RSS d'Ukraine, Roumanie, Tchécoslovaquie, Union des Républiques socialistes soviétiques, Yougoslavie.

a) Qu'elles soumettront le litige (ou les litiges) à une institution permanente d'arbitrage; dans cette situation, l'arbitrage se déroulera en conformité du règlement de l'institution désignée;

b) Qu'elles soumettront le litige (ou les litiges) à une procédure arbitrale *ad hoc*; en ce cas les parties auront, entre autres, la faculté :

- i) De désigner des arbitres ou d'établir les modalités de leur désignation, en cas de litige;
- ii) De déterminer le lieu de l'arbitrage;
- iii) De fixer les règles de procédure qui doivent être suivies par les arbitres.

Aux termes du paragraphe 2 de l'article IV, si les parties sont convenues de soumettre le règlement de leurs litiges à un arbitre *ad hoc* et si l'une des parties n'a pas désigné l'arbitre dans un délai de 30 jours à partir de la notification de la requête d'arbitrage par le défendeur, l'arbitre sera nommé sauf convention contraire, à la demande de l'autre partie, par le Président de la Chambre de commerce compétente du pays où la partie défaillante, à la date de l'introduction de la requête d'arbitrage, a sa résidence habituelle ou son siège.

Il sera procédé de la même manière en cas de remplacement de l'arbitre désigné par l'une des parties ou par le Président de la Chambre de commerce susmentionnée.

Le paragraphe 3 de l'article IV régit la situation où les parties sont convenues de soumettre la résolution de leurs litiges à un arbitrage *ad hoc*, mais la convention d'arbitrage conclue par eux ne contient pas d'indications au sujet des mesures nécessaires à l'organisation de l'arbitrage telles que celles spécifiées au paragraphe 1 de l'article IV.

Ces mesures sont établies différemment, selon que les parties sont convenues ou non du lieu de l'arbitrage. Au cas où les parties n'en sont pas convenues, le demandeur peut s'adresser, soit au Président de la Chambre de commerce compétente du pays où le défendeur a, au moment de l'introduction de la demande de l'arbitrage, sa résidence habituelle ou son siège, soit au Comité spécial dont la constitution et les modalités de fonctionnement ont été déterminées dans l'annexe à la Convention.

Le même paragraphe 3 dispose qu'au cas où le demandeur ne fait pas usage des droits qui lui sont accordés par ledit paragraphe, ceux-ci pourront être exercés par le défendeur ou par les arbitres.

Au paragraphe 4 de l'article IV sont précisées les activités qui reviennent au Président de la Chambre de commerce compétente ou au Comité spécial au cas où ils ont été saisis.

Le paragraphe 5 de l'article IV règle la situation où les parties, étant convenues de soumettre le règlement de leurs litiges à une institution arbitrale permanente, mais sans l'avoir désignée expressément, ne peuvent tomber d'accord sur son choix. Alors, le demandeur pourra requérir cette nomination conformément aux termes de la procédure indiquée au paragraphe 3 de l'article IV.

D'autre part, le paragraphe 6 de l'article IV concerne le cas où les parties n'ont pas spécifié dans la convention

d'arbitrage le système d'arbitrage (institution permanente d'arbitrage ou arbitrage *ad hoc*) auquel ils ont entendu soumettre leurs litiges. En pareil cas, si les parties ne se mettent pas d'accord à ce sujet, le demandeur aura, pour la résolution de cette question, la faculté de recourir à la procédure indiquée au paragraphe 3 de l'article IV. Le Président de la Chambre de commerce compétente ou, le cas échéant, le Comité spécial pourront renvoyer les parties à une institution permanente d'arbitrage ou bien les inviter, dans un délai qui leur sera notifié, à désigner les arbitres et à convenir dans ce même délai des mesures nécessaires au fonctionnement de l'arbitrage.

Dans ce dernier cas, les dispositions contenues dans les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article IV seront applicables.

Enfin, au dernier paragraphe de l'article IV (par. 7), il est établi qu'au cas où le Président de la Chambre de commerce désigné d'après la procédure figurant aux paragraphes 2, 3, 4, 5 et 6 de l'article IV et qui, ayant été saisi par l'une des requêtes énumérées auxdits paragraphes, n'a pas donné suite à la requête dans un délai de 60 jours à partir de la date de la réclamation, la partie ayant formulé la demande sera à même de s'adresser au Comité spécial, afin que ce dernier assume les fonctions qui revenaient au Président de la Chambre de commerce.

52. Les articles V et VI de la Convention européenne font une large place à l'établissement de la compétence des instances arbitrales ainsi qu'aux conséquences d'une convention d'arbitrage pour les instances de droit commun. Les conditions dans lesquelles les exceptions d'incompétence peuvent être invoquées sont précisées. Le projet de loi uniforme établit, tout comme le projet de l'UNIDROIT, la capacité des arbitres de statuer sur leur propre compétence.

A propos de l'*invocation de l'exception d'incompétence devant le tribunal judiciaire*, le texte de la Convention européenne (art. VI, par. 1) dispose expressément que l'exception doit être soulevée en ce cas, sous une *sanction de déchéance* avant, ou en même temps, que la défense sur le fond, selon que la loi du tribunal saisi considère l'exception d'incompétence comme une question de procédure ou comme une question de fond.

Le texte de l'article VI contient également une série de dispositions ayant trait à la loi applicable par les tribunaux judiciaires des Etats contractants quand ils ont à se prononcer sur l'existence ou sur la validité de la convention d'arbitrage.

Ainsi, conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article VI, les tribunaux judiciaires décideront à l'égard de la capacité des parties *selon la loi qui leur est applicable*⁸⁶ et, en ce qui concerne les autres questions, suivant la loi à laquelle les parties ont soumis leur convention d'arbitrage. A défaut d'une telle indication, dans la convention des parties, il en sera *selon la loi du pays où la sentence doit être prononcée*, et dans l'impossibilité de prévoir le pays du prononcé au moment de soumettre la question au tribunal judiciaire, la loi compétente sera celle indiquée par les normes de conflit du tribunal saisi.

⁸⁶ On a maintenu ici la lacune existant dans le Protocole de Genève de 1923 car le texte ne dit pas quelle est la loi applicable et comment elle doit être déterminée.

Ajoutons qu'il est également prévu que le juge peut fort bien ne pas reconnaître la convention d'arbitrage si, selon la *lex fori*, le litige n'est pas susceptible d'être tranché par arbitrage.

Le paragraphe 3 de l'article VI concerne la situation du tribunal judiciaire saisi après l'introduction d'une procédure arbitrale, il dispose que les tribunaux judiciaires des Etats contractants, saisis ultérieurement par des requêtes ayant trait aux mêmes différends, et entre les mêmes parties, ou par des demandes de constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité des conventions d'arbitrage, différeront, à l'exception des cas graves³⁷, de statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale.

Le paragraphe 4 de l'article VI contient la précision suivante : la demande de *mesures provisoires ou conservatoires* adressée à une autorité judiciaire ne saurait être considérée comme étant incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme équivalant à la saisie du tribunal judiciaire en ce qui concerne le fond de l'affaire.

53. A l'encontre des autres conventions connues — et c'est justement ce qui constitue un progrès en matière d'arbitrage — la Convention européenne renferme certaines dispositions spéciales (art. VII), destinées à déterminer le droit applicable au fond du litige. Les parties ont effectivement le choix, mais en l'absence d'une spécification par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi indiquée (comme étant compétente) par la règle de conflit considérée par eux comme adéquate à l'espèce.

De même, il est également établi au paragraphe 1 de l'article VII que dans les deux cas les arbitres auront à tenir compte des dispositions du contrat et des usances de commerce.

Enfin, selon le paragraphe 2 du même article, les arbitres peuvent juger en tant qu'« amiables compositeurs », notamment si les parties se sont exprimées en ce sens et si la loi qui régit l'arbitrage le permet. Toutefois, précisons que la loi ne donne pas de définition à cette notion controversée.

54. En ce qui concerne la motivation de la sentence, la Convention européenne, dans son article VIII, consacre la règle que, si rien n'est convenu à cet égard, les parties sont présumées avoir admis la motivation. Pour que les arbitres *ne soient pas obligés de motiver la sentence*, il faut que les parties aient déclaré expressément que la sentence « ne doit pas être motivée », ou que cette dernière doit être soumise à une procédure arbitrale ne requérant pas ordinairement la motivation de la sentence. Toujours est-il que, dans cette dernière hypothèse, la Convention apporte une précision qui semble devoir permettre aux parties de modifier — en ce qui concerne la motivation de la sentence — la procédure arbitrale indiquée par elles comme devant être appliquée par les arbitres. En effet, la Convention prévoit que, même au cas où les parties se sont soumises à une procédure n'exigeant pas l'obligation de motiver la sentence, cette dernière devra

être motivée si les parties ou seulement l'une d'elles le demandent expressément avant la fin des débats ou, s'il n'y a pas de débats, avant la rédaction de la sentence.

55. En ce qui concerne l'annulation de la sentence arbitrale, la Convention européenne apporte une précision importante qui n'est indiquée nulle part dans les conventions que nous avons eu l'occasion de présenter jusqu'ici.

Il s'agit du début du premier paragraphe de l'article IX, selon lequel l'annulation, dans un Etat contractant, d'une sentence arbitrale régie par la Convention européenne, ne saurait constituer une cause de refus de la reconnaissance et de l'exécution sur le territoire d'un autre Etat contractant que si cette annulation a été prononcée dans l'Etat où la sentence a été rendue, ou bien suivant la loi de cet Etat, et cela uniquement pour les motifs énumérés dans le même paragraphe aux alinéas *a* à *d*.

Les raisons de l'annulation de la sentence qui peuvent constituer autant de causes de refus de la reconnaissance et de l'exécution, énumérées limitativement au paragraphe 1, alinéas *a* à *d* de l'article IX de la Convention européenne, figurent aussi dans l'article V, paragraphe 1, alinéas *a* à *d* de la Convention de New York de 1958.

Il était donc tout naturel que l'article IX de la Convention européenne, où sont réglementés les motifs d'annulation d'une sentence arbitrale obtenue en conformité des dispositions de cette Convention, motifs qui constituent les causes de refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, dispose aussi, au paragraphe 2, de la possibilité de combiner à cet effet les dispositions de la Convention européenne avec celles de la Convention de New York de 1958, dans les rapports entre pays parties contractantes aux deux Conventions.

En effet, la Convention de New York, dans l'article V, paragraphe 1, alinéa *e*, mentionne une autre cause qui peut constituer un motif de refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence. La reconnaissance et l'exécution de la sentence peuvent, selon ce texte, être refusées à la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée 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 prononcée ». Cette disposition donne à l'annulation prononcée dans le pays d'origine de la sentence un effet absolu, quelle que soit la cause pour laquelle la sentence a été annulée.

La Convention européenne de 1961 n'a pas envisagé pareille solution, aussi le système adopté par cette Convention à l'article IX, paragraphe 1, représente-t-il un progrès par rapport à la Convention de New York. En effet, en réduisant, dans les rapports entre les Etats parties à la Convention européenne, les cas d'annulation des sentences arbitrales étrangères, elle élimine dans une large mesure, même à partir du moment de l'exécution de la sentence, certains moyens dilatoires auxquels la partie ayant perdu le litige serait éventuellement tentée de recourir.

Et afin de ne permettre aucune discussion quant au fait que dans les rapports entre Etats contractants, qui sont parties aux deux Conventions, les cas d'annulation

³⁷ Le texte ne précise pas en quoi pourraient consister ces cas graves, aussi cela est-il laissé à l'appréciation du juge du tribunal ordinaire.

d'une sentence arbitrale étrangère sont réduits uniquement à ceux énumérés limitativement par l'article IX, paragraphe 1, lettres *a* à *d* de la Convention européenne, le même article IX, au paragraphe 2, précise que « dans les rapports entre Etats contractants également parties à la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 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, lettre *e* de la Convention de New York ».

56. A notre sens, il ne faut pas conclure l'exposé relatif à la Convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international de 1961 sans relever que l'une des innovations les plus importantes apportées par la Convention est la création, prévue à l'article IV, d'un comité spécial auquel le demandeur peut s'adresser si le défendeur ne s'entend pas avec lui sur la désignation de l'arbitre. Le Comité spécial est composé de trois membres élus pour quatre ans. L'un de ces membres est élu par les chambres de commerce des pays où il y a des comités nationaux de la Chambre de commerce internationale et qui, au moment de l'élection, seront parties à la Convention. Le second membre est élu par les chambres de commerce des pays dans lesquels il n'existe pas de comités nationaux de la Chambre de commerce internationale et qui, au moment de l'élection, seront parties à la Convention. Le troisième membre, qui fait office de président, est élu pour deux années, alternativement, par les chambres de commerce du premier groupe de pays et par les chambres de commerce du second groupe de pays.

Ce comité spécial est la seule institution arbitrale qui soit commune aux pays de libre-échange et aux pays à économie planifiée.

57. La Convention européenne de Genève de 1961 a été complétée par la publication du règlement d'arbitrage de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe qui date de janvier 1966.

L'élaboration et la publication de ce règlement sont dues à l'intention de la Commission économique pour l'Europe de mettre à la disposition des parties des instruments types (contrats types, conditions générales de vente, etc.) auxquels celles-ci puissent se référer, évitant ainsi les retards inhérents à la rédaction des clauses contractuelles sur la réglementation des différentes opérations convenues par les parties dans le cadre du commerce international (livraisons de marchandises, prestations de service, etc.).

Cette initiative correspond aussi au souci d'encourager la diffusion de l'arbitrage, en tant que modalité de solution des litiges entre les parties, surtout en mettant à la disposition des parties à une convention d'arbitrage, une procédure arbitrale susceptible d'être adoptée par ces dernières moyennant une simple clause de référence, chaque fois que sera évidente l'impossibilité des parties d'établir elles-mêmes une procédure concernant l'organisation de l'arbitrage.

Le règlement d'arbitrage de la CEE est, par conséquent une réglementation facultative qui ne saurait s'appliquer que dans la mesure où les parties entendent opter pour son application.

58. En ce qui concerne les dispositions et les solutions adoptées par ce règlement, mentionnons en premier lieu celles concernant les mesures à prendre par les parties à la convention d'arbitrage afin que la procédure arbitrale puisse être continuée lorsque ces dernières ne réussissent pas à se mettre d'accord sur la forme de l'arbitrage, sur la composition du tribunal arbitral, sur la personne de l'arbitre unique ou des arbitres et sur la désignation du président; de même, lorsque l'une des parties se soustrait à son obligation de désigner l'arbitre.

Dans toutes ces situations, le règlement prévoit pour les parties la possibilité de recourir à une « autorité compétente ». Pour déterminer l'« autorité compétente » le règlement consacre lui aussi le principe de l'autonomie de la volonté. En effet, en conformité des dispositions de l'article IV du règlement, lorsque l'autorité compétente est déterminée par les parties, ce fait est décisif, en ce sens que, pour régler les situations énumérées dans les dispositions de cet article, le demandeur a le droit de s'adresser à l'autorité compétente désignée par la convention d'arbitrage, et ce n'est qu'à défaut de cette désignation qu'il pourra alors s'adresser à l'autorité compétente du lieu de l'arbitrage, en admettant évidemment que les parties soient tombées d'accord sur le lieu de l'arbitrage.

Enfin, si les parties n'ont déterminé par la convention d'arbitrage ni l'autorité compétente, ni le lieu de l'arbitrage, le demandeur, conformément aux dispositions de l'article V, sera à même de s'adresser en toute liberté, pour régler les situations prévues à l'article IV, soit à l'autorité compétente du pays où le défendeur a sa résidence habituelle ou son siège, soit au Comité spécial spécifié par l'article IV de la Convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international de 1961, et, si les parties ont leur résidence habituelle ou leur siège dans le pays où fonctionne un comité national de la CCI, le demandeur pourra s'adresser à la Cour d'arbitrage de la CCI.

Pour que les parties intéressées puissent connaître les institutions capables d'être saisies en vue de faire fonction d'« autorités compétentes », aux fins de l'application du règlement, il est précisé dans l'article 2 dudit règlement que, outre les institutions (le Comité spécial de l'article IV de la Convention européenne et la Cour d'arbitrage de la CCI) indiquées par l'article 5 pour la situation envisagée dans cet article, sont considérées comme autorités compétentes quant au lieu d'arbitrage, ou quant au pays où le défendeur a sa résidence habituelle ou son siège, les chambres de commerce ou les autres institutions énumérées dans l'annexe du règlement.

59. L'« autorité compétente » saisie dans les conditions stipulées par le règlement (art. 3) pour intervenir en vue d'assurer le déroulement de la procédure arbitrale peut prendre, suivant le cas, les mesures suivantes :

- Désigner, si les parties lui communiquent par écrit leur accord à cet égard, un arbitre unique ou une institution d'arbitrage pour trancher le litige en conformité de son propre règlement;
- Inviter les parties, si elles ne sont pas tombées d'accord sur la désignation d'un arbitre unique ou d'une institution d'arbitrage, à désigner chacune un arbitre,

les arbitres ainsi nommés devant eux-mêmes élire un autre arbitre comme président;

- Procéder d'office à cette désignation si dans un délai de 30 jours l'une des parties n'a pas désigné son arbitre, ou si dans un délai de 45 jours les arbitres nommés n'ont pu se mettre d'accord sur l'élection du président.

De la même façon, lorsqu'il faut établir la procédure du remplacement d'un arbitre, d'un arbitre unique ou de l'arbitre président comme suite à la récusation, au décès ou à une incapacité, le règlement spécifie (art. 8 et 12) les cas où l'autorité compétente a la qualité pour procéder à la désignation du remplaçant (arbitre, arbitre unique ou président).

60. Parmi les dispositions ayant trait à l'organisation de l'arbitrage, ainsi que parmi celles relatives à la procédure d'arbitrage proprement dite, il convient de retenir surtout :

- Les dispositions concernant le lieu de l'arbitrage (III; art. 14 du règlement); elles consacrent le principe de l'autonomie de la volonté, en ce sens que le lieu de l'arbitrage est déterminé par les arbitres uniquement si les parties n'aboutissent pas à un accord à ce sujet;
- Les dispositions générales relatives à la procédure (IV; art. 22, 23 et 24 du règlement); sauf disposition contraire du règlement, elles autorisent les arbitres à procéder, pour la solution du litige soumis à l'arbitrage (et spécialement à conduire l'arbitrage), de la manière qu'ils jugeront opportune; encore qu'ils soient obligés dans tous les cas de donner aux parties la possibilité de défendre leurs droits et leurs intérêts sur un pied d'égalité. Conformément au règlement (art. 23) la procédure est orale; toutefois, si les parties y consentent, les arbitres sont autorisés à statuer sans procédure orale, uniquement sur la foi des actes (des preuves) déposés au dossier. Enfin, en ce qui concerne l'administration de la preuve, il est prévu que les arbitres sont autorisés à déterminer les moyens de preuve qu'ils entendent admettre et à nommer les experts. Ils peuvent également exiger des parties, à tout moment de la procédure, qu'elles produisent des preuves supplémentaires en leur fixant un délai approprié à cette fin;
- Les dispositions concernant les mesures conservatoires et la garantie des frais de la procédure arbitrale (IV; art. 27 et 28 du règlement); elles soumettent à la compétence des arbitres, sauf certaines dispositions légales contraires et si les parties l'exigent, l'adoption de toute mesure conservatoire à l'égard des marchandises litigieuses, notamment le dépôt des marchandises entre les mains d'un tiers, l'ouverture d'un crédit bancaire ou la vente des biens (de consommation) périssables; les arbitres sont également autorisés à ordonner aux parties de consigner les sommes destinées à couvrir les frais de la procédure arbitrale;
- Les dispositions concernant la sentence arbitrale (IV; art. 33-42); elles consacrent elles aussi toute une série de solutions intéressantes. Ainsi, en ce qui concerne le rôle de l'arbitre président dans le prononcé de la sentence, l'article 33 prévoit que, au cas où le tribunal arbitral est formé de deux arbitres et d'un arbitre

président, la sentence est prononcée à la majorité, mais que, si cette majorité n'est pas réalisée, l'arbitre président a qualité pour prononcer à lui seul la sentence; pour ce qui est du délai dans lequel la sentence doit être rendue (art. 34 et 35), la solution adoptée permet selon nous d'interpréter le délai stipulé par l'article 34 comme étant simplement un délai recommandé puisqu'il peut être prorogé par les parties ou par les arbitres pour tout motif valable; s'agissant du lieu de la sentence (art. 37), la solution adoptée, bien qu'elle soit neuve par rapport à la pratique arbitrale institutionnelle, est considérée par les commentateurs comme une solution fort bien venue, car elle correspond entièrement aux nécessités propres au domaine de l'arbitrage international, en évitant les difficultés d'exécution qui sont parfois inhérentes aux sentences internationales³⁸; quant au droit applicable au fond du litige (art. 38), la solution adoptée consacre ici aussi, en premier lieu, le principe de l'autonomie de la volonté des parties dans la détermination du droit applicable et, en l'absence d'une indication de leur part en ce sens, elle établit le rôle des arbitres dans le choix de la règle de conflit applicable. Toutefois, dans les deux cas (que le droit applicable soit déterminé par les parties, ou qu'il ait été fixé suivant la règle de conflit choisie par les arbitres), le texte de l'article 38 spécifie que les arbitres doivent tenir compte des dispositions du contrat et des usances commerciales³⁹. Enfin, l'article 42 contient une disposition identique à celle rencontrée dans les clauses arbitrales, à savoir que les parties en se soumettant au règlement s'engagent à exécuter sans retard la sentence et qu'elles renoncent, à défaut de dispositions légales contraires, à tout droit d'appel devant une autre institution arbitrale ou devant une institution judiciaire.

61. Parmi les autres commissions économiques régionales des Nations Unies, la Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient (CEAEO) a déployé et continue à déployer une activité soutenue en matière d'arbitrage. En effet, le secrétariat de la CEAEO et le service juridique de l'ONU ont achevé en 1958 une étude sur la législation arbitrale et les possibilités d'arbitrage dans certains pays de l'Asie et de l'Extrême-Orient et, en 1962, un centre pour le développement de l'arbitrage commercial international a été créé à Bangkok, au sein du secrétariat de la CEAEO. Le centre coopère avec le service juridique et avec les experts commerciaux et les correspondants désignés par les pays membres en s'efforçant de généraliser le recours à l'arbitrage commercial et de favoriser la création et l'amélioration des institutions arbitrales et des moyens d'arbitrage dans cette région.

³⁸ Voir Peter Benjamin, « Nouveau règlement d'arbitrage pour le commerce international », UIA, *L'arbitrage international commercial*, vol. III, La Haye, 1965, p. 348.

³⁹ Cette disposition, tout comme celle contenue dans l'article 39 du règlement, est considérée par les commentateurs comme étant d'un grand intérêt pour le développement de l'arbitrage commercial, puisqu'elle reconnaît expressément la possibilité d'une sentence arbitrale basée sur les stipulations du contrat et sur les usances commerciales et, par conséquent, qui serait détachée de tout système de droit national. Voir, en ce sens, Peter Benjamin, dans UIA, *op. cit.*, p. 350.

En janvier 1966, la Conférence de la CEAEO sur l'arbitrage commercial international réunie à Bangkok a recommandé la rédaction d'un ensemble de règles relatives à l'arbitrage. A l'heure actuelle, c'est chose faite, et les règles ont été portées à l'attention des chambres de commerce, des associations juridiques et commerciales, des universités et des autres organismes.

Ainsi qu'il est précisé dans le rapport du Secrétaire général de l'ONU sur le développement progressif du droit commercial international⁴⁰, la Conférence a également jugé souhaitable que des listes séparées d'arbitres et d'autorités chargées de désigner les arbitres soient dressées par le Centre de la CEAEO après consultation des gouvernements, des correspondants nationaux du Centre et des autres institutions qualifiées. Dans une autre recommandation, la Conférence a étudié la diffusion de modèles de clauses compromissoires et a approuvé aussi pour le règlement par conciliation certaines normes qui pourraient servir de guide aux parties disposées à recourir à cette forme de réglementation dans leurs litiges. La Conférence a recommandé au Centre de la CEAEO l'adaptation et la diffusion de ces normes dans toute la région, à l'instar des règles d'arbitrage. La Conférence a également proposé au Centre de la CEAEO d'inviter chacune des principales chambres de commerce de la région, par l'intermédiaire des gouvernements respectifs, à constituer des comités d'hommes d'affaires qui seraient disposés à siéger dans les commissions de conciliation à la demande des parties.

62. Les règles de la CEAEO pour l'arbitrage commercial international sont, à bien des égards, similaires au règlement d'arbitrage de la CEE de 1966, dont la rédaction a elle-même été largement influencée par l'étude comparative préalable des règles de procédure des différents organismes d'arbitrage international. Aussi peut-on dire que, par l'élaboration des règles de la CEAEO, on a essayé de réaliser une procédure arbitrale qui représente en fait une harmonisation des règles de procédure arbitrale prédominantes dans différents pays.

En ce qui concerne le champ d'application des règles de la CEAEO, ces dernières régissent, en conformité de l'article premier, alinéa 1, a, l'arbitrage des litiges *issus du commerce international de la région de la CEAEO*. Il est précisé ensuite au même article, alinéa 1, b, quels sont les litiges inclus dans la catégorie des litiges de commerce international et, à l'alinéa 1, c, quels litiges peuvent être considérés comme étant *issus du commerce international de la région de la CEAEO*.

Selon l'alinéa 2 de l'article premier, les règles de la CEAEO deviennent applicables au cas où les parties aux contrats énumérés à l'alinéa 1, c, sont convenues que les litiges qui sont nés ou qui pourraient naître du contrat conclu entre elles seront soumis à l'arbitrage en conformité des règles de la CEAEO. Une telle convention des parties peut être incluse dans le contrat ou conclue séparément, après la naissance du litige.

Il est également précisé, à l'alinéa 3 dudit article premier que peuvent être inclus parmi les litiges susceptibles d'être arbitrés en conformité des règles de la CEAEO ceux où la partie est un gouvernement ou une agence commerciale d'Etat (*a government or State trading agency*).

L'organisation proprement dite de l'arbitrage (à savoir les solutions auxquelles les parties peuvent recourir pour désigner les arbitres, les modalités du choix du lieu de l'arbitrage, les règles d'après lesquelles les arbitres doivent conduire l'arbitrage) se trouve résumée aux articles II à VI des règles de la CEAEO.

Ainsi, en ce qui concerne la nomination des arbitres (art. II), les règles de la CEAEO consacrent elles aussi, selon la remarque du P^r Pieter Sanders, « *the usual pattern* »⁴¹, c'est-à-dire qu'elles laissent en premier lieu aux parties la possibilité de choisir les arbitres (al. 1, 2 et 3). Les parties ne sauraient avoir recours au Comité spécial établi en conformité de l'article V des règles qu'au cas où elles ne pourraient tomber d'accord sur la procédure à suivre pour désigner les arbitres, ou lorsque l'une d'elles se soustrait à l'obligation de nommer l'arbitre ou bien quand les arbitres nommés par elles n'arrivent pas à choisir le surarbitre. Alors le Comité spécial a l'alternative de procéder lui-même à la nomination ou à la désignation nécessaire ou bien de désigner de son propre chef une autorité pour effectuer la désignation de rigueur.

Dans le cadre de la procédure arbitrale instituée par les règles de la CEAEO, les parties qui sont convenues de les adopter sont libres de choisir des arbitres sans considération de nationalité, ou n'importe quelle institution arbitrale qu'elles considèrent comme étant la plus appropriée pour arbitrer le litige (art. II, al. 2). Toutefois, suivant l'alinéa 4 de l'article II, une certaine assistance est assurée aux parties en ce qui concerne la nomination des arbitres ou le choix d'une institution d'arbitrage en ce sens que le Centre de la CEAEO est tenu de dresser aussi bien une liste des personnes susceptibles d'être choisies par les parties comme arbitres qu'une liste des autorités compétentes qui peuvent être chargées par les parties de désigner les arbitres.

Pour ce qui est du lieu de l'arbitrage (art. IV), les règles de la CEAEO respectent, de même, l'idée que la volonté des parties est déterminante. Il ressort d'ailleurs de l'article IV que celles-ci peuvent convenir du lieu de l'arbitrage dans le contrat, voire même plus tard, ou laisser ce soin aux arbitres nommés par elles (art. IV, al. 1), ou bien s'entendre à cet effet sur n'importe quelle autre procédure (art. IV, al. 2). Au cas où aucun accord en ce sens n'est intervenu, les parties peuvent recourir au Comité spécial établi en conformité de l'article V, lequel déterminera le lieu de l'arbitrage (art. IV, al. 2).

Les règles de la CEAEO, pour les situations où les parties se mettent elles-mêmes d'accord sur le lieu de l'arbitrage, ou bien lorsque la détermination en incombe au Comité spécial, recommandent de prendre en consi-

⁴⁰ Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt et unième session, Annexes, point 88 de l'ordre du jour, document A/6396, par. 83, et CNUDCI, *Annuaire*, vol. I : 1968-1970, première partie,

⁴¹ Pieter Sanders, « ECAFE Rules for International Commercial Arbitration », dans *Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus

dération certains facteurs (énumérés à l'article IV, al. 1, a, b, c, d et e), qui sont de nature à mener à la détermination du lieu d'arbitrage le plus adéquat pour que l'arbitrage des litiges puisse s'effectuer dans des conditions qui soient avantageuses eu égard aux cas considérés.

En ce qui concerne les règles de procédure dont les arbitres doivent tenir compte pour bien conduire l'arbitrage, les règles de la CEAEO visent également à favoriser la procédure arbitrale la plus opportune pour les besoins de la cause et à assurer aux parties l'égalité de traitement (art. VI, al. 1 et 2).

Les arbitres ont qualité pour décider en ce qui concerne tant l'existence que la validité de la clause arbitrale et leur propre compétence, ainsi que pour procéder, dans l'application des règles de la CEAEO, à leur interprétation le cas échéant. De même, il leur appartient de fixer les délais dans lesquels les parties auront à remplir certaines obligations qui leur incombent (art. V, al. 3 et 4).

Il faut retenir toutefois que, d'après la procédure adoptée par les règles de la CEAEO, les débats ne sont obligatoires que si les parties en sont convenues ou si les arbitres en ont décidé ainsi (art. VI, al. 5).

La sentence est prononcée — au cas où l'arbitrage a lieu devant un tribunal arbitral — à la majorité des voix et si cette majorité n'est pas obtenue la décision du président représente la décision du tribunal arbitral.

Parmi les dispositions relatives à la sentence (art. VII), celle qui retient tout particulièrement notre attention est la solution adoptée par les règles de la CEAEO à l'égard de la loi applicable. Selon les dispositions de l'alinéa 4, a, de l'article VII, les parties ont le droit de déterminer la loi applicable quant au fond. Toutefois, dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas indiqué quelle doit être cette loi, le texte dispose que l'arbitre ou les arbitres appliqueront la loi qu'ils considèrent comme étant applicable conformément aux règles de conflit (normes de conflit).

Que les parties aient ou non précisé la loi applicable, l'arbitre ou les arbitres ont à tenir compte des clauses du contrat et des usances commerciales.

Les règles de la CEAEO prévoient aussi la possibilité pour les parties d'autoriser les arbitres à juger *ex aequo et bono* (amiables compositeurs), à condition que cela soit permis par la loi applicable à l'arbitrage. Observons ici que les règles de la CEAEO ne consacrent pas expressément le caractère obligatoire d'une motivation du jugement.

D'autre part, à l'alinéa 2 de l'article VIII, qui contient des dispositions diverses, il est précisé qu'après la rédaction de la sentence chacune des parties pourra, dans un délai de 30 jours, avec la notification de rigueur à l'autre partie, demander aux arbitres une interprétation authentique de la décision, ces derniers étant obligés de donner suite à la requête et de communiquer la décision aux deux parties.

2. Efforts déployés sous l'égide d'organismes internationaux autres que l'ONU

63. En 1958 sont entrées en vigueur dans les pays membres du Conseil d'aide économique mutuelle (CAEM)

les Conditions générales de livraison de marchandises entre les organisations de ces pays. Jusqu'à cette date, on avait appliqué dans les rapports entre ces pays, en ce qui concerne les livraisons de marchandises, des conditions générales établies par des conventions bilatérales et à caractère annuel. Grâce à l'expérience acquise par suite de l'application des conventions bilatérales, on a pu passer à l'adoption de conditions générales multilatérales qui établissent des règles uniformes régissant les rapports entre les organisations des pays membres du CAEM pour la livraison des marchandises. Il s'agit de nombreuses normes de droit matériel et de droit procédural et de quelques règles de conflits de lois (droit international privé)⁴². Après une période de 10 ans ces Conditions générales ont été réexaminées à la lumière de la pratique acquise et elles ont subi certaines modifications et additions⁴³, de sorte qu'à partir de 1969 sont entrées en vigueur les nouvelles Conditions générales de livraison de marchandises du CAEM, 1968.

Il n'est pas question de procéder ici à l'analyse de ces conditions générales et des discussions qui ont eu lieu sur leur nature, leur caractère et leur contenu⁴⁴. Ce que l'on doit relever c'est la façon dont est réglementée la solution des litiges qui s'élèvent relativement aux livraisons de marchandises entre les organisations qui réalisent le commerce entre les pays membres du CAEM.

64. La solution de ces litiges est traitée aux paragraphes 90 et 91 des Conditions générales CAEM, 1968, textes qui ne diffèrent pas, pour l'essentiel, de l'ancien paragraphe 65 des Conditions générales, 1958. Selon ces textes, tous les litiges qui peuvent résulter du contrat ou ayant trait à celui-ci sont réglés par la voie de l'arbitrage devant la cour (commission) d'arbitrage instituée pour résoudre de tels litiges dans le pays du défendeur ou, suivant l'accord des parties, dans un tiers pays membre du CAEM, à l'exclusion de la compétence des instances de droit commun.

L'instance arbitrale compétente pour connaître de l'action principale est également compétente pour résoudre les demandes reconventionnelles ou en compensation, à condition qu'elles concernent les mêmes rapports juridiques que l'action principale, condition qui n'était pas précisée dans le texte de 1958.

Quant à la procédure à suivre pour la solution des litiges, c'est la procédure en vigueur devant le tribunal d'arbitrage saisi du règlement du différend.

Le texte précise encore que les débats ont lieu dans la langue du pays où siège le tribunal d'arbitrage, la traduction dans une autre langue étant assurée, si l'une des

⁴² La plus importante de celles-ci est la règle contenue au paragraphe 74 selon laquelle, pour les problèmes non réglementés ou incomplètement réglementés par les contrats ou par les Conditions générales, on devra appliquer le *droit matériel du pays du vendeur*.

⁴³ Parmi les plus importantes, signalons l'introduction d'un chapitre nouveau (chap. XVI) qui réglemente de manière uniforme la matière de la prescription.

⁴⁴ Pour de plus amples détails à cet égard, voir, parmi les ouvrages les plus récents, Peter Katona, « The International Sale of Goods among the Member States of the Council for Mutual Economic Assistance », dans *Columbia Journal of Transnational Law*, n° 2, (1970).

parties le demande. Cette disposition concerne aussi le prononcé de la décision.

Enfin, on prévoit encore que les sentences du tribunal d'arbitrage sont définitives et obligatoires pour les parties.

65. Comme on peut le remarquer, les deux paragraphes susmentionnés instituent, quoique d'une manière très concentrée, un vrai système arbitral qui comprend toutes les règles minimales nécessaires pour assurer, de manière efficiente, la solution du litige. Ainsi, parmi les nombreux critères utilisés pour la détermination du lieu de l'instance d'arbitrage compétente il est convenu — comme règle générale — de retenir celui de l'instance du domicile du défendeur, c'est-à-dire qu'on a adopté la règle *actor sequitur forum rei*, en considérant que ce critère exprime le mieux, du point de vue juridique, l'idée de l'égalité entre les parties et reflète le sentiment de la confiance réciproque des partenaires.

On a étendu la compétence du tribunal arbitral saisi de la demande principale pour résoudre aussi les demandes reconventionnelles ou en compensation, toute controverse juridique possible étant ainsi éliminée, avec l'économie de temps, de frais, etc., ainsi réalisée pour les parties.

On a exclu expressément la compétence des tribunaux ordinaires pour juger les litiges en matière de commerce extérieur, la solution de tels litiges relevant de la compétence des commissions d'arbitrage fonctionnant auprès des chambres de commerce et on a précisé que les décisions arbitrales prononcées par ces commissions sont définitives et obligatoires.

Sans que soit organisée une procédure d'arbitrage uniforme, celle-ci est déterminée de manière certaine par le renvoi fait expressément aux règlements d'organisation et de fonctionnement de la commission d'arbitrage compétente, celle fonctionnant près la chambre de commerce du pays membre considéré. Ce renvoi assure en tout cas l'efficacité de la clause arbitrale, parce que toutes les commissions d'arbitrage fonctionnant auprès des chambres de commerce des pays membres du CAEM ont, comme on sait, un caractère institutionnel permanent et sont pourvues de règlements contenant les dispositions de procédure nécessaires, dispositions qui ne diffèrent pas, quant aux principes de base, d'une commission à l'autre.

Si l'on tient compte de ce que les Conditions générales de livraison de marchandises énoncent aussi le droit matériel applicable aux rapports entre les parties, on peut considérer que le système arbitral qui vient d'être décrit offre le mécanisme essentiel indispensable à un arbitrage efficient : une instance arbitrale compétente nettement identifiée, une procédure arbitrale déterminée et un droit applicable au fond du litige, indiqué avec précision.

Le système est fondé sur une coopération entre les différentes institutions arbitrales des pays membres du CAEM, institutions qui fonctionnent sur la base de principes similaires.

66. La coopération entre les différentes institutions arbitrales des pays membres du CAEM se réalise prin-

cipalement par la voie des conférences périodiques⁴⁵ organisées par les chambres de commerce de ces pays en vue d'un échange d'expérience concernant les problèmes soulevés par l'application des Conditions générales de livraison et des règlements des commissions d'arbitrage, afin d'assurer une unité d'interprétation des dispositions de ces réglementations. On procède systématiquement à l'échange de renseignements sur les décisions prises par les organes d'arbitrage qui revêtent une importance sur le plan des principes et presque toutes les commissions d'arbitrage font paraître des recueils de pratique arbitrale pour le commerce extérieur ou d'études théoriques sur la même pratique.

Le développement et la consolidation des relations économiques entre les pays membres du CAEM déterminent des relations encore plus étroites entre les arbitrages pour le commerce extérieur de ces pays et, de ce fait, le perfectionnement des formes concrètes de leur coopération.

Le perfectionnement fondé sur l'activité des organes d'arbitrage existants pour le commerce extérieur dans les pays membres du CAEM a surtout en vue⁴⁶ :

- D'élargir leur compétence pour pouvoir résoudre tous les litiges de droit civil s'élevant entre les organisations économiques qui découlent des relations de collaboration économique et technico-scientifique de toutes sortes entre les pays membres du CAEM;
- D'élargir l'échange des informations (y compris les sentences arbitrales) entre les organes d'arbitrage, en vue de faciliter l'application unifiée par les organes d'arbitrage des pays intéressés des dispositions des Conditions générales de livraison des marchandises entre les organisations des pays membres et d'autres instruments qui réglementent les différents domaines de leur collaboration économique et technico-scientifique;
- De rapprocher et d'unifier les règles de procédure des organes nationaux d'arbitrage fonctionnant près les chambres de commerce des pays membres du CAEM.

67. Un intérêt particulier pour le domaine de l'unification des règles en matière d'arbitrage s'est aussi manifesté depuis longtemps dans les pays d'Europe de l'Ouest. Grâce à notre éminent collègue⁴⁷ M. Paul Jenard (Belgique), nous sommes à même de renseigner les

⁴⁵ Depuis 1958, six conférences des commissions d'arbitrage ont eu lieu à Prague, Moscou, Berlin, Varsovie, Varna et Bucarest. Pour les détails, voir S. N. Bratus, « La coopération entre les organismes d'arbitrage des pays socialistes d'Europe », dans *Revue de l'arbitrage*, 1969, n° 4 (numéro spécial), p. 171 et suiv.

⁴⁶ Voir le programme complexe d'approfondissement et de perfectionnement résultant de la pratique de collaboration et de développement de l'intégration économique socialiste des pays membres du CAEM, dans *Scinteia*, du 7 août 1971, Bucarest, chap. 15, partie IV.

⁴⁷ Voir Paul Jenard, « Projet d'une convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage », dans *UIA, op. cit.*, vol. III, p. 370 et suiv. [Nous tenons aussi à remercier notre éminent collègue de nous avoir envoyé le projet de loi présenté devant la Chambre des représentants de la Belgique (19 mai 1971), approuvant la Convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage, faite à Strasbourg le 20 janvier 1966, et introduisant dans le code judiciaire une sixième partie concernant l'arbitrage.]

membres de la CNUDCI sur l'activité déployée dans ces pays. Le 24 septembre 1954, l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a exprimé l'avis que « la procédure d'arbitrage dans les rapports internationaux en droit privé présente un intérêt suffisant pour qu'il soit recherché sans plus attendre s'il est possible d'unifier sur ce point les législations des Etats Membres ». La Commission juridique de l'Assemblée consultative a procédé à l'examen du projet de loi uniforme rédigé par l'UNIDROIT, en y apportant divers amendements et, dans une recommandation n° 156 du 17 janvier 1958, l'Assemblée a suggéré au Comité des ministres « qu'un comité d'experts gouvernementaux soit désigné en vue d'élaborer un projet de convention européenne sur l'arbitrage dans les rapports internationaux en droit privé ». Ce comité a suggéré de promouvoir l'élaboration d'une convention portant loi uniforme en matière d'arbitrage, qui se substituerait aux lois nationales des Etats contractants. Cette suggestion fut adoptée et le Comité, en prenant pour base le projet de l'Institut de Rome, est arrivé à l'adoption d'une « convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage » dont nous essaierons dans ce qui suit de présenter l'essentiel.

68. Alors que le projet de l'UNIDROIT visait l'arbitrage dans les rapports internationaux, la Convention européenne tend à réaliser une unification des lois internes sur l'arbitrage des différents pays contractants. Il a été considéré que le système adopté « écartait les inconvénients qui auraient résulté de la juxtaposition dans les Etats contractants de deux lois sur l'arbitrage, l'une sur l'arbitrage interne et l'autre sur l'arbitrage international. D'un point de vue plus particulier, ce système permettait également de tenir compte des projets de réforme des codes de procédure civile actuellement en cours dans plusieurs pays. » Enfin et surtout « l'adoption d'une loi uniforme, impliquant une réglementation identique de l'arbitrage, quel que soit le lieu où il se déroule, était de nature, en mettant fin aux conflits de droit international privé, à assurer une sécurité juridique plus grande dans les relations commerciales internationales »⁴⁸.

Les textes adoptés à Strasbourg forment quatre parties : la Convention, la loi uniforme, les réserves et les relations entre la Convention et d'autres instruments internationaux.

69. La Convention comporte tout d'abord l'engagement des Parties contractantes d'introduire dans leur législation les dispositions de la loi uniforme. Celles-ci devront en principe être reproduites telles quelles dans les différents droits nationaux et dans l'ordre établi par la loi. Encore fallait-il, compte tenu de la diversité des règles de procédure civile et d'organisation judiciaire, permettre aux Etats de prendre les mesures nécessaires pour couler la loi uniforme dans l'ensemble formé par leur système juridique. Certaines modifications sont donc autorisées : celles qui résultent de l'usage des réserves ou des facultés, et les additions jugées nécessaires soit pour régler les questions qui ne sont pas abordées par la loi uniforme (par exemple, la capacité requise pour

être arbitre, les demandes reconventionnelles, etc.), soit pour se référer à d'autres dispositions de la loi interne, afin d'assurer l'application de la loi uniforme⁴⁹.

La Convention permet aux Etats contractants de soustraire aux règles de la loi uniforme certaines matières spéciales qui peuvent cependant faire l'objet d'une transaction. Chacune des Parties contractantes pourra déclarer qu'elle n'appliquera la loi uniforme qu'aux différends issus de rapports de droit qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale. La Convention interdit les dispositions en vertu desquelles les étrangers ne peuvent exercer les fonctions d'arbitres.

70. Pour ce qui est de la loi uniforme, on retiendra notamment ce qui suit : elle ne fait pas de distinction entre clause compromissoire et compromis (on parle dans les deux cas de convention d'arbitrage); le différend doit naître d'un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger; la capacité requise pour compromettre n'est pas réglée dans la loi uniforme; toute convention d'arbitrage doit faire l'objet d'un écrit signé des parties ou d'autres documents qui engagent les parties et manifestent leur volonté de recourir à l'arbitrage (on ne sait pas si la forme écrite est demandée *ad validitatem* ou *ad probationem*); si, dans la convention d'arbitrage les parties se sont référées à un règlement d'arbitrage, celui-ci est considéré comme inclus dans la convention (cette disposition peut ne pas être introduite dans les lois nationales); la convention d'arbitrage n'est pas valable si elle confère à une partie une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation de l'arbitre ou des arbitres; le principe d'un nombre impair d'arbitres est consacré (l'article 5 prévoit les différentes situations qui peuvent se présenter); les articles 7 à 14 règlent avec précision les questions concernant la constitution du tribunal arbitral (notifications, récusations, remplacement, rôle de l' « autorité judiciaire », etc.); les parties sont libres de déterminer les règles de la procédure arbitrale ainsi que le lieu de l'arbitrage (mais les parties sont obligées de respecter quelques règles de base qui garantissent les droits de la défense, le principe de la procédure contradictoire, etc.); le tribunal arbitral peut se prononcer sur sa propre compétence; la nullité du contrat n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage qu'il contient⁵⁰; sauf stipulation contraire, le tribunal arbitral statue définitivement; les arbitres statuent selon les règles de droit, sauf stipulation contraire, des parties⁵¹; la sentence doit être motivée dans tous les cas⁵²; la sentence arbitrale ne peut être attaquée devant l'autorité judiciaire que par la voie de l'annulation et elle ne peut être annulée que dans les cas énumérés par la loi uniforme⁵³ (donc pas de voie d'appel devant les

⁴⁹ Paul Jenard, *loc. cit.*, p. 372.

⁵⁰ Les Parties contractantes peuvent régler différemment cette question.

⁵¹ Les Parties contractantes peuvent prévoir dans leurs lois nationales que la dispense de statuer d'après les règles de droit ne soit accordée qu'après la naissance du différend.

⁵² Les Parties contractantes peuvent ou bien déroger à une telle disposition, ou bien ne pas l'introduire dans la loi nationale.

⁵³ Les Parties contractantes peuvent déroger partiellement (art. 25, par. 3, c). La loi uniforme établit les délais sous peine de forclusion, à l'exception des causes basées sur l'ordre public ou la non-arbitrabilité.

⁴⁸ R. David, « Arbitrage et droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, n° 1 (1959).

autorités judiciaires); la décision de rejet de l'exequatur est susceptible de recours ⁵⁴; le recours contre la décision d'octroi de l'exequatur (art. 30) devra être engagé dans le mois à compter du jour où la décision aura été notifiée; la loi impose une jonction des procédures lorsque la partie entend attaquer et la décision d'exequatur et la sentence elle-même ⁵⁵; la loi ne contient aucune disposition au sujet de l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

71. Nous avons déjà parlé de l'activité déployée avant la deuxième guerre mondiale par la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), organisation non gouvernementale créée en 1934, et du système interaméricain d'arbitrage commercial ⁵⁶.

Après la deuxième guerre mondiale, les activités en vue de l'adoption des règles uniformes concernant l'arbitrage commercial international et l'organisation d'un système efficient interaméricain ont été reprises.

A sa première réunion, tenue à Rio de Janeiro en 1950, le Conseil interaméricain de juriconsultes a chargé le Comité juridique interaméricain d'étudier la question de l'arbitrage commercial international au titre de l'« uniformité de législation » ⁵⁷.

Le Comité a élaboré en la matière, un projet de loi uniforme qui, après diverses observations et modifications, a été approuvé par le Conseil interaméricain de juriconsultes à sa troisième réunion qui a eu lieu à Mexico en 1956 (résolution n° VIII). Le Conseil a recommandé « aux républiques américaines d'adopter dans la mesure du possible le projet de loi uniforme sur l'arbitrage commercial interaméricain, conformément à leurs procédures constitutionnelles et de la manière qu'elles jugeraient pouvoir convenir à leurs différentes juridictions ».

72. D'autre part, le Comité a trouvé acceptable l'idée de conclure aussi une convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial, convention qui aurait pour but non pas de remplacer le « projet de Mexico par un autre, mais plutôt d'opter pour une variante ou un complément de ce projet » ⁵⁸.

Le rapport du Comité juridique interaméricain note, parmi d'autres considérations, que les gouvernements des pays du continent américain n'ont pas jugé opportun de participer aux Conventions de New York (1958) ou de Genève (1961), préférant « maintenir le système interaméricain d'arbitrage commercial ». La Convention européenne n'est pas acceptable en Amérique parce qu'elle ne mentionne pas — ce n'était, d'ailleurs, pas le lieu de le faire — la Commission interaméricaine d'arbitrage qui « est l'institution clef pour le développement de l'arbitrage » sur le continent américain et parce qu'elle « envisage particulièrement le cas des personnes morales de droit public, auxquelles est octroyée la faculté de conclure valablement des conventions sur

l'arbitrage, c'est-à-dire qu'elle se réfère aux sociétés qui dans les Etats socialistes dirigent ou assurent le commerce extérieur » ⁵⁹. De plus, la Convention européenne « comporte des stipulations appropriées, mais sa rédaction le cède en concision et en clarté au projet de Mexico, mieux rédigé et d'un style plus juridique ».

La Convention de New York de 1958 pourrait s'étendre aux Etats américains qui y auraient adhéré; « cependant, le projet de Mexico, juridiquement parlant, est plus large, embrassant des questions que la Convention de New York n'aborde pas ».

73. Le projet de convention recommandé par le Comité interaméricain valide la clause d'arbitrage sans faire de distinction entre litiges nés ou à naître; il permet aux étrangers d'être arbitres; la désignation des arbitres peut être déléguée à un tiers, personne physique ou morale ⁶⁰; la procédure à appliquer est celle convenue par les parties en cause mais, si l'accord ne s'est pas fait, la préférence est accordée à la procédure consacrée par la loi du lieu de l'arbitrage et, enfin, à défaut de volonté exprimée ou présumée, ce sont les arbitres eux-mêmes qui déterminent la procédure à suivre; si les arbitres sont désignés par un comité d'arbitrage interaméricain, la procédure est celle que prévoit le règlement de la CIAC, mais doit respecter les dispositions d'ordre public du droit local; la sentence a force de jugement définitif et son exécution peut être réalisée de la même manière que celle des décisions judiciaires. La partie qui a succombé ne peut s'opposer à l'exécution que par une action en nullité ⁶¹ introduite auprès des juges du lieu où la sentence a été rendue.

74. Le projet de loi uniforme sur l'arbitrage commercial international reprend certaines dispositions du projet de convention (validité de la clause compromissoire, désignation des arbitres, possibilité pour les étrangers d'être arbitres, procédure arbitrale, force obligatoire de la sentence, recours auprès de l'autorité judiciaire) et compte 20 articles au total, parmi lesquels il faut noter l'article 2 (ne peuvent s'obliger par une clause compromissoire que les personnes capables de contracter, selon la loi personnelle), l'article 8 (si l'arbitrage porte sur une question de droit, les arbitres doivent être en outre des avocats), l'article 14 (le tribunal arbitral ne peut siéger que si tous les arbitres sont présents) et l'article 16 (les arbitres tranchent le différend en amiables compositeurs, sauf si, par la clause compromissoire ou dans un accord postérieur connu des arbitres, les parties conviennent que la décision a un autre fondement).

75. En 1967, lors des travaux du Comité interaméricain on constatait des difficultés dans le système interaméricain d'arbitrage, on parlait d'une certaine apathie de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial créée en

⁵⁴ Ni la nature de ce recours, ni le délai dans lequel il doit être introduit ne sont précisés.

⁵⁵ La demande en annulation peut évidemment être formulée tant que le délai de trois mois fixé par la loi n'est pas écoulé.

⁵⁶ Voir ci-dessus, par. 19 à 21.

⁵⁷ Union panaméricaine, secrétariat de l'OEA, rapport du Comité juridique interaméricain, session ordinaire de 1967, p. 33.

⁵⁹ Le Rapporteur spécial considère que cette appréciation n'est pas exacte, les sociétés pour le commerce extérieur des Etats socialistes ayant toujours eu la capacité de conclure valablement des conventions d'arbitrage. Voir ci-dessus par. 25.

⁶⁰ Cette disposition a été considérée comme d'un grand intérêt en Amérique parce qu'elle autorise la procédure préconisée dès 1934, par la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC).

1933⁶². Dans le courant de 1967, L'American Arbitration Association, avec l'appui de quelques-uns des principaux hommes d'affaires et juristes de l'Amérique du Sud, patronna une série de trois rencontres en vue de déterminer si la nécessité s'imposait ou non de promouvoir l'organisation d'arbitrages interaméricains, et, dans l'affirmative, quelles étaient les améliorations souhaitables⁶³. Les conclusions ont conduit à la décision de réorganiser la CIAC. Les propositions de réorganisation ont été adoptées à Mexico en 1968. Le siège a été déplacé de New York à Rio de Janeiro et un nouveau bureau a été constitué avec la participation des représentants des sections nationales. L'une des principales caractéristiques de la CIAC réorganisée était que les intéressés de chaque pays pouvaient faire enregistrer leurs litiges par l'intermédiaire de leur propre section nationale; s'ils se trouvaient être défendeurs, notification leur serait donnée par leur section nationale. Des règles doivent être établies pour chaque section nationale, considérée comme un organe de la CIAC. On a donc renoncé à l'ancien système centralisé en faveur d'une décentralisation basée sur des sections nationales créées à raison d'une par pays. En particulier, chaque section doit avoir un bureau, dont la majorité des membres doivent être de la nationalité du pays; elle doit établir et tenir à jour une liste d'arbitres qualifiés et adresser une copie de leur *curriculum vitae* à la CIAC; elle doit aussi organiser des programmes d'information et de perfectionnement, etc. Les fonctions de la CIAC réorganisée se réduisent pour l'essentiel à une œuvre d'assistance.

76. L'institution de l'arbitrage a commencé depuis peu à s'étendre au-delà du cadre des transactions purement commerciales, dans le domaine plus large de la coopération internationale. Nous avons déjà signalé cette tendance⁶⁴. Une autre illustration de cette tendance est donnée par la « Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ». L'élaboration de cette convention a été décidée par la résolution 214 (1964) du Conseil des gouverneurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), à la demande de nombreux gouvernements de pays membres qui souhaitaient l'assistance de la Banque pour la solution de certains différends concernant les investissements.

La Convention institue le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, organisme qui a pour objet « d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants »

⁶² Dans beaucoup de pays, il n'a pas été formé de comité national. Selon les informations officielles, les comités ne fonctionnaient pleinement et avec succès que dans trois pays : Argentine, Colombie et Venezuela; ils étaient moins actifs au Brésil, au Chili, au Guatemala et au Pérou.

⁶³ Voir Donald Strauss, « La coopération entre organismes d'arbitrage en Amérique », premier rapport au troisième Congrès d'arbitrage, Venise, 1969.

⁶⁴ Voir ci-dessus par. 66. Les règles de la CEAO parlent aussi de « litiges issus de contrats relatifs à des services d'ordre industriel, financier ou technique »; voir aussi l'activité concernant l'arbitrage déployée dans le cadre de la CEE, par. 57.

(art. 1 et 2). Le Centre ne remplit pas lui-même les fonctions de conciliateur ou d'arbitre, mais il met ses services à la disposition des commissions de conciliation et des tribunaux arbitraux constitués conformément aux dispositions de la Convention. Les organes du Centre sont : a) un Conseil administratif composé d'un représentant de chaque Etat contractant; et b) un secrétariat. Le Centre doit tenir une liste de conciliateurs et une liste d'arbitres, parmi lesquels les parties à un différend peuvent choisir les membres de la Commission ou du tribunal auquel le différend sera soumis.

77. La compétence du Centre en matière de règlement des différends est fondée sur le consentement écrit des parties donné pour chaque cas et elle s'étend à tous les « différends d'ordre juridique qui sont en relation directe avec un investissement » (art. 25.1), survenus entre un Etat contractant (ou une collectivité publique ou organisme dépendant de lui) et le ressortissant d'un autre Etat contractant (qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale). Il ne suffit donc pas qu'un Etat ait ratifié la Convention. Il reste libre d'accepter ou de repousser l'arbitrage organisé par le Centre. Tout Etat contractant peut faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considère comme pouvant être soumises ou non à la compétence du Centre (art. 25.1) et, conformément à l'article 41 de la Convention, le tribunal arbitral est juge de sa compétence.

Il est à remarquer que la Convention de la BIRD prévoit à l'article 42.1 que le tribunal arbitral appliquera le droit choisi par les parties et, en l'absence d'une indication donnée par les parties, c'est le droit de l'Etat contractant partie au différend (y compris les règles relatives aux conflits de lois) qui sera appliqué. Les arbitres ont l'obligation de motiver la sentence. Toute sentence non motivée est nulle (art. 52.1).

La sentence prononcée dans le cadre de la Convention est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus par la Convention. Les recours prévus sont la révision (art. 51) et l'annulation (art. 52) de la sentence. Chacune des parties peut, en outre, demander à un tribunal arbitral qui aurait omis de se prononcer sur une question, de compléter sa sentence, et elle peut également lui en demander interprétation.

La Convention est entrée en vigueur le 14 octobre 1966, soit 30 jours après la date du dépôt du vingtième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation⁶⁵.

78. Analysant cette convention, G. R. Delaume⁶⁶ constate que, à la différence d'autres initiatives tendant à promouvoir la conciliation et l'arbitrage dans le cadre des institutions existantes, « la Convention ne se limite pas à mettre à la disposition des intéressés des mécanismes particulièrement adaptés à la personnalité des parties en cause ou à la nature de leurs différends. La Convention s'attache également, et ceci constitue une de ses caractéristiques essentielles, à maintenir dans toute la mesure

⁶⁵ Jusqu'à présent, plus de 54 pays sont devenus parties à la Convention.

⁶⁶ G. R. Delaume, « La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *Journal de droit international*, n° 1 (1966), p. 28 et 29.

possible, l'équilibre des intérêts en présence. A cette fin, la Convention contient des dispositions fondamentales, applicables aussi bien au profit qu'à l'encontre des investisseurs des Etats, et destinées tant à préciser les conditions auxquelles il peut être fait usage des mécanismes du Centre qu'à assurer le respect des engagements volontairement contractés par les parties en acceptant de s'y soumettre. »

3. Travaux d'unification et d'harmonisation entrepris par des organisations ayant un caractère d'institutions de recherche scientifique

79. La quarante et unième Conférence de l'Association de droit international (ILA), la première après la seconde guerre mondiale, s'est tenue à Cambridge en 1946. A cette occasion ont été reprises aussi les discussions sur l'arbitrage commercial international. Dans le rapport rédigé par sir Lynden Macassey, président de l'Institut des arbitres de Londres, il a été proposé d'élaborer « un système efficace d'arbitrage privé du commerce international », qui devait tenir compte de différentes questions essentielles, à savoir :

- La clause arbitrale (où les parties devaient indiquer aussi le droit applicable au contrat);
- Les règles de l'arbitrage (qui devaient tenir compte du fait que les règles d'Amsterdam de 1938 n'avaient pas dans l'ensemble été acceptées parce qu'elles ne prévoyaient pas aussi l'amiable compositeur et comportaient d'autre part un caractère juridique trop formaliste);
- L'organisation administrative nationale (qui devait avoir des bureaux, des listes d'arbitres, etc.);
- Les règles uniformes concernant l'arbitrage international commercial (chaque Etat devant adopter une loi arbitrale uniforme);
- L'autorité internationale de supervision (*International Supervisory Authority*, qui devait être organisée dans le cadre de l'ONU).

80. Il convient de remarquer que peu auparavant, mais toujours en 1946, une conférence organisée par la CCI avait eu lieu avec la participation des représentants des associations arbitrales des Etats-Unis, du Canada, de la Grande-Bretagne, de l'URSS et de certaines institutions, comme l'UNIDROIT et l'ILA. On y avait décidé d'entreprendre en commun une étude sur les problèmes de l'arbitrage commercial international, de procéder à un échange réciproque d'informations, la CCI ayant à convoquer les comités qui désireraient participer à cette étude.

De même, on avait recommandé à la CCI de publier des brochures d'information sur l'arbitrage dans les différents pays (le texte devant en être approuvé par le comité national intéressé), et on souhaitait discuter entre autres, au sein des comités, des problèmes concernant :

- La coordination entre les quatre grandes associations arbitrales (de l'empire britannique, de l'hémisphère occidental, de l'URSS et de la CCI respectivement);
- L'unification des lois concernant l'arbitrage, et tout particulièrement les règles de la procédure arbitrale

y compris la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales;

- Les arbitrages entre gouvernements et particuliers;
- Et l'éducation dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

81. A la quarante-troisième Conférence de l'Association de droit international (Bruxelles, 1948), les discussions relatives à l'adoption de nouvelles règles arbitrales se sont poursuivies et il a été décidé que le projet les concernant serait mis au point à la Conférence suivante. Celle-ci, qui a eu lieu en 1950, a permis d'adopter ce que l'on a nommé les « Règles de Copenhague de 1950 ».

C'est à Copenhague que l'on a adopté la clause d'arbitrage suivante : « Tout différend relatif au présent contrat sera tranché suivant le règlement d'arbitrage de l'ILA connu sous le nom de « Règles de Copenhague de 1950. » Les parties étant convenues de la clause compromissoire ci-dessus, ou de tout autre équivalent, entendent se soumettre à ces règles auxquelles elles n'ont pas expressément dérogé. Elles s'interdisent de recourir aux tribunaux judiciaires sur le fond du litige (ceux-ci restent compétents pour les mesures conservatoires ou urgentes).

Les huit premiers articles des Règles de Copenhague traitent de la constitution du tribunal arbitral. Le Président du Conseil exécutif de l'ILA intervient dans les cas où la défaillance d'une partie ou d'un arbitre risque de bloquer la constitution du tribunal d'arbitrage. Les autres règles sont elles aussi très simples : il n'est établi de compromis que si la loi du lieu de l'arbitrage ou de l'exécution éventuelle l'exige; le tribunal arbitral fixe le lieu de l'arbitrage, la procédure et les mesures d'instruction et il décide si les parties doivent comparaître en personne ou se faire représenter. La sentence doit être motivée et établie de la manière requise par la loi du pays où elle doit être exécutée. Elle est définitive, les parties renonçant à toutes les voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer. La possibilité de rectification ou d'interprétation de la sentence est prévue. Enfin, si l'une des prescriptions du règlement se heurtait à une prohibition légale, elle devrait être réputée non écrite. Il en irait de même de celles qui seraient strictement incompatibles avec cette annulation.

82. En 1952, dans le cadre de sa session tenue à Sienne⁶⁷, l'Institut de droit international a discuté le rapport élaboré, ainsi que le projet de résolution proposé par le P^r Sausser-Hall concernant l'arbitrage dans le droit international privé. Il nous a semblé utile de présenter également ces travaux dans leurs aspects essentiels, étant donné les différences dans la façon d'aborder et de résoudre les problèmes qui existent entre l'Institut de droit international, d'une part, et l'Association de droit international et l'Institut international pour l'unification du droit privé, de Rome, d'autre part.

Les travaux de l'Institut de droit international ont eu comme point de départ l'idée que « l'élaboration d'une loi uniforme est une entreprise de très longue haleine dont nul ne peut dire quand, ni si elle sera réalisée.

⁶⁷ Voir le rapport du P^r Sausser-Hall sur l'arbitrage en droit international privé, dans *Annuaire de l'Institut de droit international*,

D'ailleurs, même si elle aboutissait, il est vraisemblable qu'elle n'éliminerait pas tous les conflits de lois » et qu'« enfin, il est peu probable qu'une œuvre d'unification juridique obtienne l'adhésion de tous les Etats, en sorte qu'il y aura toujours des conflits de loi à résoudre dans les rapports avec les Etats dissidents »⁶⁸. Cela étant et « considérant qu'en raison de sa nature juridique *sui generis* l'arbitrage privé ne peut être régi, dans les relations internationales, par une loi unique, car bien que puisant son efficacité dans l'accord des volontés des parties qui se manifeste par le contrat d'arbitrage, il a un caractère juridictionnel impliquant l'application de règles de droit de procédure »⁶⁹, le rapport présenté, tout comme le texte du projet adopté se limite à la solution des conflits de lois auxquels il donne naissance : la conclusion de la convention arbitrale, l'établissement de la procédure arbitrale, le prononcé de la sentence et les voies d'attaque et d'annulation et, enfin, l'exécution de la sentence dans un pays autre que celui sur le territoire duquel a eu lieu le prononcé.

83. En ce qui concerne ce dernier problème, le projet établit que la loi du lieu du siège du tribunal arbitral régit le dépôt de la sentence et les formalités qui doivent être remplies pour donner à cette dernière force de chose jugée et force exécutoire, et que cette loi est celle qui doit être consultée pour savoir quelles sont et dans quelles conditions s'exercent les voies d'attaque contre les sentences des arbitres et quelles sont les autorités devant lesquelles de pareils moyens peuvent être mis en valeur. Les articles 13 à 19 traitent de la « Reconnaissance et exécution internationale ».

Le projet adopté par l'Institut de droit international considère que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères doivent être assurées par tous les Etats sur le territoire desquels celles-ci pourraient être invoquées, aussitôt que lesdites sentences ont obtenu, suivant la législation du pays du siège du tribunal arbitral, autorité de chose jugée et force exécutoire. Les sentences arbitrales étrangères ne sauraient être reconnues ni l'exequatur accordé dans huit cas, à savoir :

- 1) Lorsque la nullité de la sentence a été prononcée dans l'Etat du siège du tribunal arbitral;
- 2) Lorsque les parties n'ont pas été régulièrement citées ou représentées;
- 3) Lorsque la sentence est en contradiction avec une décision rendue après la conclusion de la convention d'arbitrage par une autorité judiciaire ou administrative du pays où elle est invoquée;
- 4) Lorsque les arbitres ont excédé leur compétence;
- 5) Lorsque la sentence n'a pas prononcé sur toutes les conclusions des parties;
- 6) Lorsque la sentence n'est pas motivée, alors que les parties étaient convenues qu'elle serait pourvue de motifs;
- 7) Lorsque la sentence est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs du pays où elle est invoquée, notamment lorsque le compromis ou la clause compromissoire confère à une partie une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation des arbitres.

Le projet prévoit encore, outre l'action directe en exécution pour obtenir l'exequatur, qui a été décrite jusqu'ici, la voie d'une action *ex contractu*, action fondée sur la nature contractuelle du compromis et de la clause compromissoire, dans les conditions fixées par la loi du pays où cette exécution est exigée.

Selon les dispositions contenues dans le projet, l'instance saisie n'aurait pas le droit de procéder à un examen du fond du litige aussi bien dans le cas de l'exequatur obtenu dans le cadre d'une action d'exécution directe que dans le cas d'une action *ex contractu*.

84. Les discussions concernant les règles applicables à l'arbitrage dans le droit international privé ont continué, après l'adoption des résolutions des sessions d'Amsterdam (1957) et de Neuchâtel (1959), pour aboutir à la rédaction du texte de règles unifiées dénommées « Règles de Neuchâtel ». En général, ces dernières conservent la substance des solutions préconisées en 1952 en accordant une importance toute particulière au siège du tribunal arbitral pour la règle de rattachement.

Par exemple, la capacité de conclure des conventions arbitrales sera régie par la loi indiquée par les normes de conflit de l'instance (art. 4); la validité d'une clause arbitrale est réglementée par la loi du siège du tribunal arbitral (art. 5, al. 7); la capacité de soumettre à l'arbitrage certains litiges est déterminée par la loi applicable au fond du litige, mais cette loi sera déterminée par les règles de conflit du pays où siège le tribunal arbitral (art. 5, al. 2); les relations contractuelles entre les parties et les arbitres sont gouvernées par la loi du pays du siège et cette même loi régit la composition du tribunal arbitral, la procédure arbitrale à suivre, la récusation des arbitres, le remplacement de ces derniers (art. 8); la loi applicable au fond du litige doit être déterminée par les normes de conflit du pays du siège arbitral (art. 11). Étant donné l'importance du siège de l'arbitrage, les articles 1 et 2 réglementent amplement les moyens de l'établir. En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, il n'est fourni cette fois que cinq cas de refus, au lieu de huit dans le projet de 1952. Retenons à ce propos que l'annulation de la sentence dans l'Etat où a eu lieu l'arbitrage tout comme le fait d'avoir conféré à une partie une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation des arbitres ne figurent plus en tant que causes de refus d'exécution. De même, il a été renoncé à la voie de l'action *ex contractu*.

85. A la différence de l'Institut de droit international, dont les travaux viennent d'être indiqués, l'UNIDROIT, partant de sa conception générale de la nécessité de l'unification du droit privé, a maintenu son opinion que l'unification des lois concernant l'arbitrage est possible et qu'elle serait d'une très grande utilité pour le commerce. Et il en est ainsi, tout spécialement, parce que les inconvénients qui relèvent de la diversité des lois ne sauraient être éliminés qu'en une très faible mesure par les parties intéressées, et surtout parce que ces parties ne peuvent réglementer selon leur bon plaisir ni la question de l'exécution des sentences arbitrales, ni celle, tout aussi essentielle, des voies d'attaque pouvant être utilisées contre les sentences. Un régime uniforme de l'arbitrage

⁶⁸ *Ibid.*, p. 515.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 471.

présuppose une loi uniforme sur l'arbitrage. Ainsi, l'UNIDROIT a-t-il repris, après la seconde guerre mondiale, les travaux qu'il avait effectués, comme nous l'avons vu, avant cette guerre⁷⁰, en révisant, en 1953, son projet de loi sur l'arbitrage dans les rapports internationaux de droit privé⁷¹. Le projet, sous sa nouvelle forme, a connu une large diffusion et a inspiré à peu près tous les travaux qui se sont déroulés dans les années qui ont suivi sur le plan national, régional ou international. Ses dispositions sont pratiquement, à peu de différences près, les mêmes que celles du projet de 1937 décrit plus haut.

4. *Colloques, congrès, conférences et autres formes d'action internationale organisés au cours des dernières années pour la discussion des principaux problèmes de l'arbitrage commercial*

86. L'Association internationale de science juridique (AISJ) a organisé en mars 1958, à Rome, avec l'assistance de l'UNESCO, une rencontre entre juristes des pays de l'Europe de l'Est, d'une part, et de l'Europe occidentale et des Etats-Unis d'Amérique, d'autre part. On a discuté les aspects juridiques particuliers des relations commerciales entre pays à structures économiques différentes. Parmi les documents de travail distribués à la conférence et qui ont fait l'objet des discussions entre les experts figurait aussi « L'arbitrage dans les différends commerciaux entre représentants ou organisations des pays d'économie planifiée et commerçants privés ou entreprises gouvernementales des pays d'économie libre ».

L'ouvrage publié par l'AISJ⁷² contient aussi trois rapports concernant l'arbitrage commercial : « Le règlement des litiges par voie d'arbitrage en Yougoslavie »⁷³, « Le traitement de l'arbitrage communiste devant les cours occidentales »⁷⁴ et « L'arbitrage dans les différends commerciaux entre organisations des pays à économie planifiée et contractants de pays à économie libre ». Dans le rapport final ainsi que dans le rapport général, le P^r Harold Berman, de la Harvard Law School, fait quelques constatations et tire des conclusions qui démontrent l'utilité des discussions de ce genre entre juristes hommes de science. Le Rapporteur belge, discutant le fait que les firmes occidentales n'acceptent pas volontiers la juridiction des tribunaux d'arbitrage des pays d'économie planifiée, constate : « Ce n'est pas que ces tribunaux fassent preuve de partialité dans leur procédure ou leurs sentences; ils ont, au contraire, une haute réputation d'équité. Mais en raison du lien qui existe entre les arbitres et les entreprises de commerce extérieur de l'Etat, on a l'impression, plus psychologique que réelle, que ces arbitrages manquent d'impartialité et d'équité. L'arbi-

trage est néanmoins préférable à la décision judiciaire pour le règlement des différends commerciaux entre pays d'économie planifiée et pays d'économie libre, en raison notamment des difficultés que soulève le choix d'une juridiction et des inconvénients liés aux actes politiques et à l'exécution des jugements⁷⁵. »

On a discuté aussi les critiques adressées au système d'arbitrage des pays d'économie planifiée (les liens de l'arbitrage avec l'Etat, la nationalité des arbitres figurant sur la liste, la liberté dans le choix des arbitres) et on est arrivé à un large accord sur un grand nombre de questions, notamment sur le point essentiel suivant : « Il est possible d'améliorer, dans l'intérêt commun, ce que les économistes appellent les techniques et ce que les juristes appellent le cadre ou la structure juridique et institutionnelle du commerce entre pays d'économie planifiée et pays d'économie libre⁷⁶. »

87. Avec la même préoccupation de tenir des discussions communes entre juristes qualifiés et hommes d'affaires intéressés des diverses régions du monde, sur les problèmes de l'arbitrage commercial international, l'Indian Council of Arbitration a organisé en 1968 à New Delhi, sous l'égide de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), un séminaire auquel ont participé les représentants du centre de la CEAO pour l'arbitrage commercial, de la Chambre de commerce internationale, de l'American Arbitration Association, de la Chambre de commerce de l'URSS et de l'Association d'arbitrage japonaise. Des délégués de la CNUCED étaient aussi présents.

Les discussions ont porté sur les sujets suivants : choix des arbitres, développement du droit commercial international pour faciliter un plus large recours à l'arbitrage, lieu de l'arbitrage et quelques aspects de la promotion de l'arbitrage commercial international⁷⁷.

88. Le séminaire a souscrit aux critères mentionnés dans les règles de la CEAO pour déterminer le lieu de l'arbitrage et il a décidé que le lieu de l'arbitrage serait mieux choisi par les parties après la survenance du litige⁷⁸. Le séminaire a recommandé la création d'une agence internationale de niveau élevé ou d'une commission de l'arbitrage commercial international groupant les organisations des divers pays, qui pourrait être chargée du soin de décider du lieu de l'arbitrage dans les litiges commerciaux internationaux lorsque les parties n'arriveraient pas à se mettre d'accord sur ce point. Le séminaire a suggéré aussi la conclusion d'accords arbitraux entre les diverses organisations arbitrales prévoyant la détermination du lieu de l'arbitrage.

89. Dans le rapport présenté au séminaire de New Delhi, Donald Strauss, le président de l'AAA, a évoqué l'idée de la création d'une commission de l'arbitrage

⁷⁰ Voir ci-dessus chap. I, par. 30 à 35.

⁷¹ Voir UNIDROIT, Rapport explicatif relatif au projet de la loi uniforme sur l'arbitrage dans les relations internationales de droit privé, Rome, 1954.

⁷² *Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1961.

⁷³ Alexander Golstajn, professeur de droit économique à la Faculté de Zagreb.

⁷⁴ Samuel Pizar, ancien membre du service juridique de l'UNESCO

⁷⁵ Paul van Reepinghen, conseiller juridique de la Fédération des industries belges (Bruxelles).

⁷⁶ Harold Berman, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷ Voir *International Seminar on Commercial Arbitration*, New Delhi, 18 et 19 mars 1968, The Indian Council of Arbitration, Federation House, New Delhi, 1968.

⁷⁸ Le point de vue contraire (accord des parties concernant le lieu de l'arbitrage au moment du contrat et avant le litige) avait été suggéré dans le mémoire soumis à la Conférence de Bangkok par le Service juridique de l'Organisation des Nations Unies.

commercial international unissant les diverses organisations régionales et nationales qui, entre autres, encourageraient l'uniformisation de la législation sur l'arbitrage et sur la désignation des arbitres lorsque des nationaux de plusieurs pays sont en cause. Une telle commission, travaillant en étroite coopération avec les organismes d'arbitrage nationaux, sans entreprendre elle-même aucun arbitrage, serait en mesure de surmonter les difficultés de l'exécution des sentences arbitrales et des problèmes relatifs aux conflits de lois, etc., en facilitant et en projetant à une échelle mondiale la procédure arbitrale pour la plaidoirie, les audiences et les sentences arbitrales. La suggestion a été approuvée par le séminaire et mise en relief dans l'énoncé des conclusions ⁷⁹.

90. A l'occasion du séminaire de New Delhi, M. Martin Domke a soumis un rapport préparé pour le Centre d'arbitrage de la CEAE0 où étaient signalées des initiatives à prendre pour le progrès plus rapide de l'arbitrage dans la région, mais qui peuvent avoir, de l'avis du Rapporteur spécial, une valeur significative pour d'autres régions du monde. Parmi celles-ci, il y en a quelques-unes que nous croyons utiles de relever : la formulation par les pays de la région d'un projet de loi arbitrale modèle qui pourrait être adapté d'une façon appropriée aux conditions des différents pays de la région, une analyse des dispositions des diverses clauses d'arbitrage actuellement en usage dans la région de la CEAE0, selon les diverses sentences du commerce et de l'industrie, et une étude des raisons pour lesquelles les clauses d'arbitrage ne sont pas largement utilisées ou ne le sont pas du tout, un examen des diverses dispositions législatives en vigueur dans la région de la CEAE0 en ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales étrangères, et une analyse de la structure et des recours aux diverses institutions arbitrales de la région.

91. Au cours des années récentes, trois importants congrès internationaux de l'arbitrage ont donné lieu à d'utiles échanges de vues où se sont exprimés des vœux concernant la solution des problèmes du moment qui préoccupaient le monde des juristes et hommes d'affaires s'intéressant à l'arbitrage.

Les travaux du premier Congrès international de l'arbitrage ⁸⁰ (Paris, 1961) se sont déroulés au sein de quatre commissions. La première a débattu le problème « du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire » sur la base du rapport présenté par F. E. Klein. A la fin de la discussion, cette commission a adopté trois vœux : le premier considérant la clause compromissoire comme présumée être une convention autonome des parties dont la validité n'est pas subordonnée à celle du contrat principal; le deuxième considérant que les arbitres sont autorisés, sous réserve du contrôle judiciaire ultérieur et sans se dessaisir de la cause, à vérifier leur investiture et à statuer sur l'existence et la validité des conventions d'arbitrage; et le troisième

recommandant l'insertion dans les règlements d'arbitrage à intervenir et dans les conventions des parties d'une clause compromissoire qu'on pourrait utiliser pour éviter toute équivoque sur le caractère autonome de celle-ci.

92. La deuxième commission, qui s'est occupée de l'harmonisation des règlements de procédure des centres d'arbitrage (Rapporteur M. Glissner), a considéré qu'il n'y a aucun doute que l'uniformisation est nécessaire et absolument possible « étant bien entendu qu'un maximum de bonne volonté de la part des intéressés et des gouvernements est indispensable pour atteindre ses buts ». Il est à retenir que les discussions ont démontré une grande réserve pour l'amicable composition, le rapporteur préférant écarter cette notion et parler simplement d'équité. « Il s'agirait ainsi d'un droit commun international. Le bâtonnier Paul van Reepinghen considérait l'utilisation de l'amicable composition comme pleine de dangers, parce que « la partie est livrée à l'incertitude la « plus grande » en renonçant *a priori* au droit (prescription, forclusion, clause pénale, dommages-intérêts, etc.). L'arbitrage doit s'écarter de l'amicable composition. Cela n'exclut pas les tentatives d'une conciliation pour lesquelles les parties auront demandé les bons offices de l'arbitre. »

Cette commission a préconisé des principes pour les quatre stades successifs de l'engagement de la procédure, de l'instruction, de l'audience et de la sentence, en suivant la considération de la liberté des parties par le minimum de formalisme et le maximum de souplesse et de simplicité avec les garanties de sérieux et de sécurité procédurale.

93. La troisième commission a débattu sur le rapport (P. J. van Ommeren) concernant « la création d'un office ou bureau international qui aurait compétence pour désigner les arbitres, déterminer la procédure arbitrale et enregistrer les sentences en vue d'en faciliter l'exécution. Les discussions ont souligné entre autres le tort causé à la pratique de l'arbitrage par la nomination « d'arbitres « s'identifiant avec les parties. » Le vœu exprimé par la commission a été favorable à la création d'offices internationaux régionaux en vue de la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage, pour donner des conseils, pour recevoir en dépôt les sentences à l'effet d'en délivrer aux parties des copies certifiées, etc.

94. La quatrième commission a amplement discuté « le problème de l'arbitrage entre gouvernements et personnes de droit public et personnes de droit privé » (rapport présenté par le P^r Vedel) et a conclu en émettant le vœu que soient levés les obstacles qui, dans certaines législations, interdisent encore en principe aux personnes de droit public de recourir à l'arbitrage. Il a été fait appel aux Etats pour que leur adhésion et leur ratification données à la Convention de Genève du 21 avril 1961 ne soient pas assorties de réserves et limitations enlevant en fait toute portée au principe de l'article II de ladite convention qui autorise les « personnes morales de droit public à conclure valablement des conventions d'arbitrage ».

95. En 1966, l'Institut néerlandais d'arbitrage a organisé à Rotterdam le deuxième Congrès international de l'arbitrage, qui avait pour thème « Arbitrage et Marché commun ». Bien que par son thème les travaux de ce congrès touchent directement l'arbitrage dans le cadre

⁷⁹ Cf. N. Krishnamurthi, « La coopération à l'échelle régionale; l'expérience de Bangkok », rapport présenté au troisième Congrès international de l'arbitrage (Venise, octobre 1969), dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1969), p. 214.

⁸⁰ Voir *Revue de l'arbitrage*, *Bulletin du Comité de l'arbitrage*, n° 2 (1961), où sont publiés les rapports et un résumé des discussions.

du droit communautaire, beaucoup de problèmes discutés intéressent aussi l'arbitrage en général. Nous nous référons spécialement au rapport du P^r E. Minoli, qui fait une analyse de l'arbitrage comme facteur d'unification du droit et d'élimination des conflits de lois (M. Minoli considère les organisations d'arbitrage comme les agents moteurs d'un mouvement d'unification en la matière), et aux travaux de la deuxième commission qui a émis le vœu que les législations nationales soient harmonisées en vue de reconnaître aux personnes morales de droit public le droit de stipuler des conventions arbitrales.

96. Le troisième Congrès international de l'arbitrage, tenu en 1969 à Venise, a été le plus riche et le plus représentatif, ayant un caractère mondial et comme thème général : la coopération entre organismes d'arbitrage. Il a permis de présenter 13 rapports et beaucoup de communications. Dans le rapport introductif, le P^r Minoli a exposé la motivation et les grandes lignes de ce que peut ou doit être cette coopération. Des informations précieuses ont été fournies sur la coopération entre organismes d'arbitrage dans presque toutes les régions du monde : en Amérique (Donald Strauss), dans les pays socialistes d'Europe (S. N. Bratus), dans les pays ayant des systèmes économiques ou un degré de développement différents (L. Kopelmanas), dans les pays de l'Asie et l'Extrême-Orient (N. Krishnamurthi); sur des questions générales ayant valeur de principes (déontologie de l'arbitre commercial international) [F. Eisemann]; sur les principes directeurs des règlements d'arbitrage applicables aux affaires commerciales internationales (J. Robert); sur les principes directeurs de la législation en matière d'arbitrage commercial international (René David); sur des problèmes de développement et de promotion (N. Pearson, A. Brocher, J. Jakubowski, M. Domke) et même des suggestions pratiques (P. Sanders).

97. La conclusion du Congrès a été que la coopération entre centres d'arbitrage est désirable et possible. « Il faut donc que, sans rigidité aucune, s'organisent les rapports entre ces centres d'arbitrage, et que, sans nécessairement s'unifier et en maintenant soigneusement les particularismes qui justifient l'existence de chacun, ces centres tendent à une harmonisation de leurs rapports. Pour y parvenir, il fallait sans doute et d'abord établir un constat d'existence des centres d'arbitrage, une prise de conscience du problème que pose l'harmonisation de leur action, et découvrir au moins les grandes lignes d'une future coopération ⁸¹. »

L'idée de l'organisation de la coopération des centres d'arbitrage revient avec insistance. On insiste aussi pour la création d'un centre de contact mondial. Le Congrès a émis le vœu que des rencontres de cette nature aient lieu périodiquement. Un comité *ad hoc* a été créé pour poursuivre l'œuvre entreprise. Ce comité prépare actuellement le prochain congrès mondial qui aura lieu à Moscou, en 1972, sur le thème : « L'arbitrage et la collaboration économique dans le domaine du développement industriel et technique. »

⁸¹ Introduction, Compte rendu du troisième Congrès international de l'arbitrage (Venise, 1969), *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1969) [numéro spécial], p. 137.

5. Quelques réflexions sur le développement de l'arbitrage commercial international après la seconde guerre mondiale

98. La cinquième et dernière section de ce chapitre nous permet de faire, tout comme nous l'avons fait dans la première, quelques réflexions sur le développement de l'arbitrage commercial entre 1945 et 1970, en tenant compte des nouvelles conditions sociales, politiques, économiques et techniques créées après la seconde guerre mondiale et qui, sans doute, ont déterminé de nouveaux phénomènes et tendances qui se sont manifestés dans le domaine de l'arbitrage, soulevant de nouveaux problèmes juridiques et d'organisation.

99. Nous avons en vue, en premier lieu, l'apparition du système économique mondial des pays socialistes, basé sur l'économie planifiée et le développement des relations commerciales internationales fondées sur le monopole de l'Etat. Nous pensons, en second lieu, à l'apparition du tiers monde formé par les Etats qui ont accédé récemment à l'indépendance politique et qui font partie des pays en voie de développement. Il y a, ensuite, la révolution scientifique et technologique qui, au cours des dernières années, jette une nouvelle lumière sur les relations mondiales contemporaines, changeant fondamentalement les données de la production industrielle et les conditions de participation à la division internationale du travail et au commerce international. La nécessité est apparue de certaines mesures d'organisation au niveau mondial dans le domaine de la coopération économique et des échanges de biens entre les diverses régions du monde, entre les pays des divers systèmes économiques et entre les pays en voie de développement et les pays industrialisés. Beaucoup de pays, dans diverses régions, cherchent à s'organiser sous diverses formes et structures économiques ou politiques pour mieux défendre leurs intérêts dans un monde où les éléments de complexité et de contradiction abondent. Dans ce contexte, la participation des Etats à la vie économique revêt des formes toujours plus directes, même dans les pays à économie de marché basée sur la propriété privée des moyens de production.

Enfin, il est à observer que, malgré toutes les périodes de gel économique, de guerre froide, de tension politique, malgré les restrictions et barrières ou discriminations imposées, le commerce international s'est intensifié, s'est constamment développé. Il a presque doublé au cours des dix dernières années, atteignant en valeur globale près de 500 milliards de dollars. Les rapports de commerce international (terme pris dans une large acception) représentent une catégorie spéciale et distincte de relations sociales, relations qui, sous le signe de l'interdépendance, mettent en contact, malgré les distances, les structures étatiques ou sociales les plus diverses.

L'Organisation des Nations Unies, créée après la seconde guerre mondiale dans le but « de préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indiscibles souffrances », se propose d'être « un centre où s'harmonisent les efforts des nations », pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, « développant entre les nations des relations amicales fondées sur le

respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde.

Toutes ces conditions historiques se sont reflétées dans le développement de l'arbitrage commercial international qui nous intéresse dans le présent rapport.

100. D'une part, le processus de clarification s'est déclenché et résolu en ce qui concerne les arbitrages qui fonctionnent dans les pays est-européens, qui ont un système économique différent. Dans ces pays ont été créés des arbitrages commerciaux à compétence exclusive pour les relations commerciales internationales, ayant une nature sociale (qu'on a considérée à tort comme étant également étatique) et un système d'organisation et de fonctionnement jugé souvent incompatible avec la nature arbitrale et portant les caractères des organes judiciaires. De là une véritable crise de confiance ayant un caractère plutôt psychologique que réel⁸², ainsi qu'on le constatait lors du colloque organisé à Rome en 1958 par l'Association internationale de science juridique, et cette crise a eu longtemps des conséquences négatives pour le développement du commerce Est-Ouest. Il a été besoin de contacts soutenus en vue de mieux faire connaître les systèmes respectifs d'arbitrage. Comme le dit M. Kopelmanas (conseiller de l'Office des Nations Unies à Genève), « il a fallu l'entêtement et la foi d'un petit groupe réuni autour de Gunnar Myrdal au sein de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, pour continuer de croire que la réduction et, parfois, l'arrêt du commerce Est-Ouest étaient dus avant tout aux circonstances politiques et non pas à une véritable incompatibilité entre les deux systèmes économiques entre lesquels se partageaient les pays de l'Europe »⁸³.

101. Une fois cette crise dépassée, les réalités ont poussé les choses en avant et, dans un monde voué aux interdépendances économiques, la nécessité de la coopération a déterminé les Etats à collaborer sur le plan mondial pour le perfectionnement des institutions arbitrales aussi bien du point de vue de l'organisation que du point de vue fonctionnel.

Si nous avons qualifié la période d'entre les deux guerres mondiales d'étape de la consécration de l'arbitrage sur le plan international, la seconde période, qui a commencé après la seconde guerre mondiale, marque l'étape de la généralisation de la pratique arbitrale, généralisation à double sens : géographiquement, car elle s'est étendue dans d'autres grandes régions du monde (l'Extrême-Orient, l'Amérique latine), et techniquement, parce qu'elle est utilisée dans tous les contrats types, dans tous les formulaires utilisés dans les branches les plus diverses des relations internationales. C'est également l'étape de l'apparition et du développement de nombreux types d'arbitrage spécialisés, à caractère permanent, institu-

tionnel en premier lieu pour les besoins propres du commerce international et en second lieu pour les nécessités nouvellement apparues dans le cadre des relations de coopération économique internationale. Comme le P^r Lalive le fait remarquer à juste titre, « le trait le plus marquant de l'arbitrage international moderne est sans aucun doute son « institutionnalisation », à savoir la prolifération d'organismes d'arbitrage de tous genres et de toutes dénominations »⁸⁴. L'arbitrage institutionnel était considéré déjà par Charles Carabiber, à l'occasion du premier Congrès international de l'arbitrage⁸⁵, comme « une institution dont le caractère irréversible n'est plus contesté ». Bien des commentateurs pensent que l'avenir de l'arbitrage est dans son institutionnalisation et que nous assistons au déclin de l'arbitrage *ad hoc*, réduit au rôle de « parent pauvre » à côté de l'arbitrage institutionnel. La tendance de la première période serait devenue réalité.

102. Les conditions historiques que nous avons mentionnées expliquent également les succès de la Convention de New York de 1958 qui non seulement signifie du point de vue technique une nouvelle étape supérieure, comme on l'a vu, à celle de Genève, mais est aussi l'expression de la tendance à la mondialisation du commerce, du fait qu'elle reconnaît sur le plan international la nature arbitrale de tous les centres permanents d'arbitrage de toutes les régions du monde. L'article premier, paragraphe 2, de cette convention est considéré en quelque sorte comme « l'épilogue de l'affaire « Ligna c. Baumgartner », comme le remarquait le délégué suisse⁸⁶ pendant les travaux de 1958 ».

Quant à la Convention européenne de 1961, elle est la première convention importante qui exprime d'une manière marquée, par rapport aux autres, la tendance à l'individualisation des relations commerciales internationales considérées comme une catégorie de relations distinctes, puisque son titre même dit qu'il s'agit de l'arbitrage commercial international. D'ailleurs, on peut observer que la doctrine s'est orientée dans le même sens⁸⁷. La Convention européenne, d'autre part, désigne sans aucune équivoque du nom d'« arbitrage » les institutions permanentes d'arbitrage.

Enfin, l'adoption des Conditions générales de livraison du Conseil d'aide économique mutuelle (CAEM) de 1958, tout comme celles de 1968, qui contiennent des clauses se référant à la création d'un système d'arbitrage commercial international pour les relations entre organisations économiques des pays membres du CAEM, d'une part, ainsi que l'adoption des règles de la CEAE0 et la Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats d'autre part, expriment chacune, bien que d'une

⁸² Voir Paul van Reepinghen, « L'arbitrage dans les différends commerciaux entre organisations des pays à économie planifiée et contractants de pays à économie libre », dans le volume *Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée*, Paris, 1961, p. 231.

⁸³ L. Kopelmanas, « Coopération entre organismes d'arbitrage de pays ayant des systèmes économiques ou un degré de développement différents », rapport présenté au troisième Congrès international d'arbitrage (Venise, 1969), *op. cit.*, p. 2.

⁸⁴ P. A. Lalive, « Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial », *Recueil des cours*, Académie de droit international de La Haye, vol. II (1967), p. 694.

⁸⁵ Charles Carabiber, « Exposé introductif », Travaux du Congrès international de l'arbitrage, *Revue de l'arbitrage*, Paris, 1961, p. 45.

⁸⁶ Cf. Philippe Fouchard, *L'arbitrage international commercial*, Paris, 1965, p. 206.

⁸⁷ Voir, par exemple, les travaux déjà mentionnés du P^r Fouchard et du P^r Lalive.

manière spécifique, les mêmes nécessités de la coopération internationale pour le développement économique.

103. Deux problèmes plus importants se sont posés avec plus d'acuité, au cours des dernières années, dans le domaine de l'arbitrage commercial international, comme conséquence des nouvelles conditions du développement de l'économie mondiale.

Il s'agit, en premier lieu, du problème de l'organisation de l'arbitrage dans les relations commerciales entre pays dont le niveau de développement est différent. Le P^r E. Minoli⁸⁸, après avoir constaté « qu'il est vrai que les différences de niveau du développement économique peuvent offrir l'occasion aux économies plus fortes d'exploiter les plus faibles et poussent celles-ci à se défendre et à organiser leur défense », ce qui a conduit parfois au rejet de l'arbitrage commercial international ou à l'adoption de certaines clauses inopérantes, émet l'opinion que « la plus grande difficulté rencontrée pour enserrer de semblables rapports d'affaires dans le cadre d'arbitrages commerciaux internationaux efficaces vient plutôt d'une connaissance insuffisante, et peut-être davantage d'une insuffisante participation à leur organisation comme à leur mise en œuvre par des personnes qualifiées en provenance de pays moins développés. L'on peut par conséquent voir se répandre dans ces pays le sentiment que de tels arbitrages sont la « chose » des pays plus développés, et qu'ils en gèrent les organismes dans leur intérêt propre, bref que de semblables arbitrages sont finalement un élément et un facteur de plus de leur prépondérance. »

En second lieu, il s'agit du problème des arbitrages appelés mixtes où l'une des parties est un Etat, arbitrages qui probablement deviendront de plus en plus nombreux par suite du rôle direct des Etats dans les relations internationales de droit commercial ou économique. Il semble que cela se produise principalement dans le domaine des investissements, pour le moment, mais avec une tendance à l'extension à d'autres formes de collaboration.

104. L'arbitrage commercial international étant lui-même un moyen efficace de coopération pacifique entre nations⁸⁹ dans le cadre du développement économique mondial, indépendamment du niveau de développement ou du régime socio-politique des pays du monde, le problème qui se pose est de perfectionner cette institution afin de lui assurer le plus grand degré d'efficacité et pour qu'elle puisse être généralisée dans la pratique. Le rôle que peuvent jouer dans la solution l'Organisation des Nations Unies ou d'autres organisations intéressées nationales ou internationales, gouvernementales ou non gouvernementales, et les moyens techniques par lesquels le but pourrait être le mieux atteint constituent des questions qui font l'objet de la troisième partie du présent rapport. Ce qu'il nous faut affirmer dès à présent, c'est que ces actions devront mobiliser les forces réunies de l'Organisation des Nations Unies, des Etats Membres,

⁸⁸ Eugenio Minoli, Rapport introductif au troisième Congrès international de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁹ Voir René David, « La technique de l'arbitrage, moyen de coopération pacifique entre les nations de structures différentes », dans *Problèmes contemporains de droit comparé*, I, Tokyo, 1962, p. 22 et suiv.

ainsi que de toutes les organisations nationales et internationales intéressées, puisque l'arbitrage commercial international est l'un des éléments fondamentaux de l'organisation d'un développement continu de la collaboration économique et technico-scientifique du monde. Sans trop anticiper, il nous semble que le sens dans lequel les efforts doivent être dirigés en premier lieu sera celui de l'organisation d'une coopération entre les institutions existantes de l'arbitrage commercial (ou celles qui seront encore créées). On donnera suite ainsi, sur un plan spécifique, à l'obligation internationale générale de coopération économique considérée aujourd'hui comme l'une des conditions essentielles d'une paix durable.

Deuxième partie. — Problèmes concernant l'application et l'interprétation des conventions internationales multilatérales existant dans le domaine de l'arbitrage commercial international

105. Dans ce qui suit, nous nous référons principalement à des espèces fondées explicitement sur les dispositions des conventions internationales considérées. Cependant, nous n'avons pas exclu la jurisprudence des pays dont on peut supposer, en fonction, bien entendu, des circonstances de la cause, qu'étant parties à une convention ils ont eu ses dispositions en vue, même si cela n'apparaît pas explicitement. Enfin, parfois, nous avons estimé utile d'évoquer aussi des espèces qui résolvent des problèmes juridiques posés de la même manière que dans le contenu des conventions, même si on n'a pas eu recours, à cet effet, aux dispositions de celles-ci, et il s'agit de l'application de certaines dispositions des lois internes.

Pour faciliter l'exposé, nous avons entendu grouper provisoirement le matériel assemblé jusqu'à présent en quatre chapitres, chaque chapitre se référant à une certaine catégorie générale de problèmes : problèmes concernant la convention d'arbitrage (chap. premier); problèmes concernant la procédure arbitrale (chap. II); problèmes concernant les sentences arbitrales (chap. III); et problèmes concernant l'exécution des sentences arbitrales étrangères (chap. IV). Nous avons estimé qu'il serait utile que les sections représentent, autant que possible, l'un des problèmes spéciaux de la catégorie générale respective, et, pour une identification plus facile de ceux-ci, nous avons indiqué pour chaque section le problème juridique auquel elle se réfère.

CHAPITRE PREMIER. — PROBLÈMES CONCERNANT LA CONVENTION D'ARBITRAGE

1. La loi applicable à la convention d'arbitrage

106. Conformément à la jurisprudence ouest-allemande, les conditions concernant l'existence d'une convention valable d'arbitrage se déterminent selon la loi du pays où se trouve le siège de l'institution d'arbitrage⁹⁰.

⁹⁰ Tribunal civil de Hambourg, 12 novembre 1967, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1959), p. 126 à 128.

C'est dans le même sens que s'est prononcée aussi la jurisprudence suisse quant à la validité d'une clause compromissoire intervenue entre une société ayant son siège à Zurich et des partenaires espagnols. Par la clause considérée, on est convenu d'instituer un tribunal arbitral à Zurich composé de deux arbitres, chacune des parties désignant un arbitre, un surarbitre étant élu par les deux arbitres. Selon la même clause compromissoire, si l'une des parties ne désigne pas son arbitre, l'autre partie peut s'adresser au président du Tribunal fédéral de la Suisse pour le désigner.

Un litige survenant, la partie espagnole a refusé de désigner l'arbitre, en invoquant la nullité de la clause compromissoire parce qu'elle viole l'ordre public espagnol. La partie suisse a demandé au président du Tribunal fédéral de désigner l'arbitre.

Il a été décidé que, conformément à l'article 2 du Protocole de Genève de 1923, qui gouverne la clause compromissoire dans l'espèce, est applicable la loi du pays sur le territoire duquel a lieu l'arbitrage, donc la loi suisse et non pas la loi espagnole⁹¹.

La jurisprudence belge partage également le point de vue que, dans le cadre du Protocole de 1923 et de la Convention de Genève de 1927, la validité de la clause d'arbitrage des contrats commerciaux s'établit conformément à la loi de l'Etat où le litige a été arbitré. Dans l'espèce, on a appliqué ainsi la loi tchécoslovaque⁹².

2. La loi applicable pour établir s'il est nécessaire qu'un compromis soit conclu ou s'il suffit d'une clause compromissoire

107. A l'occasion de l'exécution, en France, d'une sentence arbitrale rendue dans l'Etat de New York, on a soutenu qu'elle n'est pas valable, parce qu'elle n'est pas fondée sur un compromis, mais uniquement sur une clause compromissoire.

L'instance d'exequatur, interprétant le contenu de la clause compromissoire, a retenu que, étant donné que conformément à celle-ci tout différend des parties était soumis à un arbitrage des Etats-Unis, celles-ci se sont référées ainsi, implicitement, à la loi de l'Etat de New York.

La loi de l'Etat de New York a été considérée comme *lex causae* applicable à l'espèce. Mais celle-ci n'exige pas obligatoirement la rédaction d'un compromis, de sorte que l'existence de la clause compromissoire est suffisante pour la validité de la sentence arbitrale⁹³.

⁹¹ Le président du Tribunal fédéral de Suisse, la décision du 7 juillet 1962, dans *Journal du droit international* (Clunet), n° 1 (1966), p. 173. La demande de nomination n'a pas encore été résolue par le président du Tribunal fédéral, parce que selon la loi suisse celui-ci n'est pas compétent pour décider aussi de la validité de la clause compromissoire. Sa validité est une question préalable laissée à l'appréciation des tribunaux ordinaires de Suisse.

⁹² Cour de cassation de Belgique, 16 janvier 1958, dans *Revue critique de droit international privé*, n° 1 (1959), p. 122. Mais la cour considère qu'il ne lui revient pas de contrôler si l'instance belge d'exequatur a donné une interprétation exacte de la loi tchécoslovaque en l'espèce discutée.

⁹³ Cour d'appel de Paris, première chambre, 30 mai 1963, dans *Revue de l'arbitrage*, 1963, n° 3, p. 93.

Dans un autre litige, les parties, ayant conclu un contrat d'affrètement, ont entendu que la loi anglaise leur serait applicable vu qu'elles s'étaient référées à la *Centrocon Arbitration Clause*. La sentence arbitrale rendue en Grande-Bretagne a été ensuite soumise à l'exequatur en France, où l'on a invoqué l'absence d'un compromis. On a décidé cependant « que les textes applicables n'obligent pas les signataires de la clause compromissoire à la rédaction d'un compromis, mais permettent de saisir l'adversaire de la difficulté par une simple lettre recommandée, ce qui résulte non seulement de l'*Arbitration Act, 1950*, mais encore de la Convention de Genève du 26 septembre 1927, qui exige seulement que la sentence ait été rendue à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire »⁹⁴.

D'autre part, la Cour d'appel de Reims (première chambre, 6 avril 1970) a décidé que le règlement d'arbitrage visé dans la clause compromissoire constitue la loi des parties que l'on a adoptée. La clause compromissoire vaut compromis lorsqu'elle se réfère à un règlement d'arbitrage prévoyant les modalités selon lesquelles l'objet du litige serait défini et les arbitres désignés.

Dès lors que sont respectées les dispositions de ce règlement d'arbitrage, c'est en vain qu'une partie se plaint de violation des droits de la défense⁹⁵.

3. L'autonomie du compromis et de la clause compromissoire par rapport au contrat auquel ils se réfèrent

108. La connexion étroite qui existe entre un contrat et la clause compromissoire insérée dans son contenu ou même stipulée dans un écrit indépendant mais se référant au premier a posé le problème des effets que produit l'invalidité du contrat sur la clause compromissoire. Ainsi, à l'occasion de l'exécution d'une sentence arbitrale anglaise en France, on a soutenu que la nullité du contrat de vente-achat conclu entre des parties a pour conséquence l'invalidité de la clause compromissoire et partant de la sentence arbitrale rendue. La pratique judiciaire française n'est pas de cet avis, décidant qu'en matière d'arbitrage commercial international « l'accord compromissoire conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles — non invoquées en l'espèce — une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte »⁹⁶. Même dans le cas où le contrat est frappé d'une nullité d'ordre public, la solution indiquée est maintenue, et la clause compromissoire reste valable. En ce sens on a invoqué l'argument que, du moment que la nullité du contrat pour des motifs d'ordre public peut faire naître des litiges et que les parties ont, cependant, à leur égard le droit de s'entendre par compromis, cela prouve que celui-ci est valable⁹⁷.

⁹⁴ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 29 septembre 1959, dans *Journal du droit international* (Clunet), n° 1 (1961), p. 168.

⁹⁵ Cour d'appel de Reims, 6 avril 1970, société Probrione c. Internationale Graanhandel Thegra NV, dans *Revue de l'arbitrage*, 1970, n° 3, p. 161.

⁹⁶ Cour d'appel d'Orléans, 15 février 1966, *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1966), p. 109.

⁹⁷ *Ibid.*

Dans un autre litige il a été décidé dans le même sens que, « s'agissant d'apprécier la validité du compromis..., le juge de l'exequatur n'a pas à se prononcer sur la validité du contrat auquel se réfère le compromis à raison de l'illicéité de ses clauses ». La validité du compromis ne peut être influencée même par les éléments qui sont à la base de la sentence de l'arbitre : « Le compromis étant le fondement de tous les actes d'arbitrage, sa validité préalable doit s'apprécier indépendamment des éléments qui ont conduit les arbitres à prononcer la sentence ⁹⁸. »

La jurisprudence américaine a décidé également que la clause arbitrale est indépendante vis-à-vis du contrat dans lequel elle se trouve insérée. Le problème s'est posé au sujet d'un contrat de vente de laine, à propos duquel l'acheteur a soutenu qu'il a été conclu par fraude. Le contrat contenait une clause compromissoire, en vertu de laquelle tout litige autre que ceux concernant la condition ou la qualité de la marchandise sera soumis à l'American Arbitration Association. Dans cette situation, le jugement de première instance a rejeté l'exception de sursis à statuer en attendant qu'ait été jugée la contestation concernant la fraude. La deuxième cour de circuit a infirmé ce jugement pour le motif que la clause d'arbitrage était distincte des autres dispositions du contrat, que la clause compromissoire n'était pas taxée de fraude et qu'elle était conçue en termes assez larges pour couvrir même le cas de fraude ⁹⁹.

Il est toutefois à remarquer que, dans la jurisprudence américaine, on ne peut parler d'une pratique constante dans le sens de la solution susmentionnée. Dans d'autres espèces on a décidé, en effet, que la défense fondée sur la fraude n'était pas susceptible de faire l'objet d'un arbitrage.

4. La condition de la forme écrite de la convention d'arbitrage

109. Les dispositions de l'article II, alinéa 2, de la Convention de New York de 1958, qui exigent la forme écrite de la convention d'arbitrage et peuvent ainsi affecter la validité d'une convention d'arbitrage, ont donné naissance à des discussions quant au sens exact qui doit leur être attribué.

C'est ainsi que dans une décision un tribunal de Genève a refusé d'exécuter en Suisse, en vertu de la Convention des Nations Unies, une sentence arbitrale rendue aux Pays-Bas, pour le motif que l'expression « un échange de lettres » figurant à l'article II, alinéa 2, de la Convention imposait que la proposition de soumettre les différends à l'arbitrage faite sous forme d'une offre écrite soit acceptée expressément, et non tacitement, par l'ouverture d'une lettre de crédit ¹⁰⁰.

Cependant, la jurisprudence française a adopté un autre point de vue moins rigide quant à la forme écrite

de la convention d'arbitrage réclamée par la Convention de 1958. On a en effet décidé que « lorsque l'acceptation d'un marché commercial résulte de son exécution sans que le vendeur (français) ait élevé de protestation contre la clause qui stipule qu'en cas de différend les parties doivent se soumettre à un arbitrage, elle comporte également acceptation de ladite clause et oblige le vendeur à s'y conformer. Il en est ainsi alors même que la clause prévoyant l'arbitrage dans le pays de l'acheteur étranger (anglais) se trouve imprimée dans un contrat type que l'acheteur a envoyé en guise de confirmation à son fournisseur français, postérieurement à la conclusion du marché par accord verbal ¹⁰¹. Il est intéressant de noter qu'une tendance favorable à la reconnaissance des conventions d'arbitrage se manifeste depuis peu. Il a été considéré, par exemple, que la condition de la forme écrite est satisfaite lorsqu'il existe entre les parties un courant abondant d'ordres et d'opérations commerciales comportant tous une clause compromissoire et qu'un litige surgit entre les mêmes personnes concernant certains ordres ou opérations similaires dont l'existence est contestée à défaut d'écrit ¹⁰².

La jurisprudence italienne s'est située sur une position voisine. Ainsi, dans un litige, on a demandé en Italie l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à New York en vertu d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat d'affrètement conclu, également à New York, entre un armateur norvégien et un affréteur italien. Par la clause compromissoire on a attribué la compétence à un organe arbitral de New York. Mais la clause n'a pas été approuvée par écrit, ainsi que l'exige l'article 1341 du Code civil italien. La jurisprudence italienne a statué que l'exigence de l'approbation (de la confirmation) écrite est une *question de forme*, soumise à la loi du lieu de la conclusion du contrat, et non pas une question de procédure soumise à la loi de l'instance d'exequatur. Comme dans l'Etat de New York, où a été conclu le contrat, on n'exige pas une approbation écrite de la clause compromissoire, celle-ci a été validée, en considérant que l'article 1341 du Code civil italien consacre une disposition d'ordre public *interne* et non pas international ¹⁰³.

Une instance italienne d'exequatur s'était déjà prononcée dans le même sens relativement à une sentence arbitrale rendue en Tchécoslovaquie en vertu d'un contrat conclu en Tchécoslovaquie, contrat qui contenait une clause compromissoire — non confirmée par écrit — en faveur de cet organe d'arbitrage ¹⁰⁴.

La jurisprudence de la Commission d'arbitrage près la Chambre de commerce de Roumanie indique que, au cas où le demandeur saisit la Commission d'arbitrage sans avoir préalablement convenu par écrit avec le

⁹⁸ Cour d'appel de Paris, 9 janvier 1962, *Revue de l'arbitrage*, n° 1 (1962), p. 12.

⁹⁹ *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1959), p. 128 à 130.

¹⁰⁰ Martin Schwartz, « La forme écrite de l'article II, alinéa 2, de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 », dans *Revue suisse de jurisprudence*, 1968, vol. 64, p. 49; texte de la décision du 8 juin 1967 dans l'affaire Walsum c. Chevaliers. *ibid.* n. 56

¹⁰¹ Cour de cassation française, chambre civile commerciale, 17 octobre 1961, dans *Revue critique du droit international privé*, n° 1 (1962), p. 129 et 130.

¹⁰² Cour d'appel de Paris (cinquième chambre), arrêt du 14 février 1970, Ballais c. 1) Dubois et Cie, 2) Nataf, dans *Revue de l'arbitrage*, 1970, n° 3, p. 148.

¹⁰³ Cour de cassation italienne, 2 mai 1960, dans *Journal du droit international (Clunet)*, n° 3 (1961), p. 860.

¹⁰⁴ Cour d'appel de Trieste, 13 juillet 1956, dans *Journal du droit international (Clunet)*, n° 3 (1961), p. 864.

défendeur de la compétence de la Commission, il est nécessaire qu'avant d'entamer la procédure le défendeur nommé dans la demande ait exprimé son accord. Ainsi, le demandeur (entreprise de Prague) n'ayant pas annexé à sa demande une copie de la convention d'arbitrage, la Commission d'arbitrage a demandé au défendeur (l'entreprise de Bucarest) s'il était d'accord pour que ce soit la Commission qui tranche le litige. Ce n'est qu'après la manifestation de cet accord que la Commission d'arbitrage a mis la procédure en marche (dossier 6/1955).

Dans une autre espèce, une firme de New York avait formé une demande d'arbitrage contre une firme de Bucarest, sans avoir conclu avec cette dernière une convention d'arbitrage (dossier 7/1955). La Commission d'arbitrage a procédé de la même manière; elle a invité le défendeur, avant de mettre en marche la procédure arbitrale, à faire savoir son accord quant à la compétence.

On peut donc conclure sur ce point que la Commission d'arbitrage près la Chambre de commerce de la République socialiste de Roumanie ne peut résoudre les litiges que si les parties se sont mises d'accord au sujet de la compétence, et que si la manifestation expresse de leur accord a été consignée par écrit indépendamment du fait que cet accord a été réalisé avant ou après le moment où la Commission s'est trouvée saisie.

Quant à la condition que l'accord soit consigné « par écrit » la Commission l'a considérée comme satisfaisante toutes les fois qu'une preuve de la manifestation expresse et claire de la volonté des parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage figurait dans des documents acceptés par elle d'une manière directe ou par référence, la désignation d'un arbitre n'ayant aucune pertinence quant à l'acceptation de la compétence. Ainsi, dans une espèce où la partie défenderesse (Société Silva, de Bobigny, France) invoquait l'incompétence de la Commission de Bucarest, cette dernière a accepté ce point de vue, en considérant qu'il n'existait pas de preuve écrite de la convention d'arbitrage entre les deux parties au litige. La société défenderesse avait conclu une telle convention avec la société vendeuse roumaine (Exportlemn), mais non avec l'Office de contrôle des marchandises qui figurait en qualité de partie réclamante dans le litige, sans avoir des rapports contractuels directs avec la partie défenderesse.

Analysant une autre circonstance de la cause, la Commission de Bucarest a considéré que « le fait que la défenderesse a désigné son arbitre en vue de la formation du tribunal arbitral sans se présenter devant celui-ci ni déposer de conclusions quant au fond du litige, n'est pas concluant et ne constitue pas une preuve de l'acceptation de la compétence de la Commission... »¹⁰⁵.

Dans une autre espèce, la partie défenderesse, une société italienne, a contesté la compétence de la Commission d'arbitrage de Bucarest, pour le motif que la clause arbitrale n'était pas valable par rapport aux dispositions de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales

étrangères, soutenant que, conformément à l'article II de cette Convention « stipuler une clause compromissoire ou un compromis ayant forme écrite signifie concorder la clause compromissoire par écrit dans un document qui, pour être exécutoire, et pour lier les parties contractantes, doit être soussigné par les mêmes parties ».

Cette condition n'était pas remplie parce que la clause compromissoire n'était pas insérée dans le contrat signé par les parties, mais dans les « conditions générales de livraison » ignorées par la partie défenderesse et qui n'avaient pas été signées par les parties contractantes. Le tribunal arbitral a repoussé ce point de vue, considérant que, du moment que les deux parties reconnaissaient que le contrat signé par elles prévoyait expressément que les conditions générales de vente et de livraison imprimées et annexées au contrat font partie intégrante de celui-ci et obligent également les deux parties, la partie défenderesse ayant signé le contrat sans aucune réserve, cela signifiait qu'elle avait souscrit aussi aux conditions générales où la clause arbitrale était incluse¹⁰⁶.

Dans la jurisprudence ouest-allemande, la question de la forme de la convention arbitrale s'est posée dans le cadre de l'article 1027 du Code de procédure civile ouest-allemand. Quoique le texte soit une réglementation de droit interne, on verra qu'il présente néanmoins un intérêt par rapport à l'article II, alinéa 2, de la Convention de New York.

En effet, conformément à l'article 1027, alinéa 2, du Code de procédure ouest-allemand, la convention arbitrale doit être expresse et écrite, et le document ne doit contenir que des clauses relatives à l'arbitrage. Cette forme n'a pas été observée lors de la stipulation prévoyant en l'espèce le règlement de certains litiges par le tribunal arbitral de l'Association des marchands en grains de la bourse de Hambourg.

On a toutefois soutenu que la forme de la convention d'arbitrage n'était pas régie en l'espèce par l'alinéa 1, mais par l'alinéa 2 de l'article 1027. Ce dernier texte n'impose pas de conditions spéciales de forme lorsque la convention des parties est un acte de commerce bilatéral entre commerçants.

On a soulevé ainsi le problème subsidiaire de savoir si la partie française, une coopérative agricole, avait la qualité de commerçant. La défenderesse aurait cette qualité de par sa forme de coopérative si l'on pouvait appliquer la loi ouest-allemande, en particulier l'article 17, alinéa 2, de la loi ouest-allemande sur les coopératives. Cependant, on a décidé que la qualité de commerçant de la défenderesse ne pouvait pas s'apprécier selon la loi ouest-allemande, mais devait être jugée d'après la loi française, car, d'après le droit international privé ouest-allemand, la qualité de commerçant se détermine d'après la loi du lieu de l'établissement professionnel. Or, selon la loi française, une coopérative agricole de vente est non-commerçante. Par conséquent, on a appliqué en l'espèce l'article 1027, alinéa 1, du Code de procédure

¹⁰⁵ Commission d'arbitrage près la Chambre de commerce de la Roumanie, sentence arbitrale n° 30 du 7 juillet 1967, dossier n° 432 (1967).

¹⁰⁶ Commission d'arbitrage près la Chambre de commerce de la Roumanie, sentence interlocutoire, 30 novembre 1971, dossier n° 621/1970.

civile ouest-allemand, la convention d'arbitrage conclue par les intermédiaires des parties (qui ont rédigé des notes en ce sens, transmises aux parties intéressées) étant considérée comme non valable du point de vue de la forme¹⁰⁷.

La Cour fédérale de la République fédérale d'Allemagne a eu l'occasion, le 25 mai 1970, de se prononcer, dans une espèce extrêmement intéressante, dans le sens qu'une clause compromissoire figurant dans la lettre de confirmation du vendeur était valable en cas de silence de l'acheteur. Cette clause est valable selon le droit ouest-allemand, car la partie qui a reçu la lettre de confirmation devait la refuser si elle ne voulait pas que son contenu lui soit opposable.

Le juge ouest-allemand saisi de la demande d'exequatur de la sentence rendue par la juridiction arbitrale étrangère désignée par ladite clause ou convention a évoqué, en faisant l'application de la jurisprudence ouest-allemande sur l'effet du silence d'un commerçant recevant une lettre de confirmation, les dispositions de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et de la Convention de Genève de 1961, dite européenne, sur l'arbitrage commercial international, dispositions applicables car les deux pays intéressés sont parties auxdites Conventions. Malheureusement, ni la Cour d'appel ni la Cour fédérale n'ont décidé sur la base des dispositions relatives à la forme écrite prévue dans les deux Conventions internationales mentionnées plus haut. Elles ont utilisé, en revanche, le droit international privé de la République fédérale. Le commentateur de cet arrêt porte les appréciations suivantes : « Les deux instances ont donc suivi une doctrine minimisant la portée de la règle de forme posée par la Convention de New York de 1958 et maintenue, bien que sous une forme atténuée, par la Convention de Genève de 1961, doctrine plus favorable à la reconnaissance des conventions d'arbitrage et des sentences. L'article premier, paragraphe 2, entend assurer la sécurité juridique et l'uniformité des solutions dans les Etats membres. Les deux buts sont compromis si l'on se croit autorisé à recourir dans chaque pays aux principes nationaux du droit international privé... » et, un peu plus loin : « Quelques amis de l'arbitrage trouveront peut-être que l'application du droit commun est néanmoins préférable puisqu'elle permet d'éviter la situation choquante d'un refus d'exequatur opposé à une sentence rendue en vertu de la loi de l'autre Etat contractant et devenue inattaquable dans cet Etat, refus rendu nécessaire par un vice de forme de la convention arbitrale inexistant aux yeux du juge de l'exequatur et couvert au regard du droit d'origine de la sentence par l'expiration des délais des voies de recours. Mais cette situation ne peut être évitée qu'au prix d'une interprétation des règles de forme édictées à l'article II de la Convention internationale de 1958, et de l'article premier, paragraphe 2, a, de la Convention internationale de 1961 dans le sens d'une limitation de la liberté des Etats contractants de ne pas respecter un accord compromissoire, leur liberté, c'est-à-

dire leur droit commun, restant intacte dans la mesure où celui-ci est plus favorable à la reconnaissance¹⁰⁸. »

5. *Différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les précisions de la clause compromissoire*

110. Etant donné l'importance particulière de la convention d'arbitrage (qui constitue le fondement de la compétence arbitrale), il est indispensable d'établir l'existence de ces conventions, et tout autant d'en préciser le contenu.

En effet, s'il est exact, par exemple, que la Commission d'arbitrage près la Chambre de commerce de Bucarest possède une compétence générale dans les relations de commerce extérieur, les parties peuvent, par leur accord, limiter cette compétence à certaines catégories de rapports de commerce extérieur. L'arbitrage ne pourra être investi de la compétence lui permettant de statuer que *dans les limites prévues par les parties, telles qu'elles sont précisées dans la clause de leur accord*. Cette clause doit exprimer non seulement la volonté des parties de recourir à l'arbitrage, mais aussi les catégories de rapports qu'elles entendent soumettre à l'arbitrage.

Ainsi, dans un litige¹⁰⁹, le demandeur prétendait que la Commission d'arbitrage fixe le prix et les spécifications des marchandises faisant l'objet du contrat et qu'elle modifie les délais de livraison. Dans ses motifs, la Commission a déclaré qu'elle pouvait, en principe, admettre ces demandes si la *convention arbitrale des parties* lui en avait accordé le pouvoir. Mais, de l'analyse de la clause arbitrale, la Commission a constaté que les parties ne lui avaient pas donné ce droit : « Seules les parties, par leur accord, auraient pu confier à une tierce personne ou à l'arbitrage la fixation du prix et de la spécification. Mais cet accord aurait dû être expressément manifesté, ne pouvant être déduit d'une clause qui, comme en l'espèce, prévoit au contraire que la fixation du prix et l'établissement de la spécification seront déterminés *par les parties elles-mêmes* », et par conséquent, s'est déclarée incompétente à arbitrer.

Dans d'autres dossiers, l'instance arbitrale a dû rechercher si l'objet de la demande — paiement d'une somme représentant l'équivalent des manques de qualité — rentrait dans la catégorie de litiges que les parties avaient eu l'intention de soumettre à l'arbitrage. La clause arbitrale prévoyait que la Commission arbitrale de Bucarest ne pouvait statuer sur les litiges concernant la qualité de la marchandise, le contrôle *de qualité* devant être effectué par l'expert de l'acheteur, *la décision de ce dernier étant définitive et obligatoire pour les parties*¹¹⁰.

Le défendeur avait soulevé une exception d'incompétence en soutenant que le fait de réclamer le paiement

¹⁰⁶ Tribunal civil de Hambourg, Chambre commerciale, 12 novembre 1957, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1959), p. 126 à 128.

¹⁰⁸ E. Meger, « Du consentement en matière d'*electio juris* et de la clause compromissoire » (à propos d'un arrêt de la Cour fédérale allemande du 25 mai 1970), dans *Revue critique de droit international privé* (1971), n° 1, p. 37 et suiv.

¹⁰⁹ Dossier 245 (1964) dans lequel le demandeur (une firme de la République fédérale d'Allemagne) avait assigné EXPORTLEMN (République socialiste de Roumanie), et tranché par la décision n° 9 du 19 mars 1965.

¹¹⁰ Sentence n° 38 du 19 septembre 1966 (dossier 367 [1966] : demandeur, une entreprise roumaine contre une firme d'Alep).

des sommes en question constituait un litige portant *sur la qualité*, exclu comme tel de la compétence de la Commission de Bucarest. La Commission a décidé que la prétention du demandeur au paiement d'une somme d'argent représentant l'équivalent des manques constatés par l'expert désigné dans le contrat des parties ne pouvait être considérée comme un litige portant sur la qualité; en conséquence, elle a retenu l'affaire pour l'arbitrer.

Dans un autre litige ¹¹¹ résolu en 1966, la Commission a trouvé l'occasion d'affirmer que le contenu de la clause arbitrale doit être clair et dénué d'équivoque. La clause doit faire l'objet d'une attention spéciale car, quoique le plus souvent insérée dans un contrat, elle conserve une nature propre, autonome, produisant des effets spécifiques.

La Commission a été obligée de se dessaisir, justement parce que les clauses contractuelles relatives à l'arbitrage compétent paraissaient équivoques :

« Attendu que la convention arbitrale, lorsqu'elle prend l'aspect d'une clause insérée dans le contrat, conserve sa nature propre et autonome, avec ses effets juridiques spéciaux d'ordre juridictionnel, ce qui impose aux parties l'obligation de lui donner une attention particulière afin d'éviter d'éventuelles mésententes.

« Qu'il résulte cependant des actes du dossier et des conclusions des parties qu'en l'espèce elles n'ont pas procédé de cette manière et qu'elles n'ont pas réalisé l'accord quant à la compétence de l'instance arbitrale de Bucarest, du fait qu'il existe deux clauses arbitrales qui se contredisent : l'une prévoyant la compétence de la Commission d'arbitrage près la Chambre de commerce de la République socialiste de Roumanie, l'autre, la compétence de l'arbitrage H. J. A., ou Privates, sans qu'il soit possible d'établir que les parties ont donné leur préférence à la Commission de Bucarest. En effet, les deux écrits... »

Suit une ample motivation par laquelle la Commission se déclare convaincue qu'il n'y a pas eu d'accord entre les parties sur la compétence de la Commission pour résoudre leur litige, et qu'elle a été obligée de se dessaisir.

6. La capacité de conclure la convention d'arbitrage

111. Le problème s'est posé dans la pratique relativement à la capacité d'une société commerciale italienne ayant son siège à Milan, société qui avait accepté de soumettre à la Commission d'arbitrage de Bucarest tout différend né d'un contrat de livraison de marchandises passé avec une organisation roumaine de commerce extérieur. La capacité de la partie italienne de consentir une telle clause arbitrale a donné lieu aux discussions parce que, « aux termes de l'article 2 du Code italien de procédure civile, on ne saurait déroger par voie de convention, à la compétence de la juridiction italienne, pas plus en faveur d'une juridiction étrangère qu'en faveur d'arbitres qui se prononceraient à l'étranger, sauf s'il s'agit d'obligations entre étrangers ou entre un

étranger et un citoyen italien ni résident, ni domicilié en Italie, à condition que la dérogation soit prévue par écrit ».

On a décidé pourtant que, vu que l'Italie et la Roumanie étaient parties au Protocole de Genève de 1923, relatif aux clauses d'arbitrage, ratifié par l'Italie le 8 mai 1928 et par la Roumanie le 21 mars 1925, la capacité de la partie italienne devait être établie en conformité avec l'article premier dudit Protocole, intégré dans la législation italienne comme suite à sa ratification par l'Etat italien, et non pas conformément à l'article 2 du Code de procédure civile italien. Vu les dispositions de l'article premier du Protocole, il a été décidé « que l'entreprise défenderesse a pu valablement conclure une clause compromissoire, écartant la juridiction italienne, en faveur d'un organe d'arbitrage de Roumanie » ¹¹².

Une position similaire a été adoptée aussi par la jurisprudence italienne dans les demandes d'exécution des sentences arbitrales étrangères. On a ainsi décidé que l'article 2 du Code de procédure civile italien perd son caractère impératif, en cas de dérogation à la compétence du juge italien par une convention internationale, soit le Protocole de Genève de 1923, soit la Convention de Genève de 1927 ¹¹³.

La jurisprudence italienne a décidé aussi que l'article premier du Protocole de Genève de 1923 est applicable (par dérogation à l'article 2 du Code de procédure civile italien) même si la sentence arbitrale a été rendue dans un Etat qui n'est pas partie à cette convention internationale (en l'espèce l'Etat de New York), à condition, pourtant, que les Etats auxquels les parties au litige appartiennent par leur nationalité (en l'espèce un Italien et un Norvégien) soient eux-mêmes parties à la convention considérée ¹¹⁴.

La France et la Belgique refusent le droit de compromettre aux personnes publiques. Cette interdiction domine toujours les problèmes sur le plan du droit interne, mais en France, l'obstacle qu'elle constituait vient d'être levé sur le plan international, à la suite d'une heureuse évolution de la jurisprudence ¹¹⁵.

En effet, plusieurs arrêts des juges du fond avaient dès 1957 refusé de s'arrêter à une exception opposée par l'Etat français qui prétendait n'avoir pu être valablement engagé par une clause compromissoire insérée dans un contrat international ¹¹⁶.

La Cour de cassation a adopté ce point de vue ¹¹⁷ dans un arrêt du 14 avril 1964, en précisant que la prohibition

¹¹² Commission d'arbitrage de Bucarest, sentence n° 34 du 29 novembre 1958, citée par I. Nestor et O. Cápátiná, Chronique de jurisprudence roumaine, dans *Journal du droit international* (Clunet), n° 2 (1968), p. 419 à 422.

¹¹³ Cour de cassation italienne, Sections unies, décision n° 466 du 2 mars 1964; Cour d'appel de Milan, 23 avril 1965, les deux décisions dans *Journal du droit international* (Clunet), n° 3 (1966), p. 702.

¹¹⁴ Cour de cassation italienne, le 2 mai 1960, dans *Journal du droit international* (Clunet), n° 3 (1961), p. 860.

¹¹⁵ Voir Maurice André Flamme, « L'arbitrage dans les relations entre personnes de droit public et personnes de droit privé », rapport au premier Congrès international d'arbitrage, p. 21.

¹¹⁶ Paris, 10 avril 1957, JCP II-10078, note Motulsky, et D.1958, 702, note Jean Robert; 21 février 1961, *Revue de l'arbitrage*, 18; Aix, 5 mai 1959, *Revue de l'arbitrage*, 1960, p. 28.

¹¹⁷ *Revue de l'arbitrage*, 1964, p. 82 et suiv.

¹¹¹ Dossier 322 (1965), sentence n° 28 du 19 mars 1966. Demandeur, une entreprise roumaine; défendeur, une firme de Vaduz (Liechtenstein).

du droit, pour les établissements publics, de souscrire des conventions d'arbitrage est d'ordre interne, elle n'est pas d'ordre public international et ne met pas obstacle à ce qu'un établissement public soumette, comme pourrait le faire tout autre contractant, la convention de droit privé qu'il passe à une loi étrangère, lorsque ce contrat revêt le caractère d'un contrat international. En 1964 et 1966, la même Cour de cassation a décidé que l'interdiction dont nous parlons relève de la loi du contrat et non de la loi personnelle des parties contractantes :

« Mais attendu que la prohibition dérivant des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile ne soulève pas une question de capacité au sens de l'article 3 du Code civil; que la Cour d'appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette règle, édictée pour les contrats internes, devait s'appliquer également à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime; que l'arrêt attaqué décide justement que la prohibition susvisée n'est pas applicable à un tel contrat et que par suite, en déclarant valable la clause compromissoire souscrite ainsi par une personne morale de droit public, la Cour d'appel, abstraction faite de tous autres motifs qui peuvent être regardées comme surabondants, a légalement justifié sa décision. »

CHAPITRE II. — PROBLÈMES CONCERNANT LA PROCÉDURE ARBITRALE

1. Loi applicable à la procédure arbitrale. L'interprétation de la volonté des parties

112. Une institution arbitrale de Londres s'est conformée à la loi anglaise de procédure (*Arbitration Act, 1950*). Une des parties, société de navigation franco-tunisienne, s'est opposée à l'exécution en France de la sentence arbitrale prononcée, soutenant qu'elle a contesté, par une lettre, l'application de la loi anglaise. Mais on a décidé que « les parties ont accepté la procédure prévue par la loi anglaise, en application de la Convention de Genève du 24 décembre 1923, lorsqu'elles ont prévu l'arbitrage suivant la *Centrocon Arbitration Clause*, avec désignation de « deux arbitres à Londres... membres « du Baltic, qui pourront désigner un tiers arbitre »¹¹⁸.

2. La compétence du tribunal d'arbitrage est conditionnée par la validité de la convention arbitrale

13. La contestation de la validité de la convention d'arbitrage ou de la clause compromissoire met en discussion la compétence même de l'organe arbitral, saisi du litige sur sa base, pour la solution du litige. On a décidé en ce sens que « la clause en question ne saurait produire effet quant à la compétence de la juridiction arbitrale que dans la mesure où elle est valable aux termes du droit qui lui est applicable »¹¹⁹. On en

a déduit la conséquence d'ordre procédural que l'exception concernant la nullité de la clause arbitrale doit être résolue au préalable, pour établir ainsi la compétence même de l'organe arbitral. Conformément à la législation roumaine, la Commission d'arbitrage de Bucarest a le droit de statuer elle-même sur sa propre compétence juridictionnelle.

3. La constitution du tribunal arbitral à défaut de désignation de l'arbitre par une des parties

114. Une firme japonaise, invitée à désigner son arbitre, dans le cadre d'un arbitrage qui a eu lieu à Londres, n'a pas donné suite à l'invitation et, ultérieurement, s'est opposée à l'exécution au Japon de la sentence rendue, soutenant que l'organe d'arbitrage n'a pas été valablement constitué. Ce point de vue n'a pas été accepté et on a décidé qu'« en application de la loi anglaise comme loi de procédure, le défaut par une partie de désigner son arbitre a légitimé le fait que l'arbitre désigné par l'autre partie a agi comme seul arbitre »¹²⁰.

4. La nationalité des arbitres. Le choix sur une liste officielle

115. On a décidé qu'il n'est pas contraire à l'ordre public de la Suisse que sur la liste de la Chambre de commerce de la Tchécoslovaquie figurent seulement des arbitres de nationalité tchécoslovaque, domiciliés en Tchécoslovaquie. L'ordre public suisse n'est pas enfreint par l'obligation de faire le choix de son arbitre sur cette liste¹²¹.

5. La possibilité de l'annulation de la sentence arbitrale lorsque l'arbitre et le mandataire d'une partie appartiennent à la même organisation. Autres causes d'annulation

116. Une sentence arbitrale a été prononcée en Suède par un arbitre qui travaillait à la direction du Comité central des assureurs maritimes de France. Une des parties, société commerciale française, s'est présentée en instance par un mandataire qui travaillait au Comité des assureurs maritimes de Paris. Celui-ci a plaidé les intérêts de la partie française en litige. Après le prononcé de la sentence, on a demandé son exécution en France. Ici la partie adverse, une entreprise polonaise, s'est opposée à l'exécution, en alléguant la violation du droit de la défense, due au fait que l'arbitre et le mandataire d'une partie appartenaient à la même organisation.

On a décidé pourtant que le droit de la défense n'avait pas été violé, parce que, entre l'arbitre et le mandataire de la partie française, il n'y avait pas de rapports de service, qui auraient mis le premier en état de dépendance envers le second, ni de relations de nature à priver l'arbitre de l'indépendance et de l'impartialité nécessaires

¹¹⁸ Cour de cassation française, chambre civile commerciale, 17 mars 1964, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 2 (1964), p. 46.

¹¹⁹ Commission d'arbitrage de Bucarest, 29 novembre 1958, dans *Journal du droit international* (Clunet), n° 2 (1968), p. 419.

¹²⁰ Cour d'appel de Tokyo, deuxième section civile, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 3 (1964), p. 102.

¹²¹ Tribunal fédéral de la Suisse, décision du 12 février 1958, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 1 (1959), p. 26 à 31.

à l'exercice de ses attributions. D'ailleurs, entre la partie française et les institutions où travaillaient le mandataire et l'arbitre de celle-ci, il n'y avait pas de relations d'intérêts. On a retenu aussi le fait que la partie polonaise n'avait pas récusé les arbitres, bien qu'elle eût pu le faire avant de passer aux débats ¹²².

La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique a décidé que le fait qu'un arbitre n'a pas communiqué ses anciennes relations commerciales avec l'une des parties au litige justifie l'annulation de la sentence arbitrale conformément à l'article 10 de la loi sur l'arbitrage des Etats-Unis d'Amérique. Le fait qu'un arbitre a eu des relations commerciales avec une des parties n'implique pas une disqualification automatique, à condition que les parties soient informées à l'avance, des relations existantes ou, si elles ne les connaissent pas, qu'il s'agisse de relations commerciales de peu d'importance.

Dans une opinion séparée on a soutenu que le fait de ne pas fournir d'information sur des relations commerciales avec l'une des parties conduit à une demande en constatation de partialité, mais que, faute d'une preuve certaine sur l'attitude de l'arbitre, le simple fait de ne pas communiquer ses relations avec les parties n'est pas de nature à disqualifier un arbitre.

6. Le droit du surarbitre de décider sans consultation avec les arbitres. Conditions

117. Dans un différend entre deux parties qui avaient accepté par une clause compromissoire l'application de la loi anglaise, le réclamant a notifié au défendeur par lettre recommandée la désignation de son arbitre. Le défendeur a accepté l'arbitrage, en désignant à son tour son arbitre. Parce que les arbitres ne sont pas tombés d'accord, il a été désigné un surarbitre qui a décidé à lui seul de l'affaire. L'exequatur de la sentence arbitrale étant demandé en France, on a prétendu que la sentence n'était pas valable parce que le surarbitre n'avait pas conféré avec les arbitres conformément à l'article 1028 du Code de procédure civile français. On a décidé pourtant que la loi applicable étant la loi anglaise et non la loi française, le surarbitre n'était pas tenu d'une obligation pareille parce que « la désignation du surarbitre est intervenue conformément à la loi anglaise, qui précise qu'en cas de désaccord le tiers arbitre « remplacera les deux « arbitres », ce qui n'impose pas à celui-ci l'obligation de conférer avec les arbitres ». Par conséquent, la sentence arbitrale a été considérée comme valable et la demande d'exequatur a été admise ¹²³.

CHAPITRE III. — PROBLÈMES RELATIFS AUX SENTENCES ARBITRALES

1. Sentences arbitrales non motivées

118. Tandis que la majorité des législations, et spécialement celles de l'Europe continentale, exigent que les

décisions rendues par tout organe de juridiction (donc celles des organes d'arbitrage) soient motivées, certains systèmes de *common law* admettent qu'il n'est pas nécessaire que les motifs de la solution soient mentionnés dans la décision.

Il est d'ailleurs évident que les décisions comprenant la motivation correspondante sont considérées comme pleinement valables dans les pays dont la législation ne comporte pas cette exigence, car *quod abundat non vitiat*.

Dans les Etats qui exigent que les décisions soient motivées — exigence généralement prescrite sous peine de nullité — certaines difficultés se sont élevées quant à la validité des sentences arbitrales étrangères non motivées. Après avoir hésité, la jurisprudence française est arrivée à la conclusion suivant laquelle « le défaut de motifs d'une sentence arbitrale étrangère n'est pas en lui-même contraire à l'ordre public français au sens du droit international privé » ¹²⁴. En d'autres termes, il est indiqué, dans cette opinion, que, quoique la sentence étrangère dénuée de motifs transgresse une disposition légale de l'Etat où elle est invoquée, toutefois, une semblable dérogation peut être tolérée, les exigences de l'ordre public du droit international privé étant moins rigides que celles de l'ordre public du droit interne qui auraient entraîné la nullité de la sentence étrangère. Remarquons toutefois que cette solution libérale est subordonnée à la condition que la partie en cause ne prétende pas que « sous le mutisme de la sentence se dissimulait une atteinte aux droits de la défense ou une solution de fond contraire à l'ordre public » ¹²⁵.

Il a été également décidé en France que « si la motivation des sentences arbitrales, comme toute décision juridictionnelle, est d'ordre public en droit français, elle ne constitue pas une exigence de l'ordre public international alors que la loi anglaise applicable au contrat n'impose pas aux arbitres de motiver leur sentence » ¹²⁶.

Dans le même sens, il a été jugé que « l'ordre international français n'exige pas qu'une sentence étrangère soit motivée dès lors que la loi qui la régit ne l'impose pas » ¹²⁷.

Il a encore été décidé que « le défaut de motifs, contraire en principe à la procédure française, ne l'est pas à l'ordre public international français dès lors qu'il est conforme à la loi étrangère compétente » ¹²⁸.

La jurisprudence suisse se montre plus exigeante. Elle déclare que l'ordre public « s'oppose à l'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère non motivée, même si cette dernière a été ainsi valablement rendue selon la *lex fori* compétente (en l'espèce, la loi californienne), du moins lorsque cette sentence émane d'un Etat qui n'est pas lié à la Confédération suisse ou au canton requis par un

¹²² Cour d'appel de Rouen, deuxième chambre civile, 21 octobre 1965, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 1 (1966), p. 22.

¹²³ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 29 septembre 1959, dans *Journal du droit international* (Clunet), n° 1 (1961), p. 168.

¹²⁴ Cour de cassation française, première chambre civile, 22 novembre 1966, *Revue de l'arbitrage*, n° 1 (1967), p. 9 à 11. Dans le même sens, arrêt de la même chambre, 14 juin 1960, *Revue critique du droit international privé*, n° 3 (1960), p. 393.

¹²⁵ Cour de cassation française, 22 novembre 1966.

¹²⁶ Cour d'appel de Paris, 27 mars 1962, *Revue de l'arbitrage*, n° 2 (1962), p. 45.

¹²⁷ Cour d'appel de Paris, 30 mai 1963, *Revue de l'arbitrage*, n° 3 (1963), p. 93.

¹²⁸ Cour d'appel de Nancy, première chambre, 29 janvier 1958, *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1958), p. 122.

traité garantissant l'exequatur »¹²⁹. Par exception, toutefois, la sentence arbitrale non motivée pourrait être considérée comme ne violant pas l'ordre public suisse s'il était établi « qu'au moment de compromettre, les deux parties avaient su que la sentence à intervenir ne serait pas motivée ou si elles avaient renoncé à l'indication des motifs »¹³⁰.

D'après la jurisprudence italienne, l'article premier de la Convention de Genève de 1927 déroge aux prévisions de la Constitution italienne qui exige que toute décision judiciaire soit motivée; par conséquent, une sentence arbitrale étrangère peut être exécutée en Italie, même si elle n'est pas motivée¹³¹.

2. Renonciation aux voies de recours contre une sentence arbitrale. Ses effets

119. Il a été décidé que la renonciation à l'appel contre une sentence arbitrale ne peut être considérée comme un acquiescement à la solution prononcée. La partie renonçante se trouve dans la situation où elle se serait trouvée si elle avait laissé passer le délai d'appel sans en faire usage, sans que sa situation se soit aggravée.

On a déduit la conséquence que le désistement « n'interdit pas à celui qui s'est désisté de s'opposer à l'exécution à l'étranger du jugement arbitral, en se fondant notamment sur l'article 2 de la Convention de Genève de 1927 »¹³².

3. Présomption impliquant pour les parties leur volonté de reconnaître le caractère définitif de la sentence arbitrale. Conditions

120. Une sentence arbitrale prononcée en Angleterre par un surarbitre conformément à l'*Arbitration Act, 1950*, étant soumise en France à l'exequatur, il a été soutenu que cette sentence n'aurait pas le caractère définitif. Cependant, il a été décidé, conformément à la loi applicable en matière de procédure arbitrale (art. 16 de l'*Arbitration Act*), qu'« à moins qu'une intention contraire y soit exprimée, toute convention d'arbitrage sera considérée comme contenant la stipulation que la sentence à établir par le surarbitre sera définitive et engagera les parties ». Etant donné qu'en l'espèce « aucune intention contraire n'ayant été exprimée, on doit considérer que la sentence est définitive et obligatoire »¹³³, par conséquent, après vérification de l'accomplissement des exigences légales, l'exequatur a été accordé dans le cadre de la Convention de Genève de 1927.

4. Libellé du dispositif dans la monnaie du pays de l'arbitrage. Non-dépassement de la clause arbitrale

121. Une société de navigation franco-tunisienne ayant été obligée par un organe arbitral de Londres à payer

¹²⁹ Tribunal fédéral suisse, chambre de droit public, 11 novembre 1959, *Revue de l'arbitrage*, n° 3 (1960), p. 105.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Cour d'appel de Florence, 7 mars 1957, *Journal du droit international* (Clunet), n° 3 (1961), p. 864.

¹³² Cour de justice de Genève, première section, 5 juillet 1963, *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1964), p. 152.

¹³³ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 29 septembre 1959, *Journal du droit international* (Clunet), n° 1 (1961), p. 168.

une somme en livres sterling — quoique le demandeur ait réclamé la somme due en francs français —, on s'est trouvé devant le problème de savoir si, en procédant de cette manière, l'organe arbitral n'aurait pas statué *ultra petita* — ce qui attirerait la nullité de la sentence. Il a été décidé que les limites de la clause arbitrale n'avaient pas été dépassées, car « l'un des chefs de la demande étant libellé en livres et l'arbitrage ayant eu lieu à Londres et confié à des arbitres anglais, il est normal qu'ils traduisent les sommes accordées en livres au cours du change à la date de la sentence »¹³⁴.

CHAPITRE IV. — PROBLÈMES RELATIFS À L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ÉTRANGÈRES

1. Refus d'exécution basé sur la nullité du compromis. Ordre public

122. Une société française, contre laquelle était demandée l'exécution d'une sentence arbitrale anglaise, soutenait que la clause compromissoire était entachée de nullité, étant donné que la loi française interdit de compromettre sur les matières intéressant l'ordre public (art. 1020 du Code français de procédure civile).

Ce point de vue a été admis par l'instance française d'exequatur; se basant sur la Convention de Genève de 1927 (applicable en l'espèce), elle a refusé l'exécution pour le motif que la clause compromissoire et, par conséquent, la sentence arbitrale sont contraires à l'ordre public français. En effet, le tribunal d'exequatur a retenu que la firme française avait été obligée par la sentence arbitrale à des dommages envers le demandeur danois pour la non-livraison d'une quantité de céréales qu'elle lui avait vendues. Mais l'inexécution de l'obligation étant due au fait de la suspension des livraisons par l'organe administratif français compétent, l'instance d'exequatur a apprécié que le litige « ne pouvait trouver sa solution que par l'application des règles d'ordre public de l'organisation économique française qui commandait l'exécution du contrat ». Elle en a déduit, par conséquent, « que le litige concerne l'ordre public et que le compromis est nul chaque fois que la solution de l'arbitrage suppose l'interprétation et l'application d'une règle d'ordre public »¹³⁵.

2. Refus de l'exécution fondé sur le retard de la convocation

123. En application de l'article 2, alinéa b, de la Convention de Genève du 26 septembre 1927, l'exécution en Suisse d'une sentence arbitrale française a été refusée pour le motif que la firme suisse a été tardivement avisée d'avoir à désigner un arbitre (le 24 mai pour le 12 mai 1960), de même que de la date du débat du fond (le 17 novembre 1960, le jour même où a eu lieu le jugement)¹³⁶.

¹³⁴ Cour de cassation française, chambre civile commerciale, 17 mars 1964, *Revue de l'arbitrage*, n° 2 (1964), p. 46.

¹³⁵ Cour d'appel d'Orléans, 15 mai 1961, *Journal du droit international* (Clunet), n° 1 (1962), p. 140.

¹³⁶ Cour de la justice de Genève, première section, 5 juillet 1963, *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1964), p. 152.

3. Refus de l'exécution fondé sur le dépassement de la clause arbitrale

124. En application de l'article 2, alinéa c, de la Convention de Genève de 1927, l'exécution en Suisse d'une sentence arbitrale française a été refusée pour le fait que l'organe arbitral a dépassé le cadre de la clause compromissoire en prononçant « la résolution de la convention aux torts et griefs d'une partie et a alloué des dommages-intérêts alors qu'il n'avait pour mission que de régler les « nouvelles difficultés » qui pourraient surgir dans l'application de la convention »¹³⁷.

4. Autorisation d'exécuter une sentence prononcée par défaut

125. Une firme japonaise, valablement convoquée à un arbitrage siégeant à Londres, a fait défaut et s'est opposée ultérieurement à l'exécution, au Japon, de la sentence prononcée, en arguant de la violation de son droit de défense. Ce point de vue a été rejeté; il a été décidé que « le défaut par cette partie dûment avisée de la date et du lieu de la réunion d'arbitrage de comparaître devant cet arbitre a justifié la poursuite de la procédure d'arbitrage en l'absence de cette partie; celle-ci ne peut dès lors valablement invoquer une violation des droits de sa défense pour s'opposer à l'exequatur au Japon de la sentence ainsi rendue en son absence »¹³⁸.

Aussi l'abstention purement volontaire d'une partie à l'audience retenue pour l'examen du fond ne saurait l'autoriser à invoquer une violation des droits de la défense, alors que la date retenue pour cette audience l'avait été du consentement des parties et que les arbitres avaient précédemment rejeté une demande d'ajournement présentée par la même partie. Une partie ne peut davantage se plaindre comme d'une violation des droits de la défense du fait qu'à l'audience arbitrale où elle avait été volontairement absente, l'autre partie avait à son insu modifié l'objet de la demande qu'elle avait contradictoirement présenté aux arbitres, si cette modification n'a consisté que dans une réduction du chiffre de la demande primitive, qui n'a ainsi pas porté atteinte à ses intérêts¹³⁹.

5. Le régime de l'exécution, à défaut de réglementation interne correspondante

126. Le droit de la procédure civile japonaise ne contient pas de dispositions relatives à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, mais seulement à celle des sentences nationales, qui ont, à cet égard, des effets similaires à ceux des décisions judiciaires. Dans ces conditions, il a été décidé que « le fait que le Japon soit signataire du Protocole et de la Convention de Genève, puis de la Convention de New York, lui fait obligation de donner aux sentences étrangères le même traitement

qu'aux sentences nationales, pour autant que celles-ci satisfont aux conditions prévues dans ces conventions »¹⁴⁰.

6. Autorisation de l'exécution sous condition que la sentence porte sur un litige susceptible d'être résolu par l'arbitrage

127. L'exequatur avait été demandé au Japon d'une sentence arbitrale rendue en Angleterre. Les deux Etats étant parties à la Convention de Genève de 1927, on a vérifié si toutes les conditions requises par cette convention avaient été remplies. On a constaté ainsi que l'objet du litige pouvait être résolu par l'arbitrage conformément à la loi anglaise. La même vérification a été faite du point de vue de la loi japonaise. Après avoir constaté que cette dernière admettait l'arbitrage, l'exécution a été autorisée¹⁴¹.

7. Priorité des conventions bilatérales par rapport à la Convention de Genève de 1927, en matière d'exécution des sentences arbitrales étrangères

128. A l'occasion d'une demande d'exécution en France d'une sentence arbitrale anglaise, on a discuté s'il fallait appliquer la Convention de Genève de 1927 ou bien la Convention franco-britannique de 1934 concernant les décisions judiciaires. Il a été décidé que le caractère exécutoire de la sentence arbitrale anglaise ayant été donné par l'autorisation de la Haute Cour de justice d'Angleterre, la sentence arbitrale peut être assimilée à une décision judiciaire. Par conséquent, il serait fait application non pas de la Convention de Genève de 1927, mais de la Convention franco-britannique¹⁴².

8. Irrévocabilité au fond de la sentence arbitrale étrangère

129. Une sentence arbitrale prononcée en Roumanie sur défaut du défendeur (société italienne) avait été soumise en Italie à la procédure d'exequatur. Le défendeur a invoqué l'article 798 du Code de procédure civile italien, qui admet la révision au fond des jugements étrangers rendus par défaut. Toutefois, cette défense a été rejetée, étant donné que la sentence arbitrale se basait sur la Convention de Genève de 1927, qui interdit la révision au fond. L'Italie y étant partie, il a été jugé que l'article 798 n'avait pas à être appliqué. Par conséquent, la demande d'exequatur a été admise, sans procéder à une révision du fond¹⁴³.

Même solution en Italie à propos d'une sentence arbitrale prononcée à Hambourg (République fédérale d'Allemagne) contre un citoyen italien. Le refus d'appliquer l'article 798 du Code italien de procédure civile a été motivé par les dispositions de la Convention de Genève de 1927; il a été précisé que « cette convention

¹⁴⁰ Cour d'appel de Tokyo, deuxième section civile, 14 mars 1963, *Revue de l'arbitrage*, n° 3 (1964), p. 102.

¹⁴¹ *Tokyo District Court*, 20 août 1959, dans *Quarterly of the Japan Commercial Arbitration Association*, n° 26-27 (1967).

¹⁴² Cour d'appel de Paris, première chambre, 20 octobre 1959, *Revue de l'arbitrage*, n° 2 (1960), p. 48.

¹⁴³ Cour d'appel de Milan, 23 avril 1965, *Journal du droit international*, n° 3 (1966), p. 702.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Cour d'appel de Tokyo, 14 mars 1963, *Revue de l'arbitrage*, n° 3 (1964), p. 102.

¹³⁹ Cour d'appel de Paris, 5 juin 1970, C¹ France Participation (Cofrapar) c. la société navale d'Afrique du Nord, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 3 (1970), p. 2.

figure sur la note échangée entre l'Italie et l'Allemagne fédérale et dans laquelle furent mentionnés tous les traités et accords remis en vigueur par les deux pays »¹⁴⁴.

9. *Nécessité pour les sentences arbitrales étrangères d'obtenir l'exequatur afin de bénéficier en France de l'autorité de la chose jugée*

130. Une sentence arbitrale anglaise définitive a été invoquée en France comme ayant l'autorité de la chose jugée. Il en a été jugé différemment car « la sentence arbitrale rendue à l'étranger, devenue définitive dans ce pays et remplissant ainsi la condition de l'article premier, alinéa 2 de la Convention de Genève de 1927, n'en garde pas moins son caractère de décision juridictionnelle d'ordre privé et n'aura pas l'autorité de la chose jugée et la forme exécutoire en France, avant d'être revêtue de l'exequatur dans ce pays et ne peut y être invoquée »¹⁴⁵.

D'autre part, le Tribunal de grande instance de Strasbourg a décidé, en application de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, que la demanderesse s'étant conformée aux exigences de cette Convention, sa demande d'exequatur était recevable sans qu'il soit nécessaire qu'un exequatur ait été obtenu dans le pays où la sentence a été rendue¹⁴⁶.

10. *Loi applicable à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, à défaut d'une convention internationale*

131. Il a été décidé que l'exécution en Suisse d'une sentence arbitrale prononcée en Californie (Etats-Unis d'Amérique) est régie par la législation du canton où elle a été demandée — en l'espèce, par le Code de procédure civile de Genève — car il n'y a pas, entre la Suisse et les Etats-Unis, de convention relative à l'exécution de ces sentences; d'autre part, les Etats-Unis ne sont pas parties à la Convention de Genève de 1927¹⁴⁷.

11. *Autorisation d'exécuter la sentence arbitrale à condition qu'elle soit devenue définitive*

132. En Angleterre, l'*Arbitration Act* de 1950 admet l'exécution des sentences arbitrales étrangères auxquelles s'applique la Convention de Genève de 1927. En l'espèce, la sentence arbitrale dont l'exécution était demandée en Angleterre avait été rendue au Danemark. La sentence n'étant susceptible ni d'appel, ni de demande en révision, peut être considérée comme définitive au sens des articles 37 et 38 de l'*Arbitration Act* de 1950; son exécution a donc été accordée¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Cour de cassation italienne, 9 mai 1962, *Journal du droit international*, n° 2 (1964), p. 356.

¹⁴⁵ Cour d'appel de Paris, quinzième chambre, 4 janvier 1960, *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1960), p. 123.

¹⁴⁶ Tribunal de grande instance de Strasbourg (Chambre commerciale), octobre 1970, *Animal Feeds International c. Sté Becker*, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 3 (1970), p. 166.

¹⁴⁷ Tribunal fédéral suisse, chambre de droit public, 11 novembre 1959, *Revue de l'arbitrage*, n° 3 (1960), p. 105 à 109.

¹⁴⁸ *Court of Appeal*, 13 mars 1959, *Journal du droit international* (Clunet), n° 4 (1961), p. 1177.

12. *Voies de recours contre les jugements d'exequatur*

133. Se basant sur les dispositions de l'article premier de la Convention de Genève de 1927, la jurisprudence belge a décidé, à propos des voies de recours contre l'ordonnance d'exequatur prononcée en Belgique, que la législation belge est applicable en cette matière. On a apprécié cependant que l'article 1028 du Code belge de procédure civile consacre la voie du recours contre la sentence arbitrale — et non pas contre l'ordonnance d'exequatur — du moment que par cette voie la nullité de l'ordonnance d'exequatur pourrait se poser, le recours prévu par l'article 1028 peut aussi attirer le retrait de l'ordonnance d'exequatur, de sorte que cette voie « n'était point exclue par la Convention de Genève »¹⁴⁹.

Troisième partie. — Mesures possibles pour développer l'efficacité de l'arbitrage commercial international; questions générales, constatations et propositions finales

CHAPITRE PREMIER. — MESURES POSSIBLES POUR DÉVELOPPER L'EFFICACITÉ DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

1. *Les mesures préconisées par l'Organisation des Nations Unies*

134. L'Organisation des Nations Unies ne s'est pas bornée en 1958 à promouvoir l'adoption d'une convention multilatérale pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

De la résolution 604 (XXI) du Conseil économique et social, adoptée en mai 1956, il se dégage une préoccupation beaucoup plus large, plus complexe, que les Nations Unies entendaient soutenir et recommander pour l'avenir dans le domaine de l'arbitrage commercial. Le Conseil envisageait une stimulation de l'activité des commissions économiques régionales et de diverses organisations intergouvernementales intéressées à promouvoir l'arbitrage dans le but de favoriser le commerce international. C'est pourquoi il a été décidé que la Conférence de plénipotentiaires de 1958 examinerait, en fonction du temps disponible, « les autres mesures que l'on pourrait prendre pour faire de l'arbitrage un moyen efficace de règlement des litiges de droit privé » et formulerait « les recommandations qu'elle jugerait utiles ».

135. Afin de préparer les discussions dans le cadre de la Conférence, le Secrétaire général a rédigé un rapport, daté du 24 avril 1958 (document E/CONF.26/4), rapport suivi d'une note (E/CONF.26/6) sur les autres mesures que l'on pourrait prendre pour développer l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Le 26 mai 1958, on a créé un « Comité des autres mesures », ouvert à chacun des 45 gouvernements désireux d'y participer. Le 6 juin 1958, le Comité a adopté à l'unanimité une résolution qui a été ensuite discutée en assemblée plénière et incorporée dans le paragraphe 16 de l'Acte final de la

¹⁴⁹ Cour de cassation de Belgique, 16 janvier 1958, *Revue critique de droit international privé*, n° 1 (1959), p. 122.

Conférence. Par suite de la résolution adoptée le 10 juin 1958 par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, le sujet de l'arbitrage a été inscrit à l'ordre du jour de la vingt-septième session du Conseil économique et social, tenue à Mexico en avril 1959 et durant laquelle a été adoptée la résolution 708 (XXVII). Dans le deuxième volume consacré par l'Union internationale des avocats à l'arbitrage international commercial (P^r Pieter Sanders, rapporteur général), Martin Domke décrit d'une manière pertinente le déroulement des travaux et le contenu essentiel des résolutions adoptées concernant les principales mesures à prendre pour la promotion de l'arbitrage commercial international en général ¹⁵⁰.

136. Comme première mesure à prendre, on recommande une « diffusion plus large de renseignements sur les lois, les pratiques et les moyens d'arbitrage », afin de faciliter l'accès à l'arbitrage et, en même temps, pour servir de point de départ à toute nouvelle activité ayant pour but d'améliorer les moyens actuels d'arbitrage et les législations sur l'arbitrage. Une riche activité a déjà été déployée dans ces directions par la Chambre de commerce internationale ¹⁵¹, l'Union internationale des avocats ¹⁵², la Commission économique pour l'Europe ¹⁵³ et la Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient. On observe, à juste titre, qu'il ne suffit pas de publier seulement les lois sur l'arbitrage, même accompagnées de leur traduction, ou de règles de procédure des institutions arbitrales. Il est encore nécessaire de pouvoir connaître l'interprétation des lois par la jurisprudence et la pratique administrative. On ignore encore trop ce côté pratique, malgré les efforts déployés par quelques-uns des organismes nationaux ou internationaux qui assurent la parution des publications d'arbitrage contenant des références à la jurisprudence dans divers pays.

Un des problèmes posés concerne une publication à l'échelon mondial, le renforcement des activités, dans ce domaine, des publications déjà existantes et la création d'autres publications dans des régions où il n'y en a pas encore.

137. Il y a aussi le problème de la « création de nouveaux moyens d'arbitrage et l'amélioration des moyens existants », problème qui revêt une importance spéciale pour quelques régions géographiques et certaines branches de commerce. Il serait utile pour l'efficacité de l'arbitrage commercial d'installer de nouveaux centres d'arbitrage dans les pays où ils font défaut. On propose aussi d'encourager l'adaptation des centres d'arbitrage nationaux aux exigences du commerce international, en adoptant des

mesures appropriées comme, par exemple, l'adjonction d'arbitres étrangers aux arbitres nationaux sur les tableaux d'arbitres et la permission de choisir le lieu de l'arbitrage dans un tiers pays. On recommande une plus grande uniformité dans les règles de procédure des institutions d'arbitrage et plus de précision dans la rédaction des clauses de style d'arbitrage, recommandées par les institutions arbitrales pour inclusion dans les contrats types et dans les conditions générales de commerce. On devrait favoriser un mouvement qui fondrait en une procédure type les règles d'arbitrage suivies dans la pratique par les principaux centres d'arbitrage commercial des divers pays.

138. Il faut déployer une activité d'assistance technique en vue « de mettre sur pied une législation et des institutions d'arbitrage efficaces » en faveur des pays qui souffrent du défaut de moyens d'arbitrage institutionnels appropriés ou ont besoin de lois d'arbitrage modernes. Il faudra avoir recours à des experts capables de donner des conseils sur une législation arbitrale adéquate et de contribuer à la mise sur pied d'une organisation qui réponde à la pratique de l'arbitrage. On recommande aussi la création de « groupes d'étude, cycles d'études ou groupes de travail régionaux » pour parvenir à un accord sur les solutions qui répondent le mieux aux besoins des divers pays. Echanges de vues et contacts personnels peuvent fort bien aboutir à des résultats concrets. Le présent rapport a déjà évoqué beaucoup des activités qui se sont produites dans le monde jusqu'ici avec le concours de l'ONU ou en dehors de son autorité. Le problème qui se pose aujourd'hui est celui de l'intensification des activités de ce genre et de l'organisation d'un travail plus régulier et plus systématique. Quelques-uns ont préconisé des programmes d'éducation ¹⁵⁴.

139. En 1969, dans son rapport au troisième Congrès international d'arbitrage, le P^r Martin Domke ¹⁵⁵ a souligné les progrès accomplis les dernières années dans le domaine de la diffusion de l'information en matière d'arbitrage.

Tout d'abord, de nouvelles publications, la plupart trimestrielles, ont rejoint celles qui existent depuis de nombreuses années, à savoir : en Hollande, *Arbitrale Rechtspraak*, en Angleterre, *Arbitration of the Institute of Arbitrators* et, aux Etats-Unies, *Arbitration Journal*. Les publications nouvelles sont le *News Bulletin* du centre d'arbitrage commercial de la Commission économique des Nations Unies pour l'Asie et l'Extrême-Orient (CEAEO), la *Revue de l'arbitrage* du Comité français de l'arbitrage, l'*Arbitration News* de la Commission interaméricaine de l'arbitrage commercial, la *Rassegna dell'Arbitrato* de l'Association italienne pour l'arbitrage, la *Revue trimestrielle* de l'Association japonaise de l'arbitrage commercial et la *Revue trimestrielle sur l'arbitrage* du Conseil indien de l'arbitrage. D'autres

¹⁵⁰ Voir Martin Domke, « Mesures possibles pour développer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », dans UIA, *Arbitrage international commercial*, vol. II, 1960, p. 328 et suiv.

¹⁵¹ *Commercial Arbitration Throughout the World*, 1949, et suppléments pour 1951 et 1958.

¹⁵² UIA, *Arbitrage international commercial*, vol. I (1956), vol. II (1960), vol. III (1965).

¹⁵³ *Handbook of National and International Institutions Active in the Field of International Commercial Arbitration*, document de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, document TRADE/WP.1/15.

¹⁵⁴ Le représentant du Royaume-Uni a estimé avec raison que, pour répondre à un problème urgent dans le domaine de l'arbitrage, on pourrait « initier les hommes d'affaires à la pratique de l'arbitrage et à l'esprit de ce mode de règlement des différends, ce qui est un processus nécessairement lent » (E/CONF.26/C.2/SR.2, p. 4).

¹⁵⁵ Voir le compte rendu du troisième Congrès international d'arbitrage, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1969).

publications éditent des articles sur l'arbitrage et des décisions des tribunaux sur les questions d'arbitrage, notamment, en Angleterre, le *Journal of Business Law* et, en République fédérale d'Allemagne, le *Zeitschrift für Konkurs, Treuhand und Scheidungsgerichtswesen* et le mensuel *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Berater*.

Il faut ajouter à ceux-ci les nombreuses collections ou chroniques de jurisprudence arbitrale pour le commerce international publiées par les commissions d'arbitrage de Moscou, de Varsovie, de Bucarest, de Prague, etc., ainsi que d'autres moyens utilisés pour la diffusion de l'arbitrage et l'étude de ses problèmes connus, par exemple, le cours d'éducation pour l'arbitrage commercial tenu en février 1969 à Bombay, organisé par le Conseil indien du commerce extérieur. Les stagiaires ont été parrainés par les associations commerciales des chambres de commerce, les conseils de la promotion de l'exportation, les ministères des marchandises, les industries d'exportation, les maisons d'exportation, les agences commerciales gouvernementales et les gouvernements centraux et d'Etat.

Des symposiums ou séminaires semblables, avec la coopération de divers organes d'arbitrage et de particuliers intéressés à l'arbitrage commercial international, se tinrent à Londres en 1966¹⁵⁶ et à Hambourg en mai 1968, ce dernier sous les auspices de l'Association des juristes allemands et du Comité allemand de l'arbitrage¹⁵⁷.

140. Enfin, il s'agit du mouvement pour « plus d'uniformité des lois nationales sur l'arbitrage », qui a été décrit dans le rapport, et de ses diverses étapes. Il est hors de doute qu'un plus haut degré d'uniformité en matière de lois d'arbitrage contribuerait au développement de cette institution juridique. Le fait d'amender dans un sens uniforme les règles concernant la procédure arbitrale contenues dans les divers codes de procédure civile aiderait grandement l'expansion de l'arbitrage commercial international. Le Rapporteur spécial pense ici principalement à la limitation des moyens de révision de la sentence arbitrale par les juges ordinaires et, en général, à la réduction des voies de recours extraordinaires contre la même sentence. On a présenté à l'esprit la référence que M. Fouchard donne à M. Bredin pour démontrer, d'après l'exemple français, la nécessité de rechercher une réforme législative coordonnant et limitant les voies de recours en matière d'arbitrage, à la fois sur le plan interne et sur le plan international, qui « suffirait à décourager dès le départ une résistance abusive à l'exécution ». On cite l'exemple de la Cour d'Orléans, qui n'admet pas moins de cinq voies de recours contre l'ordonnance d'exequatur ou la sentence elle-même, de sorte qu'on peut justement parler, dans ces conditions, d'une certaine « paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours »¹⁵⁸.

¹⁵⁶ « International Arbitration : A Symposium », dans *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15, p. 718 (1966).

¹⁵⁷ Sur les précédents Congrès de l'arbitrage à Paris en 1961, voir *Revue de l'arbitrage*, 1961, n° 2, et à Rotterdam, 1966, *ibid.*, 1966, n° 3 (numéro spécial).

¹⁵⁸ Voir Philippe Fouchard, *op. cit.*, p. 523 et 524.

2. La coopération entre les organismes d'arbitrage

141. La coopération entre les divers organismes d'arbitrage est un problème très important et également d'une grande actualité. Nous l'avons déjà évoqué plusieurs fois jusqu'ici. Vu le rôle des Nations Unies dans le développement de la coopération internationale multilatérale, rien de plus naturel, nous semble-t-il, qu'une telle préoccupation pour la coopération existe aussi dans le domaine de l'arbitrage. Il résulte de ce que nous venons d'exposer jusqu'ici que le besoin de coopération est ressenti déjà depuis quelque temps et que certaines réalisations, spécialement en ce qui concerne la coopération entre Etats pour l'adoption des conventions internationales, ont été enregistrées, les Nations Unies ayant joué un rôle de premier ordre en favorisant l'établissement de contacts entre les parties intéressées, l'organisation des travaux, etc.

Dans son étude consacrée aux mesures possibles pour développer l'efficacité de l'arbitrage commercial international, que nous avons déjà largement utilisée pour cette partie de notre rapport, Martin Domke exprimait à la fin l'espoir que l'encouragement donné par les résolutions respectives de la Conférence des Nations Unies, du 10 juin 1958, et du Conseil économique et social, du 17 avril 1959, aiderait considérablement au développement de l'arbitrage commercial international, non seulement par la coordination des efforts des gouvernements intéressés au règlement des litiges commerciaux internationaux, *mais aussi par la coopération de diverses institutions arbitrales*. Donc, coopération multilatérale et complexe, qui existe sur deux plans, à savoir entre Etats et entre centres arbitraux. Il faut donc organiser cette coopération complexe entre les différents Etats des différentes régions du monde. Mais les éléments de complexité deviennent de plus en plus nombreux.

142. Ainsi, comme le remarque le P^r Minoli dans son excellent rapport introductif au troisième Congrès international d'arbitrage, « les organismes d'arbitrage constituent les points de connexion naturels des forces sociales qui font pression pour que les réseaux de l'arbitrage commercial international soient renforcés, soient étendus aux zones du monde qui aujourd'hui encore restent découvertes, soient adaptés, partout, aux standards requis pour son plein fonctionnement ». On évoque déjà des accords entre divers centres d'arbitrage, conclus en vue d'une coopération à l'échelon international¹⁵⁹, mais les efforts d'une institution d'arbitrage, ou de quelques-unes, ne suffisent plus. On préconise la coopération concrète entre les divers organismes arbitraux du monde entier.

Vu que les relations économiques internationales actuelles deviennent de plus en plus complexes, que de l'échange pur et simple on est passé à des rapports qui impliquent la permanence dans le temps d'organismes productifs originaires d'un pays sur le territoire d'un

¹⁵⁹ Par exemple, les accords conclus par la Chambre de commerce internationale, l'Association américaine d'arbitrage, l'Interamerican Commercial Commission, l'Association japonaise d'arbitrage commercial, la Fédération indienne des chambres de commerce et d'industrie et la Fédération pakistanaise des chambres de commerce et d'industrie.

autre, des rapports bilatéraux on est souvent passé aux rapports multilatéraux et à ceux impliquant des organismes dits transnationaux lesquels sont dès l'origine reliés à plus d'un Etat, tenant compte également du fait que « la complexité des rapports économiques vis-à-vis de ceux qui existaient à l'époque immédiatement postérieure à la première guerre mondiale, où la Chambre de commerce internationale lança l'arbitrage commercial international, s'est accrue », ainsi que des besoins et des désirs des pays en voie de développement et d'autres considérations mentionnées dans le rapport du P^r Minoli, on préconise l'organisation des organismes arbitraux en un système de l' « arbitrage commercial international » (ACI) qui permettra d'utiliser toutes les organisations d'arbitrage comme centres promoteurs d'une étroite coopération destinée à constituer le véritable moteur de tout progrès, pour atteindre, dans le domaine de l'arbitrage commercial international, « des résultats uniformes, valables pour le monde entier, ou au moins pour de vastes régions ».

143. Miser sur les organisations d'arbitrage comme centres promoteurs du développement ultérieur de l'arbitrage commercial international semble donc la chose la plus raisonnable et la plus pratique. Mais, selon le P^r Minoli, l'organisation d'une coopération à l'échelle mondiale en matière d'arbitrage commercial international est encore difficile à réaliser, principalement à cause des relations entre pays dont le degré de développement est différent.

On peut penser que la plus grande difficulté rencontrée pour enserrer de semblables rapports d'affaires dans le cadre d'arbitrages commerciaux internationaux efficaces vient plutôt d'une connaissance insuffisante, et peut-être davantage d'une insuffisante participation à leur organisation comme à leur mise en œuvre, de la part de personnes qualifiées venant des pays moins développés. En conséquence, dans ces pays, on peut voir se répandre le sentiment que de tels arbitrages sont la « chose » des pays plus développés, et qu'ils en gèrent les organismes dans leurs intérêts propres, bref que de semblables arbitrages sont finalement un élément et un facteur de plus de leur prépondérance. Venir à bout de cette situation est la tâche principale qui incombe à quiconque désire faire de l' « ACI » un instrument d'usage vraiment universel ¹⁶⁰.

144. Remarquant qu'une caractéristique commune des problèmes d'arbitrage commercial international dans les rapports entre pays à structures économiques différentes, d'une part, et dans ceux des pays ayant des degrés différents de développement d'autre part, est la méfiance réciproque des entreprises privées ou gouvernementales appartenant à des pays différents par leur organisation économique ou leur degré de développement, M. L. Kopelmanas, toujours au troisième Congrès international d'arbitrage, fait également observer que les deux ordres de problèmes se différencient toutefois en ce qui concerne la mesure dans laquelle cette méfiance a pu être surmontée. Dans les rapports entre pays de l'est et de l'ouest de l'Europe, la difficulté de s'entendre sur le choix des

arbitres, ou sur la procédure de leur désignation — manifestation la plus évidente de la méfiance qui peut exister entre entreprises appartenant à des systèmes économiques différents —, ne se présente plus guère en fait à l'heure actuelle. Il n'en est pas de même dans les relations entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement. Or si la méfiance réciproque en matière de relations commerciales, en général, et en ce qui concerne l'organisation de l'arbitrage international en particulier, a pu être peu à peu réduite ou éliminée des rapports économiques entre les pays de l'est et de l'ouest de l'Europe, cela ne s'est produit que grâce à un effort constant, appuyé sur la bonne volonté de part et d'autre et impliquant des trésors d'ingéniosité. Il croit que l'expérience ainsi acquise pourrait, semble-t-il, servir de précédent à une entreprise analogue dans le domaine des relations d'arbitrage entre pays industrialisés et pays en voie de développement. Et comme dans le cadre de la solution des problèmes d'arbitrage commercial international entre les pays de l'est et de l'ouest de l'Europe, une tâche importante a été confiée aux organismes d'arbitrage des différents pays intéressés, il se peut que l'utilisation de la même méthode produise des résultats comparables dans les rapports entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement, ¹⁶¹.

145. Dans le même sens d'un effort en vue de l'organisation d'une coopération à l'échelon mondial en matière d'arbitrage commercial, il est intéressant de retenir aussi certaines constatations et réflexions faites par M. Donald Strauss, président de l'Association américaine d'arbitrage, dans son rapport au troisième Congrès international d'arbitrage. S'occupant du problème de la coopération entre les organisations d'arbitrage des deux Amériques, il a formulé certaines considérations intéressantes la coopération en général, entre les organismes arbitraux.

Ainsi, Donald Strauss a constaté que, jusqu'à présent, beaucoup des possibilités qui existaient pour la création des conditions nécessaires au développement de l'arbitrage commercial international avaient été négligées. Il évoque même l'existence d'un « fossé » entre la théorie et la pratique, les différences d'ordre technique quant aux règles et procédures des différentes organisations étant pour le juriste d'un intérêt plus grand que pour les hommes d'affaires qui ont recours à l'arbitrage. A son avis, les obstacles qui s'opposent à la coopération et à l'utilisation des moyens actuels ont été beaucoup exagérés par les juristes, ce qui explique en partie un certain retard apporté au progrès de cette procédure.

Il évoque le problème de l'aptitude des organismes actuels à satisfaire aux besoins sans cesse accrus des « sociétés multinationales », il fait état de l'existence de certaines manifestations contraires aux obligations de coopération entre les organisations arbitrales existantes, étant finalement d'avis que les organisations d'arbitrage, coordonnées mais décentralisées, seraient à même de contribuer tant à l'accroissement du pouvoir qu'à l'extension de la méthode arbitrale, tout en suggérant

¹⁶⁰ Eugenio Minoli, Rapport introductif, troisième Congrès international de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 143.

¹⁶¹ L. Kopelmanas, Coopération entre organismes d'arbitrage de pays ayant des systèmes économiques ou un degré de développement différents, troisième Congrès international de l'arbitrage, dans *Revue de l'arbitrage*.

qu'un réseau d'organisations arbitrales nationales et régionales à l'échelle mondiale pourrait mieux servir aux besoins de la solution des litiges qui adviennent dans l'activité des « sociétés multinationales ».

Donald Strauss plaide pour une organisation apte à simplifier les choses, afin qu'il n'y ait pas trop de temps perdu à l'examen de certaines complications techniques et la discussion de subtiles questions juridiques pour la plupart théoriques, vu qu'au fond l'arbitrage n'est qu'un concept simple qui doit être fondé sur un nombre restreint de principes fondamentaux et sur un système simplifié de règles arbitrales.

On a proposé l'institution d'un comité qui aurait à s'occuper de l'établissement d'un système de règles simplifié, susceptible d'être utilisé par tout organisme arbitral, comité qui devrait présenter à la troisième session de la CNUDCI son rapport sur la question.

L'Association américaine d'arbitrage (AAA) a offert de mettre ses ressources à la disposition des travaux d'un tel comité.

CHAPITRE II. — QUESTIONS GÉNÉRALES, CONSTATATIONS ET PROPOSITIONS FINALES

Précisions préalables

146. Dans son rapport préliminaire, présenté et discuté à la troisième session de la CNUDCI, en 1970, le Rapporteur spécial a énuméré, une série de problèmes importants, d'ordre théorique et pratique à la fois, qu'il se proposait d'examiner et sur lesquels il prendrait position pour d'éventuelles initiatives sous l'égide de la Commission; ces problèmes sont les suivants (A/CN.9/42, par. 74) :

- Que faut-il comprendre par arbitrage commercial international;
- L'autonomisation de l'arbitrage commercial international; l'ampleur et le sens de cette autonomisation;
- L'interprétation des conventions internationales multilatérales existantes dans le domaine de l'arbitrage commercial; la nécessité de leur universalisation;
- L'adoption d'un règlement uniforme; la nécessité d'adopter quelques principes arbitraux de base;
- L'unification des lois nationales concernant l'arbitrage; leur simplification;
- L'autorisation des personnes de droit public à conclure valablement des conventions d'arbitrage;
- Domaine de l'arbitrabilité;
- Unification et simplification des règles nationales concernant l'exécution des sentences arbitrales; limitation du contrôle judiciaire des sentences arbitrales; réduction des voies de recours en matière d'exequatur;
- L'arbitrage, facteur d'unification du droit et d'élimination des conflits de lois; l'autonomie de la volonté des parties;
- Amiables compositeurs et arbitres statuant selon les règles du droit;

— Publicité des sentences arbitrales, programmes éducatifs; conférences entre les divers organismes arbitraux, etc.;

— Arbitrage *ad hoc* et arbitrage institutionnel.

147. Les membres de la CNUDCI ont bien voulu faire des suggestions au Rapporteur spécial, les uns déclarant qu'il conviendrait de classer les problèmes en fonction de la possibilité de les résoudre plutôt que de leur importance, les autres recommandant qu'on s'occupe des problèmes en fonction de la possibilité d'être résolus dans un avenir suffisamment proche pour qu'il soit justifié de commencer à les aborder à l'heure actuelle.

Outre les douze problèmes signalés ci-dessus, mais toujours en liaison avec ceux-ci, les représentants des différents pays en ont évoqué d'autres qui sont reproduits dans le présent rapport (introduction, par. 9 à 12) et que le Rapporteur spécial estime utile de retenir ici en vue d'un examen. D'ailleurs la majorité des problèmes indiqués par les éminents représentants figuraient déjà parmi ceux retenus dans le rapport préliminaire. Le Rapporteur spécial, tenant compte des suggestions faites et des désirs exprimés, a procédé à un nouvel examen de l'ensemble des problèmes évoqués, en réévaluant leur teneur et leur importance et en procédant à un regroupement de ceux qui étaient étroitement liés. Les paragraphes suivants traitent de l'analyse de ces problèmes et des propositions finales.

2. *Que faut-il comprendre par arbitrage commercial international — arbitrages nationaux et internationaux; autonomisation de l'arbitrage commercial international*

148. Avant d'en venir à faire certaines propositions concernant l'organisation et le fonctionnement de l'arbitrage commercial international, il semblerait utile de se mettre d'accord sur la signification de la notion d'« arbitrage commercial international ». Bien que l'expression soit officiellement et internationalement consacrée et utilisée par la doctrine, il apparaît que des mises au point sont encore nécessaires.

M. Philippe Fouchard considère que l'expression est couramment utilisée, surtout de nos jours, « parce qu'elle est commode, et *apparemment* précise, mais, en réalité, elle recouvre un phénomène fort complexe, ou plutôt l'évolution d'un phénomène; celui de l'arbitrage dans les rapports économiques internationaux, évolution dont les aspects sont multiples, les résultats encore mal perceptibles »¹⁶².

Le Rapporteur spécial croit lui aussi que l'expression « arbitrage commercial international » doit être conservée, parce qu'elle est couramment utilisée, mais à condition que tout le monde lui donne le même sens. Quel pourrait être ce sens?

149. On sait qu'il y a un problème de l'existence et de la signification de l'arbitrage commercial international, D'aucuns contestent son existence. Par exemple. M. R. Martin affirme : « A vrai dire, il n'existe pas

¹⁶² Philippe Fouchard, *L'Arbitrage commercial international*, p. 4 et 5.

encore d'arbitrage international, car chaque arbitrage est rattaché à un système juridique national et soumis à certaines lois ou règles nationales¹⁶³. » Pour définir l'arbitrage commercial international, on a recouru à la définition de ce qu'on a considéré comme son contraire. On a opposé donc la notion d'arbitrage commercial international à l'arbitrage national. *Tout arbitrage qui ne serait pas national serait international*. On doit donc définir l'arbitrage national.

L'arbitrage national serait, à première vue, un arbitrage dont « tous les éléments (fond du litige, nationalité des parties et des arbitres, droit applicable, lieu du déroulement de l'arbitrage) ont un seul et même rattachement avec un Etat déterminé »¹⁶⁴. Comme, en matière de commerce international, au moins un de ces éléments se rattache par hypothèse à un pays étranger, *cela signifierait que dans ce domaine, l'arbitrage ne pourrait jamais être « national »*.

Dans le commerce international, on ne pourrait donc parler que d'arbitrage « étranger » ou « international ». Pour éviter la qualification purement négative d'arbitrage « étranger » qui résulterait en pratique de l'impossibilité qu'il y a d'attribuer une nationalité déterminée à un arbitrage dont tous les éléments ne se rattachent pas à un seul pays; pour éviter, dans les mêmes circonstances, des conflits de « nationalités » entre systèmes nationaux à propos d'un même arbitrage, il est proposé de renoncer à l'idée d'arbitrage « national » ou « étranger » et d'admettre qu'il s'agit d'un « *arbitrage international* ».

150. Il s'agirait d'une notion large, d'un concept purement économique ou plus exactement géographique : il suffirait qu'un *seul élément* matériel ou juridique *du litige* ou de l'*arbitrage* touche à un pays différent de celui auquel se rattache le reste de l'affaire pour qu'il y ait arbitrage international.

L'internationalité de l'arbitrage serait soutenue, d'une part, par toute l'évolution du droit international conventionnel en la matière, qui tend à assurer à l'arbitrage du commerce international un régime véritablement international — on se réfère ici principalement à la Convention européenne de Genève de 1961 — et d'autre part, par l'importance croissante reconnue par les systèmes nationaux et internationaux à l'autonomie de la volonté.

Pour donner à l'expression d'arbitrage commercial international « un contenu plus précis quoique apparemment plus révolutionnaire », on discute pour savoir si on ne peut pas aller plus loin et faire de l'arbitrage commercial international un « arbitrage détaché de tous les cadres étatiques, soumis à tous égards à des normes et à des autorités véritablement internationales, c'est-à-dire, bien que toutes ces expressions soient quelque peu barbares, supranationales, extranationales, ou mieux, anationales »¹⁶⁵.

151. L'idée d'un arbitrage commercial international « détaché de tout système juridique national » se justifierait par deux analyses théoriques. La première consiste, selon certains auteurs, à soumettre directement cet

arbitrage détaché des lois nationales au droit international; ce qui serait possible parce que la tendance actuelle est de considérer même des individus comme sujets de droit international et parce que la participation des personnes morales de droit public et des organisations internationales aux échanges économiques internationaux est de plus en plus grande et rend de moins en moins perceptible la frontière qui séparerait théoriquement les personnes privées relevant du droit international privé et « les personnes publiques relevant du droit international public ». La seconde analyse consiste à voir dans la communauté que forment les praticiens du commerce international un milieu « assez cohérent pour équivaloir à une société en formation »¹⁶⁶, dont l'arbitrage serait une pierre essentielle, capable de renforcer son autonomie, « mettant à la disposition de cette communauté extraétatique un substitut d'organisation juridictionnelle, dont l'efficacité ne dépend plus exclusivement du bon vouloir de deux parties en litige »¹⁶⁷.

152. Néanmoins, on ne pourrait pas retenir exclusivement cette notion « très précise » d'un arbitrage commercial international complètement « détaché par rapport aux lois et aux autorités étatiques », même si on pouvait démontrer qu'il serait « en fait et même dans une large mesure en droit positif, largement acquis » parce que des obstacles subsistent, obstacles qui seraient liés « au développement encore insuffisant de cette nouvelle société internationale des commerçants ». On prétend qu'il y a trois obstacles, à savoir : le fait que les structures de cet arbitrage — essentiellement, les centres permanents d'arbitrage, leur organisation et leurs méthodes — ne sont pas encore, en majorité, *détachées complètement des cadres nationaux*, l'existence de lacunes dans le contenu du droit commercial international (ce qui conduit à l'application des droits nationaux) et, enfin, l'intervention des autorités étatiques qui ne peuvent être complètement exclues soit au cours de l'arbitrage soit surtout au moment de l'exécution de la sentence.

153. Le Rapporteur spécial ne croit pas indispensable d'entrer ici dans une analyse approfondie de la manière de comprendre et de définir l'arbitrage commercial international, qui est exposée dans les paragraphes précédents. Il ne souhaite pas s'engager dans des controverses qui ont un caractère doctrinal dans la plupart des cas. Les besoins des constructions théoriques poussent à la généralisation et à l'absolutisation, conduisant à des solutions extrêmes qui donnent satisfaction à l'esprit, mais s'éloignent trop souvent des réalités de la pratique.

Nous tenons toutefois à manifester de sérieuses réserves quant à la validité des points de départ des thèses exposées, surtout si elles sont présentées comme universellement reconnues. Nous avons en vue en premier lieu les deux analyses théoriques évoquées au paragraphe 151 concernant la tendance à considérer les individus comme sujets du droit international et l'existence d'une communauté extraétatique en formation pour laquelle l'arbitrage constituerait un substitut d'organisation juridictionnelle. Ces thèses ne jouissent pas d'une accep-

¹⁶³ R. Martin, Préface, dans UIA, *op. cit.*, vol. I, p. 4.

¹⁶⁴ Philippe Fouchard, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁵ Cf. Philippe Fouchard, *op. cit.*, p. 18 à 23.

¹⁶⁶ Battifol, *Traité élémentaire de droit international privé*, n° 557.

¹⁶⁷ Philippe Fouchard, *op. cit.*, p. 25.

tation si large qu'elles puissent constituer des bases, des prémisses, pour des mesures que nous voulons valables et acceptables à une échelle mondiale.

Nous pensons, d'autre part, aux arguments avancés pour soutenir l'internationalité de l'arbitrage, et parmi ceux-ci à celui qui se réfère au régime « véritablement international » qui se serait institué par la Convention européenne de 1961 sur l'arbitrage commercial international. Le Rapporteur manifeste aussi de sérieuses réserves quant à cette qualification de régime « véritablement international ». Pour ce qui est de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, on sait qu'on peut refuser la notion de « sentence internationale ».

Enfin, en ce qui concerne les trois obstacles signalés plus haut, qui auraient empêché la notion « très précise » de l'arbitrage commercial international de se réaliser dans le cadre de la nouvelle société internationale des commerçants, nous pensons qu'ils ne pouvaient être valables qu'à la condition qu'on accepte comme exacte la prémisse majeure suivante : par arbitrage national, entendre un arbitrage dont *tous* les éléments (fond du litige, nationalité des parties et des arbitres, droit applicable, lieu de déroulement) ont un seul et même rattachement avec un Etat déterminé « et par arbitrage international, entendre un arbitrage « international » non seulement par sa substance et par sa forme mais aussi *détaché de tout cadre national* ». Or, à notre sens, ce sont là des positions extrêmes, formelles, qui nous conduisent à repousser comme non conforme à la réalité la conclusion qui en est tirée, selon laquelle *il n'est pas possible qu'il n'existe dans le commerce international que des arbitrages internationaux*. En réalité, ce qui est *toujours* international dans le commerce international, ce n'est pas l'arbitrage conçu dans son ensemble (organe plus litige) mais seulement *le litige*, qui fait l'objet de l'arbitrage et qui exprime des relations internationales. Il faut faire une distinction entre l'« arbitrage » comme structure, comme organe de juridiction, et la compétence de cet organe (compétence juridictionnelle). Il se peut fort bien que la juridiction soit interne, nationale, et que la compétence de cette juridiction (la compétence juridictionnelle) soit internationale. D'ailleurs, généralement, les juridictions internes, ordinaires, peuvent connaître aussi des litiges comportant des éléments d'extranéité, c'est-à-dire qu'elles ont une compétence internationale. Mais, le fait qu'un tribunal possède une compétence internationale ne le transforme pas en juridiction internationale. C'est valable aussi pour les juridictions arbitrales. Le fait que le litige est international, provenant du commerce international, ne suffit pas pour caractériser l'arbitrage dans son entier comme international. D'ailleurs, il y a des arbitrages nationaux, avec compétence interne et internationale à la fois (comme, par exemple, l'American Arbitration Association) et des arbitrages nationaux avec compétence exclusivement internationale (par exemple la Commission d'arbitrage près la Chambre de commerce de Roumanie). Pour qu'il s'agisse « d'arbitrage international » il faut que, en plus du caractère international du litige, la structure, la composition de l'organe arbitral soit, elle aussi, internationale (par exemple la Cour d'arbitrage de la CCI), ce qui ne veut pas dire qu'un

pareil arbitrage « international » serait nécessairement détaché de tout cadre national.

Il y a des auteurs qui hésitent à admettre qu'un arbitrage soit international non par sa nature, mais par sa procédure seulement¹⁶⁶, par exemple en raison de la nationalité étrangère de l'arbitre. Pour Pierre Lalive, par exemple, si deux Suisses en litige sur l'interprétation d'un contrat « interne » acceptent par compromis la sentence que rend un Français ou un Allemand domicilié en Suisse, on ne peut guère parler d'arbitrage « international ». Il est superflu, d'ailleurs, selon cet auteur, de rechercher une définition unique de l'arbitrage « international » privé, définition qui serait susceptible d'une utilisation générale, qu'il s'agisse de droit applicable, de compétence ou d'autres problèmes encore. C'est à l'occasion de chaque question particulière qu'il faudra se demander si ce que l'on pourrait appeler « l'internationalité » du litige atteint un degré suffisant pour justifier un régime spécial, différent de celui de l'arbitrage interne¹⁶⁹, opinion que le Rapporteur spécial partage entièrement.

154. Nous considérons donc, pour conclure sur ce point, que l'arbitrage du commerce international est assuré aujourd'hui par les arbitrages nationaux et internationaux à la fois. Nous sommes d'accord avec Berthold Goldman qui constate que le règlement des litiges substantiellement internationaux est encore confié à des organismes d'arbitrage « nationaux »¹⁷⁰. Telle est la réalité, et nous devons agir à la vue de cette réalité si nous voulons arriver à des propositions quant à l'organisation de l'arbitrage dans le monde.

La CNUDCI n'a donc pas à s'engager à soutenir ou à combattre la nécessité d'internationaliser l'arbitrage de litiges nés ou à naître d'opérations du commerce international, dans le sens de poursuivre la réalisation d'une autonomisation de l'arbitrage commercial par la voie de son internationalisation. A l'heure actuelle, la pratique indique l'utilisation de deux types d'arbitrage et leur rattachement aux différents systèmes juridiques nationaux.

Le problème est de savoir comment mettre le mieux possible ces deux types d'arbitrage au service des parties, qui sont seules à décider quant au choix, en fonction de leurs propres intérêts.

Arbitrage ad hoc et arbitrage institutionnel

155. En général, on parle dans le monde de deux sortes d'arbitrages : l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel (permanent). Ce dernier serait devenu caractéristique de l'arbitrage international moderne. Nous avons déjà montré que des auteurs constatent une véritable « prolifération » d'organismes d'arbitrage de tous genres et de toutes dénominations tels que cours d'arbitrage ou centres « d'associations », de « bureaux », etc.¹⁷¹. Bien des commentateurs pensent que l'avenir de

¹⁶⁶ C. N. Fragistas, « Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé », dans *Revue critique de droit privé*, 1960, p. 5.

¹⁶⁹ P. A. Lalive, Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial, *Recueil des cours*, Académie de droit international de La Haye, 1967, vol. II, p. 581.

¹⁷⁰ Voir Berthold Goldman, dans la préface du livre de Philippe Fouchard, *op. cit.*, p. VII.

¹⁷¹ Voir ci-dessus, par. 101.

l'arbitrage est dans son institutionnalisation et que nous assistons au déclin de l'arbitrage *ad hoc*, réduit au rôle de parent pauvre à côté de l'arbitrage institutionnel.

Nous avons déjà indiqué qu'il existe des types bien différents d'arbitrage institutionnel. Certaines institutions sont professionnelles, limitées à une activité particulière, les autres étant « générales », c'est-à-dire ouvertes à tous les commerçants, quel que soit leur domaine particulier. Certaines sont nationales (comme l'Institut néerlandais d'arbitrage, la Chambre arbitrale de Paris, le Tribunal arbitral de la Chambre de commerce de Manchester ou de la Chambre de commerce de Zürich). D'autres, enfin, sont « internationales » (sans avoir cependant de statut juridiquement international, à proprement parler, en raison de leur nature privée) dont l'exemple classique est la Chambre de commerce internationale¹⁷².

Le répertoire élaboré par la Commission économique pour l'Europe décrit et analyse 127 institutions arbitrales de tout genre¹⁷³.

156. On a coutume d'employer le terme d'arbitrage « institutionnel » en l'opposant à celui d'arbitrage *ad hoc*, mais ces désignations ne revêtent pas une signification juridique très précise et, à notre avis, la différence entre les deux catégories ne serait pas substantielle.

L'arbitrage institutionnel, en principe, représente un organisme permanent qui ne prend pas part lui-même au règlement du litige, mais qui joue un certain rôle sur le plan administratif, collaborant, au besoin, à la constitution du tribunal arbitral et au démarrage de l'arbitrage en désignant les arbitres, le surarbitre, le lieu de l'arbitrage, etc., dans le cas où une des parties voudrait paralyser la mise en marche de la procédure arbitrale. Donc, cet organisme ne se contente pas de mettre à la disposition des parties sa procédure réglementée, ses locaux, ses services administratifs, mais il se réserve lui-même une compétence dans l'application du règlement arbitral. Le critère de l'arbitrage « institutionnel » se trouverait « dans l'existence ou l'absence d'une volonté des parties de se soumettre par avance à un règlement d'un organisme qui en assure l'application »¹⁷⁴.

Dès lors, un arbitrage *ad hoc* serait non seulement celui qui est convenu dans chaque cas d'espèce par les parties, mais aussi celui où les parties se sont référées au règlement de telle ou telle institution ou association pour intervenir dans le déroulement des opérations¹⁷⁵.

Bien sûr, comme toujours dans la vie des affaires et du droit, des cas limites apparaissent. En la matière, il s'agit d'intermédiaires entre l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel. On donne comme exemple les arbitrages dans lesquels les parties sont convenues de soumettre leurs litiges aux « règles de Copenhague » (1950) de l'*International Law Association*, parce que ces règles prévoient, il est vrai, une intervention du président

du « conseil exécutif » de l'ILA pour la nomination de l'arbitre d'une partie défaillante, ainsi que pour le remplacement d'un arbitre démissionnaire sans motifs¹⁷⁶, mais l'ILA étant une association internationale privée et non pas un organisme d'arbitrage ne mérite pas le qualificatif d'institution¹⁷⁷.

157. S'il n'est pas nécessaire d'entrer dans les détails des controverses portant sur les définitions de ces types d'arbitrage et sans nous préoccuper non plus de l'essor de l'arbitrage institutionnel ou du déclin de l'arbitrage *ad hoc*, nous tenons toutefois à observer qu'il n'y a pas entre les deux de différence de substance. L'arbitrage permanent jouit des avantages pratiques de l'arbitrage organisé, ce qui fait qu'un plus grand nombre de litiges du commerce international sont aujourd'hui soumis à des organismes permanents d'arbitrage. Il est probable que pareils avantages ne sont pas déterminants dans les affaires importantes, où les parties disposent des moyens nécessaires pour organiser à leurs frais un arbitrage occasionnel en conservant un contrôle plus étendu du règlement du litige et, surtout, du choix des arbitres. Mais, au fond, le tribunal d'arbitrage (arbitre unique ou plusieurs arbitres) est toujours, à notre connaissance, « occasionnel » même lorsqu'il s'agit d'arbitrages permanents. Il en est ainsi en ce sens que ce qui est permanent dans les arbitrages institutionnels, ce n'est que « l'équipement technique », les services organisés mis à la disposition des parties. La constitution du tribunal d'arbitrage se fait toujours pour chaque cas d'espèce.

Les difficultés de fond que soulève la solution des litiges (application de la loi pertinente, administration des preuves, témoins, experts, etc.) sont presque les mêmes pour les différents arbitrages tant permanents que *ad hoc*. Les avantages de l'arbitrage permanent sont à vrai dire ceux d'une organisation systématique qui permet, une fois le litige survenu, d'écarter d'une manière plus simple et efficace les manœuvres dilatoires. Et puis il ne faut pas oublier les conditions matérielles dans lesquelles se développe aujourd'hui le commerce international. Les relations se nouent à distance et les parties, en général, ne se connaissent pas avant la conclusion du contrat; l'élément personnel diminue en importance. Voilà pourquoi la confiance des parties (et en matière d'arbitrage cet élément est décisif) se déplace de la personne des arbitres à l'institution ou à l'organisme d'arbitrage lui-même par l'intermédiaire duquel les arbitres sont choisis.

Par contre, il semblerait que des raisons objectives sérieuses existent qui montrent les limites des possibilités de développement de l'arbitrage institutionnel. En fait, des contacts privés dans les milieux juridiques ou dans les milieux d'affaires montreraient bien que des litiges assez nombreux échappent au domaine des organismes d'arbitrage¹⁷⁸. Malheureusement, nous ne pouvons pas être mieux informés au sujet des arbitrages occasionnels, mais ce qui est sûr, c'est que les deux types d'arbitrage continueront à coexister : pour la CNUDCI, tout en donnant priorité aux problèmes de l'arbitrage permanent,

¹⁷² Cf. P. A. Lalive, *op. cit.*, p. 666.

¹⁷³ Selon la version définitive du Répertoire des institutions nationales et internationales exerçant une activité dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, document TRADE/WP.1/15/Rev.1 (voir note 153 ci-dessus).

¹⁷⁴ P. J. Van Ommeren, Rapport au Congrès international de l'arbitrage, Paris, 1961, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 2 (1961), p. 101.

¹⁷⁵ Voir P. A. Lalive, *op. cit.*, p. 665.

¹⁷⁶ Voir ci-dessus, par. 28 et 29.

¹⁷⁷ Voir P. A. Lalive, *op. cit.*, p. 670.

¹⁷⁸ Voir P. A. Lalive, *op. cit.*, p. 670.

il faudra donc tenir compte aussi de la pratique de l'arbitrage *ad hoc*. D'ailleurs, ainsi qu'on verra plus bas, les deux conventions internationales importantes sur l'arbitrage commercial international [celle de 1958 (de New York) et celle de 1961 (de Genève)] consacrent expressément les deux catégories d'arbitrage.

158. Relativement aux arbitrages institutionnels, permanents, nous croyons qu'il faut rappeler ici un problème qui — s'il ne devrait pas se poser, de l'avis du Rapporteur — continue néanmoins à alimenter une certaine littérature spécialisée dans les pays de l'Europe occidentale et qui concerne les centres permanents d'arbitrage existant auprès des chambres de commerce dans les pays d'Europe de l'Est. Nous avons eu l'occasion d'évoquer ce problème dans la première partie du rapport¹⁷⁹, quand nous avons montré que l'entrée en vigueur de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères devait valoir reconnaissance sur le plan international de la nature arbitrale de tous les centres permanents d'arbitrage de toutes les régions du monde. L'article premier, paragraphe 2 de cette Convention précise que sont considérées comme « sentences arbitrales » non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises ».

En 1961, la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international précise elle aussi, à l'article 1, alinéa 2, b, ce qu'on entend par arbitrage, c'est-à-dire « le règlement de litiges non seulement par des arbitres nommés pour des cas déterminés (arbitrage *ad hoc*), mais également par des institutions d'arbitrage permanentes.

Malgré le fait que l'adoption des textes ci-dessus aurait dû signifier — à notre avis — la clarification de ce problème, les controverses ont continué dans le monde des juristes. On entend encore des voix — il est vrai, de plus en plus isolées — pour lesquelles les arbitrages permanents des pays d'Europe de l'Est se trouveraient à la limite du domaine de l'arbitrage ou même ne pourraient être considérés comme arbitrages vu leur structure préconstituée, un défaut d'indépendance, la violation du principe fondamental de l'égalité des parties, le défaut de garantie d'impartialité parce que ces organismes sont composés selon le système des listes closes et contenant seulement des nationaux, que les arbitres sont des fonctionnaires (professeurs, responsables du commerce extérieur, etc.).

En 1965, devant la Cour d'appel de Milan, à l'occasion de l'exequatur demandé par l'entreprise roumaine METALIMPORT contre S.P.A. INTERFERRO de Milan, de pareilles questions ont été soulevées par l'entreprise italienne qui s'opposait à l'exequatur. On trouvera ci-dessous les constatations et les appréciations de la Cour de Milan quant à la nature de la Commission d'arbitrage de Bucarest :

« Il est évident par conséquent que le collège arbitral n'est pas un organe juridictionnel préconstitué, même si ses membres sont choisis par les parties sur une liste close.

« Le caractère de collège arbitral ne saurait en réalité être nié du simple fait que les parties ont l'obligation de désigner les deux arbitres parmi ceux qui figurent sur la liste; en effet, ce caractère n'est pas exclu dans la mesure où le fait de figurer sur cette liste comporte une condition subjective exigée par la loi, tout comme notre propre législation pose certaines conditions pour qu'une personne puisse être désignée comme arbitre (la citoyenneté italienne, la capacité civile, ne pas être failli, etc. : art. 812 du Code de procédure civile).

« La limitation du choix à une catégorie déterminée de personnes n'exclut donc pas que, à l'intérieur de ces limites, la liberté de choix des parties soit déterminante pour la constitution du juge...¹⁸⁰. »

Il nous semble utile, parce que cela nous dispense d'insister nous-mêmes sur le problème, d'exposer aussi les considérations invoquées par Italo Telchini à propos de la sentence prononcée par la Cour d'appel de Milan :

« Sans répéter les autres observations cependant pertinentes qui figurent dans l'arrêt au sujet de la question considérée, nous dirons qu'il nous semble qu'en l'espèce la solution du problème pouvait être trouvée en fonction de la possibilité qu'avaient ou non les parties en cause d'éviter d'avoir recours à la Commission d'arbitrage instituée auprès de la Chambre de commerce roumaine. Or, il est certain qu'il n'existait dans la législation du pays considéré, et moins encore dans la nôtre, aucune disposition expresse pour obliger les parties à soumettre à ladite Commission les différends pouvant surgir au cours de l'exécution du contrat passé entre elles. Comme il ressort, en fait, d'une publication récente¹⁸¹, l'insertion de clauses compromissoires en faveur de l'arbitrage roumain est simplement « recommandée » aux entreprises qui s'occupent du commerce extérieur en Roumanie, de sorte qu'il faut en déduire que, lorsque la clause considérée n'est pas acceptée par l'une et l'autre parties et n'est pas insérée dans le contrat, les différends éventuels peuvent être réglés autrement.

« En résumé, le recours à la Commission d'arbitrage pour les différends du type considéré n'avait pas un caractère impératif. Cela étant, la question de la plus ou moins grande liberté dont les parties disposaient dans le choix des arbitres présentait en l'espèce une moindre importance : il faut admettre d'ailleurs qu'en l'occurrence une certaine marge de liberté subsistait néanmoins, même si celle-ci se limitait au choix effectué sur une liste, laquelle était sans aucun doute quelque peu restreinte étant donné qu'elle ne comprenait que 15 personnes. D'autre part, le fait que les personnes figurant sur cette liste sont nommées par les autorités supérieures et que les arbitres sont tenus d'appliquer des règles de procédure prédéterminées et présentant un caractère de stabilité n'est en rien exceptionnel¹⁸². »

¹⁸⁰ Cour d'appel de Milan, arrêt du 23 avril 1965, dans *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 3 (1965), p. 580 et 581.

¹⁸¹ Voir UIA, *op. cit.*, vol. II, p. 174.

¹⁸² Italo Telchini, « In tema di efficacia in Italia di una sentenza arbitrale straniera » dans *Rivista di diritto internazionale privato e*

159. Philippe Fouchard fait lui aussi une analyse profonde de tous les aspects du problème¹⁸³. Il a pu constater que plusieurs institutions occidentales dressent des listes d'arbitres qui ne contiennent que des nationaux et que certaines législations occidentales interdisent aux étrangers d'être arbitres (Grèce, Italie, Portugal). Il faut bien constater que la conception « nationale » de l'arbitrage en matière de commerce international n'est pas propre aux institutions socialistes et que cette pratique tend à s'assouplir.

D'autre part, force est bien de faire le choix des arbitres parmi des personnes qualifiées, donc ayant certaines responsabilités dans la vie juridique ou économique des pays respectifs. Il en va ainsi dans les pays occidentaux, où les arbitres seront le plus souvent des hommes d'affaires. Là encore, donc, la situation n'est pas fondamentalement différente de celle que l'on rencontre dans les institutions arbitrales occidentales, et particulièrement celles qui sont constituées dans le cadre d'un groupement corporatif précis ou d'une chambre de commerce locale.

Le Rapporteur spécial pense pouvoir conclure à ce sujet qu'il n'y a pas de différence substantielle entre les centres permanents arbitraux existant dans les diverses régions du monde, qu'ils sont tous aptes à être utilisés au service du commerce international et qu'ils existeront seulement dans la mesure où ils pourront gagner et conserver la confiance des parties intéressées, vu le caractère volontaire de leur compétence. Donc, une coopération au niveau mondial entre les divers centres d'arbitrage, de ce point de vue, pourrait s'organiser sans trop de difficultés.

4. L'amiable compositeur et l'arbitrage selon les règles du droit

160. Dans son introduction au premier volume de l'UIA sur l'« Arbitrage international commercial », le rapporteur général Pieter Sanders affirme qu'il y aurait beaucoup à gagner si pouvaient disparaître « les malentendus qui se sont établis sur le vrai caractère de l'amiable compositeur. Il en résulterait la suppression de l'un des plus grands obstacles à tout effort vers une collaboration internationale dans le domaine de l'arbitrage¹⁸⁴. »

Nous pensons aussi que le problème est d'une grande importance et qu'une certaine clarification en la matière pourrait être utile, d'autant plus que des propositions d'unification tendant à abolir l'arbitrage selon les règles du droit ont été faites¹⁸⁵ et que des auteurs constatent que les règlements de plusieurs centres d'arbitrage recourent à des critères comme l'équité ou la justice naturelle¹⁸⁶ et que dans les intentions de certains centres d'arbitrage « on envisage même le décrochage total de

l'arbitrage de toute règle préétablie (arbitrage en équité, en amiable composition, *ex aequo et bono*) comme solution générale ou comme solution applicable à la requête des parties »¹⁸⁷.

161. A la Conférence de 1946 de la CCI à Paris, le problème crucial en discussion était celui de l'arbitre amiable compositeur, ou arbitre *de facto* qui, à l'encontre de l'arbitre *de jure*, pouvait se caractériser par les faits suivants : a) il n'est pas obligé aux normes procédurales exigées par la loi ; b) il n'est pas tenu d'appliquer les normes du droit matériel, mais décide selon l'équité ; c) le prononcé est définitif.

Dans son article publié en 1947 dans l'*Arbitration Journal*, Robert Marx évoquait l'opposition anglo-saxonne à l'égard de l'amiable compositeur, qui d'ailleurs s'était manifestée clairement, même à partir de 1937, par son attitude envers le projet préliminaire élaboré par l'UNIDROIT d'une loi uniforme sur l'arbitrage. En effet, au Congrès de 1937 de la CCI, les délégations britannique, américaine et australienne ont rejeté expressément le projet de l'UNIDROIT, justement parce qu'il introduisait l'arbitre amiable compositeur.

En commentant ce qui précède, M. Marx affirme :

« A mon avis, le véritable danger que le problème de l'amiable compositeur semble en l'occurrence présenter pour l'unification du droit de l'arbitrage commercial international provient d'une interprétation erronée de la notion d'amiable composition.

« L'amiable compositeur ne diffère pas en fait de l'arbitre tel que le conçoivent les législations qui ignorent l'antagonisme entre l'arbitre *de jure* et l'amiable compositeur. La coexistence de deux ou trois types d'arbitres, l'arbitre *de jure*, l'amiable compositeur et l'arbitre — qui prennent en considération les règles du droit mais dont la sentence, qui est définitive, ne peut être écartée pour erreur de droit — ne repose pas sur une base scientifique et ne répond pas aux intérêts et aux intentions des parties.

« Il ne devrait y avoir qu'un seul type d'arbitre comme il n'y a qu'un seul type de juge public¹⁸⁸. »

Cet auteur, évoquant l'évolution des choses, constatait en 1947 que, en raison du fait que l'arbitrage de l'« amiable compositeur » offrait une procédure plus expéditive, plus simple, ainsi qu'une solution du litige par prononcé définitif, cet arbitrage s'était développé comme devant faire pièce à l'arbitrage *de jure*. Toutefois, si dans la logique des choses il revenait à l'arbitrage de l'« amiable compositeur » de remplacer l'arbitrage *de jure*, cela n'a pas eu lieu, et les deux sortes d'arbitrage ont continué à se développer, en parallèle, dans de nombreux pays.

M. Robert Marx posait la question suivante : l'amiable compositeur est-il réellement capable de refuser délibérément d'appliquer les règles du droit ? « Certainement pas. L'amiable compositeur comme tout autre arbitre

¹⁸³ Philippe Fouchard, *op. cit.*, p. 195 et suiv.

¹⁸⁴ Pieter Sanders, « Introduction », dans UIA, *op. cit.*, vol. I, p. 22.

¹⁸⁵ Voir, par exemple, Robert Marx, « Amiable compositeur, contribution to the problem of uniform international commercial arbitration », dans *Arbitration Journal*, 1947, vol. 2, p. 211 à 217.

¹⁸⁶ Voir Peter Benjamin, « Etude comparée de l'arbitrage commercial international comme institution en Europe et aux Etats-Unis d'Amérique », dans UIA, *op. cit.*, vol. II, p. 386.

¹⁸⁷ O. Riese et Eugenio Minoli, « L'arbitrage, facteur d'unification du droit et d'élimination des conflits de lois », dans *Revue de l'arbitrage*, Paris, 1966, n° 3 (numéro spécial), p. 70.

¹⁸⁸ Robert Marx, « Amiable compositeur, contribution to the problem of uniform international commercial arbitration », dans *Arbitration Journal*, vol. 2, 1947, p. 212.

doit respecter les règles fondamentales qui régissent la procédure judiciaire et le fond du droit. Par exemple, il n'a pas le droit de fonder son opinion sur des renseignements secrets ou sur l'audition de témoins en l'absence de l'autre partie ou de son représentant. Il ne peut faire prêter serment aux témoins ou aux experts lorsque la législation du pays où l'arbitrage a lieu réserve ce droit au juge public¹⁸⁹. »

Et un peu plus loin, la conclusion : le fait que l'arbitrage compositeur n'est pas obligé d'appliquer les règles du droit a été exagéré, dans la même mesure, par des amis ou ennemis « trop ardents ». L'arbitrage compositeur ne saurait dépasser les limites de l'ordre public, de quelques règles impératives, et il doit remplir ses fonctions juridictionnelles comme tout autre arbitre.

Même en ce qui concerne le caractère définitif de la sentence prononcée par l'arbitre « amiable compositeur », il paraît qu'il n'y aurait pas de différence essentielle par rapport à l'arbitrage *de jure*. Certains pays considèrent le caractère définitif de la sentence comme caractéristique de tout arbitrage. La Suède ou la Finlande, par exemple, refusent d'appliquer la législation sur l'arbitrage dans les cas où les parties désirent se réserver le droit d'appel contre les sentences prononcées par des arbitres. Une pareille réserve est inadmissible sans distinguer entre arbitres *de jure* et amiables compositeurs.

La conclusion finale de M. Marx, en 1947, était que l'existence parallèle de l'arbitrage *de jure* et de l'arbitrage compositeur est superflue, occasionnant seulement des disputes doctrinales et des complications.

« L'existence d'un seul type d'arbitre est conforme aux intérêts et aux intentions des parties et, sur le plan théorique, elle clarifie une situation qui n'était pas favorable à l'unification du droit commercial international¹⁹⁰. »

162. Dans ces conditions, il devient nécessaire de faire une investigation pour voir quelle est actuellement la situation dans les différents pays en ce qui concerne la procédure arbitrale et la loi applicable et pour établir si les malentendus existant à propos de la véritable nature de l'arbitrage compositeur et de l'exactitude de la classification des arbitrages, soit en arbitrages « selon les règles du droit », soit en arbitrages « amiables compositeurs », persistent encore aujourd'hui. C'est en fonction de cette investigation que nous pourrions fixer notre point de vue sur les possibilités existantes en matière d'unification et d'harmonisation dans ce domaine.

Il y a toujours des pays qui connaissent l'existence d'« amiables compositeurs » et aussi d'arbitres statuant « selon les règles du droit » ; il y en a d'autres qui ne connaissent qu'un seul mode d'arbitrage, plus proche ou bien de l'arbitrage compositeur ou bien de l'arbitrage « selon les règles du droit ». Les trois volumes publiés par l'Union internationale des avocats en 1956, 1960 et 1965, sous la rédaction du Pr Sanders, nous offrent de précieux renseignements et la possibilité de faire un tour d'horizon dans le monde.

163. Dans une première catégorie, celle des pays qui connaissent les deux sortes d'arbitrage, on peut énumérer

la majorité des pays d'Europe. Ces pays sont assez nombreux aussi sur les autres continents. Voici la situation dans quelques pays des différentes régions du monde :

Pour la France, Jean Robert précise que, si les arbitres doivent décider selon les règles du droit, ils doivent les respecter toutes, même les règles supplétives, ainsi que le ferait un tribunal judiciaire, avec lequel ils ne présentent aucune différence quant à l'administration du droit.

Les parties peuvent donner aux arbitres la qualité d'amiables compositeurs, mais celle-ci *ne constitue pour eux qu'une faculté* à laquelle ils ne sont pas tenus de recourir s'il leur paraît que la règle de droit répond à l'équité. Au moyen de l'arbitrage compositeur, les arbitres peuvent donc, s'il leur paraît que l'équité le commande, écarter les règles de droit *supplétives et impératives*. Ils ne sont tenus de respecter que les dispositions d'*ordre public*¹⁹¹.

En Espagne, depuis la loi du 22 décembre 1953, selon Juan de Leyva y Andía¹⁹², il existe seulement une forme d'arbitrage, contrairement à la dualité précédente dans laquelle on distinguait l'arbitrage de droit et l'arbitrage compositeur. Actuellement, il n'en existe qu'un seul type, mais avec deux modalités, les arbitres devant résoudre le litige conformément au droit (*con arreglo a derecho*) dans l'une, ou conformément « à leur savoir et entendement » (*con sujeción a su saber y entender*) dans l'autre. Dans le premier cas (arbitrage de droit), les arbitres doivent être des avocats en exercice, condition qui n'est pas exigée dans le second (*arbitrage d'équité*).

Il semble donc qu'il n'y a plus en Espagne d'« amiable compositeur », mais il existerait une modalité d'arbitrage en équité où la procédure n'aurait pas à se soumettre à des formes légales et dont la décision arbitrale est soumise seulement au recours en nullité devant la première chambre de la Cour suprême pour les motifs indiqués dans le Code de procédure civile (art. 1774-1780)¹⁹³.

En Italie, bien que la loi italienne prévoie l'alternative du jugement selon le droit et du jugement en équité, on ne doit pas exclure l'admissibilité d'un jugement dans lequel règles de droit et règles d'équité seraient observées conjointement. Toutes les sentences arbitrales doivent être motivées, qu'elles soient prononcées selon le droit ou en équité, mais contre ces dernières le recours en nullité n'est pas recevable. L'Italie connaît aussi l'« arbitrage libre », mais la décision résultant d'un tel arbitrage, qui n'a qu'une valeur contractuelle équivalant à celle d'une transaction conclue par les parties elles-mêmes, n'a pas à être déposée au greffe de la « pretura ». Les personnes désignées par les parties acquièrent par là des pouvoirs « d'arbitrateur » plutôt que d'arbitre au sens strict du mot. Leur décision ne constitue pas un

¹⁹¹ Jean Robert, dans UIA, *op. cit.*, vol. I, p. 254. L'auteur mentionne aussi la possibilité de l'arbitrage libre, selon lequel les arbitres sont des mandataires chargés de fixer la convention des parties (p. 268). Il n'existe en France aucune jurisprudence touchant l'arbitrage libre.

¹⁹² UIA, *op. cit.*, vol. I, p. 168. L'auteur mentionne l'existence aussi de l'arbitrage libre (*informal*) qui serait utilisé dans des affaires de peu d'importance (par exemple, dans les cas soumis au « jury d'irrigation » des « communautés d'arrosage »).

¹⁹³ Ce qui nous amène à classer toujours l'Espagne parmi les pays qui connaissent deux formes d'arbitrage.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 214.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 217.

titre qui puisse jamais devenir exécutoire en soi. En cas de refus d'exécution, on doit recourir au juge ordinaire, qui, sans faire un nouvel examen du fond, condamnera à l'accomplissement de l'obligation reconnue par les arbitrateurs ¹⁹⁴.

En Norvège, en l'absence de toute convention contraire, les arbitres doivent rendre la justice conformément aux règles de droit applicables et ne pas juger *ex aequo et bono*. Donc l'arbitrage en amiable compositeur est permis à côté de l'arbitrage selon les règles de droit. Sven Arntzen nous informe qu'à l'occasion une convention arbitrale peut contenir la stipulation que le tribunal arbitral rendra la justice selon « la loi et l'équité » (*ex aequo et bono*) ce qui suppose donc que le tribunal arbitral sera moins tenu par la lettre de la loi que ne le sont les tribunaux judiciaires ¹⁹⁵.

Aux Pays-Bas, les parties donnent normalement aux arbitres la faculté de juger en « amiables compositeurs ». Mais tout comme les arbitres qui jugent selon les règles de droit, les arbitres « amiables compositeurs » sont obligés de motiver leur sentence et de suivre scrupuleusement les règles du droit impératif. Ce n'est que sur le terrain du droit supplétif que leur liberté est plus grande que celle des arbitres tenus de juger selon les règles du droit ¹⁹⁶.

164. En Amérique latine, l'Argentine connaît les deux catégories d'arbitrage. Dans le code de procédure figurent deux chapitres distincts, à savoir : « Procédure des arbitres » et « Procédure des amiables compositeurs ». Les premiers, appelés aussi « arbitres *juris* », appliquent la même procédure que celle appliquée dans la procédure ordinaire devant les tribunaux. Les arbitres amiables compositeurs ne sont pas assujettis aux règles touchant la procédure. Ils décident selon leur savoir et conscience ¹⁹⁷. Au Brésil, la procédure d'arbitrage est fixée par les parties d'un commun accord. Ce n'est que dans le cas où les parties n'ont rien mentionné au sujet de la procédure que les règles légales s'appliquent ¹⁹⁸. Au Mexique, la règle générale est que les arbitres doivent résoudre les questions qui leurs sont soumises conformément aux règles de droit, mais ils peuvent agir comme amiables compositeurs si la faculté leur en a été expressément donnée dans le compromis ¹⁹⁹. Au Pérou, il y a aussi les deux catégories d'arbitres, dont ceux d'amiable composition sont dispensés de suivre les règles de la procédure ordinaire et jugent selon leur savoir et conscience en tenant compte des usances commerciales, de l'équité et de la bonne foi ²⁰⁰. En Uruguay, la situation est un peu différente. Les arbitres doivent appliquer les dispositions du Code de commerce en indiquant dans la sentence arbitrale les articles appliqués. Ils jugent donc selon les règles de droit. Pour la procédure ils ne sont pas tenus aux règles de droit, à moins que les parties

n'en soient convenues dans le compromis. Si les parties ne l'ont pas établi dans le compromis, les arbitres agissent sans s'en tenir aux procédures judiciaires. Généralement, les arbitres établissent une procédure simplifiée qui assure aux parties des garanties égales et des facultés égales de défense ²⁰¹.

165. Dans d'autres régions du monde, on rencontre aussi des pays où l'on connaît les deux catégories d'arbitrage avec des nuances qui les séparent et qui sont, en somme, les mêmes que celles que nous avons déjà rencontrées jusqu'ici. Il y a des pays qui sont difficiles à classer dans une catégorie ou dans une autre. Par exemple, en Inde, les arbitres doivent, comme en Uruguay, décider selon les règles de droit à l'exception des règles de nature nettement procédurale, mais même en matière de procédure, bien que les règles strictes de la loi sur les preuves ne soient pas directement applicables aux procédures arbitrales, les règles du « droit naturel » doivent être observées. Par exemple, les arbitres ne peuvent procéder à l'audition de témoins en l'absence d'une partie, à moins que celle-ci ait été avertie ²⁰².

En Iran, pour ce qui est de la procédure, la loi décharge expressément les arbitres de l'obligation d'observer les règles de procédure civile. Les arbitres doivent à cet égard se conformer aux désirs des parties tels qu'elles les ont exprimés dans la convention arbitrale ou autrement. Lorsqu'il n'y a pas d'indication quant aux règles de procédure, celles-ci sont à déterminer par les arbitres. Lorsque les parties se sont entendues pour donner aux arbitres la qualité d'amiables compositeurs, les arbitres peuvent fonder leur sentence sur des considérations générales de raison et d'équité. Cependant, un arbitre ne peut pas rendre valablement une sentence contraire aux dispositions impératives de la loi ²⁰³.

166. Parmi les pays qui connaissent les deux catégories d'arbitrage nous croyons pouvoir mentionner aussi les pays est-européens, même si l'amiable composition comme telle n'est pas mentionnée *expressis verbis* dans les différentes lois. En général, les procédures suivies pour les arbitrages *ad hoc* sont plus proches de ce qu'on appelle arbitrage « en équité » ou « amiable composition », tandis que les arbitrages permanents qui fonctionnent auprès des chambres de commerce de ces pays pratiquent un arbitrage selon les règles de droit, bien que leurs sentences soient définitives.

Ainsi, en Pologne, le Code de procédure civile prévoit en général que la procédure suivie devant un tribunal arbitral est laissée à la discrétion des parties. Si, cependant, les parties n'usent pas de ce droit, les arbitres ont alors le droit et le devoir de régler cette procédure (en respectant les règles ayant un caractère impératif). La loi polonaise

¹⁹⁴ Mario Braschi, Bernardo Ansbacher, Enzo Caratti, Giorgio Jarach, Raffaele Nobili, dans *UIA, op. cit.*, vol. I, p. 338, 340, 344, 356.

¹⁹⁵ *Ibid.*, vol. I, p. 360.

¹⁹⁶ Pieter Sanders, *ibid.*, p. 396 et 406.

¹⁹⁷ Mauricio A. Ottolenghi, *ibid.*, vol. II, p. 2.

¹⁹⁸ Celso A. Frazao Guimaraes, *ibid.*, vol. II, p. 22.

¹⁹⁹ Raul Cervantes Ahumada, *ibid.*, vol. II, p. 44.

²⁰⁰ Ulises Montoya Manfredi, *ibid.*, vol. II, p. 66.

²⁰¹ Quintin Alfonsin, *ibid.*, vol. II, p. 88.

²⁰² Tanabhai D. Desai, *ibid.*, vol. III, p. 38. La même réglementation existe aussi au Pakistan. Voir J. P. A. Burton, *ibid.*, vol. III, p. 112.

²⁰³ Fuad Rouhani, *ibid.*, vol. III, p. 60. Il faut aussi mentionner l'existence en Iran de règles pour l'arbitrage concernant le droit en vigueur en matière de pétrole entre le Gouvernement iranien (y compris la Compagnie pétrolière nationale de l'Iran) et le Consortium des compagnies pétrolières pour ce qui est des litiges surgissant à l'occasion du fonctionnement de la Convention pétrolière. Pour les détails, voir Fuad Rouhani, *ibid.*, p. 64 à 66.

la Convention de New York de 1958, 33 Etats contractants avec 13 signatures non ratifiées pour le Protocole de Genève²³¹. La Convention européenne de 1961, donnée comme exemple de convention régionale, est ouverte à la signature ou à l'adhésion des pays membres de la CEE et des pays admis à la Commission avec voix consultative ou participant à certaines de ses activités. La participation à cette convention est de 14 parties contractantes, avec 6 signatures non ratifiées. On sait que cette convention, qui par ses termes pourrait s'appliquer dans sa totalité aussi bien aux arbitrages concernant entièrement l'Est qu'à ceux entièrement relatifs à l'Ouest, ne s'applique pratiquement que dans les litiges nés du commerce Est-Ouest, vu que, d'un côté, les litiges entre les organisations de commerce extérieur appartenant aux pays membres du CAEM sont régis par les dispositions pertinentes des Conditions générales de livraison du CAEM de 1968 et que, de l'autre côté, les membres du Conseil de l'Europe et, sur invitation, les autres Etats où existe un comité national de la CCI, ont conclu l'Arrangement d'application de 1962 qui exclut en ce qui concerne ces parties les dispositions de la Convention européenne de 1961 se référant à l'organisation de l'arbitrage, en particulier de celle traitant de la solution des difficultés quant à la constitution et au fonctionnement des tribunaux arbitraux (art. IV, par. 2 à 7).

En ce qui concerne certaines relations existant entre quelques-unes des conventions internationales que nous avons vues, rappelons ici celle entre la Convention de Genève de 1927, qui n'est ouverte qu'aux signataires du Protocole de Genève de 1923, et la Convention de New York de 1958. A mesure que les Etats parties à la Convention de Genève de 1927 deviennent également parties à la Convention de New York de 1958, la Convention de 1927 cesse de s'appliquer entre ces parties, ce qui élimine à leur égard un conflit entre les deux Conventions.

En tout cas, le Rapporteur spécial constate que, pratiquement, il n'y a pas eu jusqu'ici de complications dans l'application des deux Conventions susmentionnées et que, par conséquent, il ne saurait être question de soulever le problème des amendements. D'ailleurs, le Protocole de Genève de 1923 a perdu de son importance, vu que sa substance a diffusé dans la plupart des législations nationales ou a été absorbée par les conventions passées après la seconde guerre mondiale. Le destin de la Convention de 1927 est, comme on l'a vu, étroitement lié à la Convention de New York de 1958, qui tend progressivement à la remplacer. Cette substitution est un fait positif car, ainsi qu'il résulte de l'exposé du contenu²³², la Convention de New York est supérieure à celle de Genève de 1927, allégeant de beaucoup les conditions d'exécution des sentences arbitrales étrangères, ce qui explique, d'ailleurs, la tendance favorable à la ratification manifestée ces dernières années.

²³¹ Ces chiffres sont sujets à un certain nombre de réserves et d'incertitudes à cause des changements intervenus dans la situation de quelques parties contractantes ou des accords postérieurs remplaçant les précédents.

²³² Voir ci-dessus, par. 44 à 51.

Le Rapporteur spécial considère que la CNUDCI devrait prendre note avec satisfaction de la tendance favorable à la ratification de la Convention de New York de 1958, concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et recommander aux autres Etats de procéder à ladite ratification dans les plus courts délais possibles.

De même, vu le rôle que peut jouer la Convention européenne de 1961 sur l'arbitrage commercial international dans les relations des pays à structures économiques différentes, la CNUDCI pourrait faire une recommandation dans le sens de la ratification de cette convention par les pays qui ne l'ont pas encore fait.

Le Rapporteur spécial fait cette recommandation sans méconnaître le fait que des réserves ont été exprimées à l'égard de cette convention qui contiendrait « essentiellement un système plutôt compliqué pour faire fonctionner les conventions d'arbitrage à l'aide d'un comité spécial »²³³. On considère que le système inventé pour faire fonctionner les conventions d'arbitrage lorsque les parties ne peuvent se mettre d'accord sur le choix des arbitres ou le lieu de l'arbitrage ne représente pas une solution satisfaisante, tout en reconnaissant, en même temps, la valeur et l'utilité des autres dispositions que la Convention européenne contient, notamment celles concernant la loi applicable ou la capacité des personnes de droit public de conclure des conventions d'arbitrage valables ou bien la capacité des étrangers d'être arbitres.

Le Rapporteur spécial considère que la Convention de Genève de 1961 est l'aboutissement d'une activité soutenue et qu'il serait bien dommage de ne pas la valoriser. Au fond, le système de cette convention ne devient compliqué que dans la mesure où les parties ne veulent pas s'entendre sur le choix des arbitres, sur le lieu ou sur la nature de l'arbitrage. Mais quel système ne devient pas compliqué dans pareille situation ?

En définitive, le système offert par la Convention de Genève de 1961 contient, pour les cas normaux, des relations basées sur la confiance réciproque, un système suffisamment moderne et avancé, où l'accord de volonté des parties est la clef de voûte pour la résolution de la majorité des problèmes.

Il suffit de donner suite à la recommandation d'éviter la pratique des clauses arbitrales « en blanc » pour que les difficultés puissent être surmontées. Il nous semble donc opportun de recommander l'utilisation de cette convention comme un modèle à imiter et évidemment à améliorer dans la mesure où des solutions meilleures seront trouvées, notamment au cas de relations entre pays à structures sociales et économiques différentes ou ayant un degré de développement différent.

177. En ce qui concerne l'uniformité d'interprétation et l'application des dispositions comprises dans les conventions internationales multilatérales, avec les problèmes qu'elles soulèvent, elles font surtout l'objet de la deuxième partie du rapport. Pour ce qui est de ces problèmes, le Rapporteur spécial pense pouvoir apprécier qu'ils ne sont pas nombreux. Et s'il est vrai qu'à la suite de

²³³ P. Sanders, Travaux du II^e Congrès international de l'arbitrage, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 3 (numéro spécial), 1966, p. 17.

ne fait aucune distinction entre les arbitres qui agissent en tant qu'amiables compositeurs et les arbitres qui règlent un litige selon les règles du droit. Leur sentence ne doit pas être contraire à l'ordre public ou aux principes de la communauté sociale, qui doivent être respectés sous peine de nullité ²⁰⁴.

En République démocratique allemande, la procédure arbitrale est fondée sur le Code de procédure civile allemand de 1879 qui est appliqué dans les deux Etats allemands sauf quelques amendements. En premier lieu, la procédure d'arbitrage suit les stipulations des parties et, si les parties n'ont pas réglé la procédure, il incombe aux arbitres de fixer discrétionnairement une procédure. Pour ce qui est de l'arbitrage près la Chambre de commerce, le tribunal arbitral tranche en s'inspirant de la législation convenue entre les parties, pour autant que le droit international privé de la RDA ne s'y oppose pas. La Cour d'arbitrage tient compte des usages commerciaux applicables dans les cas litigieux, pourvu notamment que les parties aient convenu de traiter sur la base de ces usages ou que la législation à appliquer les admette explicitement.

En Roumanie, l'arbitrage *ad hoc* est réglementé dans le Code de procédure civile où l'on précise que les arbitres appliqueront, pour rendre leur sentence, le texte de la loi, sauf dans les cas où ils auront été autorisés par l'acte de compromis à juger suivant leur conscience et leur appréciation. L'arbitrage près la Chambre de commerce, à caractère permanent, se déroule conformément au règlement d'organisation et de fonctionnement de cette institution, les arbitres étant obligés de juger toujours selon les règles du droit sans pouvoir recevoir des parties la faculté de juger en « amiables compositeurs ».

La même situation se présente en ce qui concerne l'arbitrage permanent en URSS ²⁰⁵, en Tchécoslovaquie ²⁰⁶, en Hongrie ²⁰⁷, si l'on en juge d'après le fait que les sentences prononcées par arbitrage y ont un caractère définitif et obligatoire, ce qui ne veut pas dire que des arbitrages *ad hoc* jugeant *ex aequo et bono* ne seraient pas valables. Il semble que la situation soit différente en Bulgarie, où le règlement de la Commission d'arbitrage de Sofia prescrit aux arbitres d'apprécier les preuves selon leur intime conviction et de motiver la sentence conformément aux lois et aux usages commerciaux indiqués par les règles du droit international privé et de juger en conscience et équité au cas où les lois et usages seraient insuffisants ²⁰⁸.

167. Enfin, il y a des pays où l'on connaît une seule catégorie d'arbitrage, comme par exemple en République fédérale d'Allemagne, au Danemark, en Autriche, en Finlande ou aux Etats-Unis d'Amérique. Dans ces pays, la notion d'amiable compositeur comme telle n'est pas utilisée, mais, en général, la procédure devant

les tribunaux arbitraux est réglée par les conventions des parties. La même liberté semble exister quant au fond.

En droit japonais, les arbitres ne restent liés ni par les règles de procédure, ni par le droit matériel y compris la législation. Ils doivent prononcer leur sentence conformément à l'usage commercial, la bonne foi ou l'équité, à la seule condition qu'ils observent les règles d'ordre public. Ainsi le droit japonais ne reconnaît pas la distinction entre l'amiable compositeur et l'arbitre statuant selon les règles du droit. En outre, le tribunal judiciaire n'a pas le droit d'examiner si le droit appliqué dans la sentence arbitrale est correct ²⁰⁹.

Parmi les pays du groupe où il n'existe qu'une seule forme d'arbitrage, le Royaume-Uni est considéré comme ayant une position spéciale. Son système est inconnu dans les autres pays ²¹⁰. L'arbitre ne peut juger que selon les règles du droit et il peut toujours référer une certaine question de droit à la décision de la cour. Ici l'on trouve un concours entre cours et arbitres afin d'arriver à une juste décision selon les règles du droit (*special case stated*) ²¹¹. Sir Lynden Macassey affirme que la seule sorte d'arbitrage reconnue par la loi dans tout le Royaume-Uni est ce que les juristes internationaux connaissent généralement sous le nom d'« arbitrage judiciaire ». Les lois anglaises, écossaises et de l'Irlande du Nord ne reconnaissent pas comme arbitrage ce qui est connu comme « amiable composition » ²¹². Il semble toutefois que les arbitres, s'ils y sont expressément autorisés par les parties, peuvent trancher selon leur propre jugement et leur propre expérience. L'auteur cité explique que les arbitres doivent agir « judiciairement », mais que cela ne veut pas dire que les parties doivent « suivre scrupuleusement la procédure des tribunaux judiciaires anglais ». Elles doivent respecter les règles fondamentales du droit naturel. Les arbitres doivent juger suivant les droits juridiques des parties « à moins que la convention arbitrale les autorise, ce qui arrive rarement, à juger suivant ce qui leur semble équitable ». Ils sont soumis en substance au même « mode de preuve » qui s'impose aux tribunaux judiciaires, ce qui n'implique pas nécessairement les mêmes règles formelles en ce qui concerne les preuves ²¹³.

168. Le tour d'horizon que nous avons fait dans le présent chapitre conduit à certaines conclusions :

a) Presque tous les pays connaissent l'arbitrage « en amiable composition » même s'il est quelquefois dénommé « en équité », « *ex aequo et bono* », etc. En Angleterre même, donnée comme exemple d'un pays où l'on ne

²⁰⁹ Junichi Nakata, *ibid.*, vol. III, p. 84.

²¹⁰ Il semble toutefois qu'un système similaire existe aussi en Australie (voir Arthur Francis Roth, *ibid.*, vol. III, p. 12). La procédure dite du « *special case stated* » existe aussi en Inde et au Pakistan, mais, à la différence de l'Angleterre, il n'existe pas de disposition qui oblige les arbitres à ce recours au tribunal (Tanubhai D. Desai, *ibid.*, vol. III, p. 36, et J. P. A. Burton, *ibid.*, vol. III, p. 112).

²¹¹ Cf. Pieter Sanders, *ibid.*, vol. I, p. 20. Il faut rappeler, pourtant, que Robert Marx (*op. cit.*, p. 215 et 216) considère que cette règle n'est pas d'ordre public et que par accord des parties ce concours peut être évité. On évoque l'article 17 du règlement de la London Court of Arbitration.

²¹² UJA, *op. cit.*, vol. I, p. 62.

²¹³ *Ibid.*, vol. I, p. 74.

²⁰⁴ Henryk Trammer, *ibid.*, vol. II, p. 136.

²⁰⁵ Voir E. Oussenko, *ibid.*, vol. II, p. 212 et suiv.

²⁰⁶ Voir Théodor Donner, *ibid.*, vol. II, p. 204.

²⁰⁷ Voir Imre Mora, *ibid.*, vol. II, p. 106. Selon lui, l'arbitrage d'« amiable compositeur » n'existerait pas en Hongrie. Cependant, il faut mentionner que les opinions diffèrent à ce sujet. On soutient la possibilité d'un arbitrage en « équité ».

²⁰⁸ Règlement de la Commission d'arbitrage bulgare pour le commerce extérieur, art. 47, Sofia, 1965.

connaît que l'arbitrage « judiciaire », les arbitres n'ont pas — comme nous l'avons vu — l'obligation de suivre toujours strictement la procédure des tribunaux judiciaires anglais. Il y a des cas où ils peuvent juger « suivant ce qui leur semble équitable (s'ils sont autorisés par la convention arbitrale) ».

b) Par arbitrage « en amiable compositeur », on n'entend pas « un décrochage total de l'arbitrage de toute règle préétablie », comme le pensent certains auteurs (voir plus haut). L'arbitre amiable compositeur est tenu, lui aussi, de respecter au moins les principes fondamentaux du droit procédural et, en ce qui concerne les règles de fond, il reste également lié par les dispositions d'ordre public ou prohibitives.

c) Les arbitres « amiables compositeurs » ne sont jamais des conciliateurs. Ils représentent une forme de la justice car ils tranchent des différends en décidant sur la base des règles ou des principes susceptibles d'être appliqués de manière générale et égale à toute personne se trouvant dans les mêmes circonstances. Comme Pierre Lalive l'observe à juste titre²¹⁴, juger en « amiable compositeur » ne signifie pas nécessairement se fonder sur des considérations uniquement « pratiques ». L'équité ne se situe pas nécessairement en dehors du droit. De l'avis du Rapporteur, si l'arbitrage en « amiable compositeur » était vraiment extrajuridique (en dehors du droit) il ne devrait pas faire l'objet des préoccupations de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

d) L'arbitrage « en amiable compositeur » est toujours juridique, en outre, pour le motif que la source de sa validité et de son efficience n'est pas seulement la volonté des parties mais la loi qui autorise la volonté des parties. D'ailleurs, c'est la conception qui est à la base de l'article VII de la Convention européenne de Genève, de 1961, selon laquelle « les arbitres statueront en amiables compositeurs si telle est la volonté des parties et si la loi régissant l'arbitrage le permet »²¹⁵.

e) Comme l'observe toujours Pieter Sanders, et à juste titre, bien que la pratique puisse préférer l'« amiable compositeur », on ne peut pas opposer des objections particulières à l'arbitrage « selon les règles du droit », d'autant plus que, « avec une seule exception », « le juge national n'exerce pas de contrôle sur la compatibilité de ces sentences arbitrales avec les règles du droit; en d'autres termes, dans ces cas les sentences arbitrales sont également finales »²¹⁶.

f) Autant il y a de différences entre l'« arbitrage selon les règles du droit » et celui de l'« amiable compositeur », autant il y en a aussi à l'intérieur de chaque catégorie.

g) Une unification doit être réalisée à l'intérieur de chaque catégorie, parce qu'à l'heure actuelle une certaine confusion est entretenue quant aux notions d'« arbitrage selon les règles du droit » et l'arbitrage « amiable composition ».

h) Bien que les termes « amiable compositeur » soient actuellement fort répandus, nous préférons introduire les expressions « arbitrage en droit strict » et « arbitrage en équité », pour marquer que dans les deux cas *il s'agit du droit*.

i) Il n'est pas indispensable pour réaliser une unification que les pays qui connaissent deux catégories d'arbitrage les réduisent à une seule catégorie, celle qui correspondrait à l'amiable compositeur. Et cela non parce que, ainsi que le croit le P^r Sanders²¹⁷, la réalisation d'une telle proposition serait très problématique, les pays où l'on rencontre les deux catégories d'arbitrage étant inclinés à les maintenir, mais parce que l'arbitrage « selon les règles du droit » (en droit strict) peut coexister fort bien avec l'« amiable compositeur » (en équité) tant qu'il sera laissé aux parties le droit de choisir librement l'un ou l'autre, à la condition que les caractéristiques qui les séparent soient précisées d'une manière uniforme et claire.

5. *Domaine de l'arbitrabilité; autorisation des personnes de droit public à conclure valablement des conventions d'arbitrage*

169. En rapport avec la convention arbitrale, considérée à juste titre comme un élément fondamental de la compétence de l'arbitrage, deux questions très importantes ont été soulevées. D'une part, il n'y a pas, dans les législations nationales, d'uniformité à l'égard des litiges qui peuvent faire l'objet de conventions arbitrales et, d'autre part, il y a également certaines différences quant à la capacité de certaines personnes physiques ou juridiques de soumettre à l'arbitrage la solution des litiges auxquels elles sont parties.

170. En principe, peuvent être soumis à l'arbitre tous les droits dont les parties ont la libre disposition. L'étendue de cette libre disposition est établie par les différentes lois nationales. On sait, par exemple qu'en Norvège une clause d'arbitrage ne peut être insérée dans une convention visant des ventes à tempérament ou considérant que cette introduction fait partie des mesures de protection instaurées à l'occasion de ces achats à tempérament²¹⁸. En France, l'arbitrage est exclu en matière de nullité des sociétés, dans les matières touchant à la faillite, à la propriété ou à la validité des brevets d'invention et des marques et généralement tous les litiges mettant en cause les droits des tiers ou qui soulèveraient des problèmes touchant le cours forcé des monnaies et la fixation autoritaire des prix. On considère que tous ces problèmes touchent à l'ordre public²¹⁹. En République fédérale d'Allemagne les conventions arbitrales peuvent intervenir en toute matière de nature patrimoniale, c'est-à-dire pratiquement toutes les demandes civiles et commerciales, mais sont toujours exclues « les matières se rapportant au droit public ou impliquant l'ordre public »²²⁰ (par exemple, les faillites). En Autriche, aux Indes, au Japon, en Suisse, aux Etats-Unis, tous les litiges en matière commerciale peuvent

²¹⁴ Pierre Lalive, *op. cit.*, p. 578.

²¹⁵ On sait que, pour la procédure arbitrale, la Convention de New York de 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères consacrait déjà l'autonomie de la volonté des parties.

²¹⁶ UIA, *op. cit.*, vol. I, p. 20.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Voir Sven Arntzen, dans UIA, *op. cit.*, vol. I, p. 364.

²¹⁹ Voir Jean Robert, *ibid.*, p. 242.

²²⁰ Voir D. J. Schottelius, *ibid.*, p. 38.

en principe être jugés par les arbitres²²¹. Il en est ainsi, en général, dans les pays est-européens, pour tout litige concernant les affaires de commerce des entreprises qui le désirent. En Argentine, une série de questions, notamment celles se référant aux biens publics ou municipaux ou exigeant, pour une raison quelconque, l'intervention fiscale, sont exclues de l'arbitrage pour des raisons d'ordre public²²². Au Mexique, ne peuvent être soumises à l'arbitrage, notamment, les questions relatives à la validité des patentes ou à l'enregistrement des marques, à la nullité des sociétés commerciales, à la faillite, etc.²²³.

171. La notion de « litige commercial arbitral » n'a pas pu être définie d'une manière directe dans les récentes conventions internationales, aussi les divergences des lois internes continuent-elles à exister. Le Protocole de Genève de 1923 reconnaît la validité d'une convention arbitrale conclue « en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage », mais chaque Etat contractant se réserve la liberté de restreindre son engagement aux contrats qui sont considérés comme commerciaux par son droit national, ce qui équivaut à dire que chaque Etat reste pratiquement libre de déterminer les matières qu'il considère comme arbitrales.

La Convention de New York de 1958 permet, elle aussi, aux Etats de réserver son application aux rapports de droits, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par la loi nationale de chaque Etat, cette loi restant toujours compétente pour déterminer si la convention d'arbitrage a trait à un rapport de droit « contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage » (art. II, al. 1). La Convention européenne de 1961 n'a pas davantage pu définir quelles sont les questions de commerce international auxquelles elle s'applique. D'ailleurs, une définition de la « commercialité » d'un litige n'aurait pas réglé tous les problèmes susceptibles de se poser dans chaque cas concret. En 1956, dans son introduction au premier volume de l'UIA sur l'arbitrage international commercial, le P^r P. Sanders concluait qu'à son avis « cette matière ne se prête pas à une unification; il y aura toujours des divergences selon les différents pays »²²⁴. Dix ans après, le P^r Fouchard constatait que « l'arbitrabilité d'un litige est une question trop complexe, touchant à des conceptions nationales

trop particulières, pour être tranchée abstraitement par un texte international et même par un texte national »²²⁵.

172. De l'avis du Rapporteur, il serait extrêmement difficile de réduire la diversité existant dans le domaine de l'arbitrabilité en adoptant dans ce but une convention internationale et la solution se trouve encore dans la technique du droit international privé qui a déjà dégagé, comme règle de conflit applicable à ce domaine, la loi du for du juge saisi. C'est la solution adoptée par la Convention de Genève de 1927 conformément à laquelle, pour obtenir la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, il faut que l'objet de la sentence soit susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage (art. premier, al. b), d'après la loi du pays où elle est invoquée; solution qui est maintenue aussi par la Convention de New York de 1958, laquelle, à l'article V, alinéa 2, prévoit que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront être aussi refusées, si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises, constate que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage. La Convention de Genève de 1961, dans son article VI, alinéa 2, précise elle aussi que le juge saisi pourra ne pas reconnaître la convention d'arbitrage si, selon la loi du for, le litige n'est pas susceptible d'arbitrage.

Nous savons que cette solution n'est pas parfaite, qu'elle donne lieu à des incertitudes, car au moment de rendre sa sentence, l'arbitre ne saura pas à coup sûr selon quelle loi il devrait juger de l'arbitrabilité de tout ou partie du litige qui lui est soumis pour éviter que sa sentence ne soit invalidée. Nous pensons qu'il faudrait retenir, pour l'éventualité d'une nouvelle convention internationale sur l'arbitrage, la solution selon laquelle tous les litiges du commerce international seraient en principe arbitrales, sous réserve de l'ordre public international de chaque pays. Une telle solution, observe le P^r Fouchard, renforcerait la stabilité de la structure, car l'hypothèse serait rarissime. De l'avis du Rapporteur, même si l'éventualité d'une nouvelle convention sur l'arbitrage est lointaine, on peut commencer dès à présent par des mesures pratiques : établir pour chaque pays la liste des questions non arbitrales, publier les listes et examiner la possibilité d'établir une liste généralement acceptable à annexer à une nouvelle convention éventuelle.

173. Pour ce qui est de la faculté de compromettre des personnes physiques ou morales dans les litiges du commerce international, des difficultés sont apparues pour les « personnes morales de droit public ». La question est d'importance vu le rôle croissant joué par les Etats ou les organismes qui en dépendent plus ou moins étroitement. On sait que dans le commerce international d'aujourd'hui, les Etats, les personnes morales de droit public, quelle que soit leur structure politique et économique, interviennent de plus en plus intensément dans la vie économique et particulièrement dans le commerce international. Le phénomène est général bien que ses causes aient été diverses.

L'intervention économique des Etats ou des personnes morales de droit public met ceux-ci en rapport avec des

²²¹ Nous avons souligné les mots : en principe, parce que même dans ces pays, en dépit de la tendance générale à favoriser l'arbitrage et à élargir son champ d'application, des cas récents montrent que certains problèmes ne sont pas arbitrales. On connaît, par exemple, trois décisions de 1968, prononcées par la Cour d'appel de New York, révoquant les décisions des cours inférieures qui ont permis que des problèmes « antitrust » soient résolus par des arbitres (Aimcee Wholesale Corp. contre Tomar Products et American Safety Equip. Corp. contre J. P. Maguire and Co. contre Hickok MPg. Co.), pour le motif qu'il s'agit de problèmes très importants et complexes et que, de plus, les arbitres ne sont pas liés par les normes du droit et que leurs décisions sont définitives. On pourrait, de cette façon, arriver à des interprétations contradictoires (voir AAA, *Lawyers Arbitration Letter*, n° 35, 15 août 1968).

²²² Voir Mauricio Ottolenghi, dans UIA, *op. cit.*, vol. II, p. 8.

²²³ Voir Raul Cervantes Ahumada, *ibid.*, vol. II, p. 46.

²²⁴ *Ibid.*, vol. I, p. 14.

²²⁵ Philippe Fouchard, *op. cit.*, p. 107.

cocontractants privés et par conséquent, avec la matière et les méthodes du droit commercial. Les problèmes que soulève la solution des litiges surgissant de tels rapports mixtes sont complexes²²⁶ et les opinions sont partagées sur les modalités de leur solution. Sans entrer dans la controverse, le Rapporteur pense que la voie de l'arbitrage est quand même recommandable pour de tels litiges, le recours à une juridiction nationale ordinaire soulevant des problèmes encore plus délicats. Selon nous, il s'agit de relations sociales qui relèvent du commerce international : l'affaire est donc commerciale, même si l'une des parties est sujet du droit international. En pareil cas, l'Etat contractant ou les personnes morales de droit public doivent se plier aux besoins du commerce international, et peuvent valablement accepter la compétence d'un tribunal arbitral.

174. On sait qu'il y a des pays, comme la Grèce, les Pays-Bas, la Belgique, la France, qui ont édicté une interdiction générale aux personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage privé, *sauf dérogations exceptionnelles*. Le problème qui s'est posé a été celui de savoir si ces interdictions, qui concernent les rapports internes, sont valables aussi sur le plan des rapports internationaux. On connaît l'orientation de la jurisprudence récente, en France, vers la solution qui restreint cette incapacité aux seuls rapports internes²²⁷. On en est arrivé à faire référence à un « ordre public international » distinct de l'ordre public interne. Il s'agirait d'un « appel aux principes généraux du droit » ou d'une « analyse purement doctrinale des situations juridiques » faite par les arbitres qui seraient « plus soucieux de découvrir une règle de portée internationale que de se référer à un droit national déterminé »²²⁸.

Le Rapporteur spécial est d'avis qu'il y a lieu de laisser de côté le problème de la capacité des personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage pour résoudre des litiges surgissant dans leurs rapports de droit interne, parce que la CNUDCI n'a pas à s'intéresser à ces rapports, mais que, pour ce qui est des relations du commerce international, il faut encourager la tendance à admettre la capacité. D'ailleurs, la discussion présente un intérêt plutôt doctrinal, sans grande valeur pratique, étant donné que les cas d'incapacité des personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage dans les relations internationales de droit privé sont très rares.

Dans le domaine des relations internationales de droit privé, une solution uniforme telle que celle adoptée dans la Convention européenne de 1961 dans son article II nous paraît satisfaisante : en règle générale, 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, mais, au moment de signer ou de ratifier la Convention ou d'y adhérer, tout Etat pourra déclarer qu'il limite cette faculté dans les conditions précisées dans sa déclaration.

6. Autres constatations et propositions finales

175. Le Rapporteur spécial a été chargé « d'étudier les problèmes les plus importants se rapportant à l'application et à l'interprétation des conventions existantes, ainsi que d'autres problèmes connexes »²²⁹. Malheureusement, cette formule innocente : « autres problèmes connexes » couvre presque tous les aspects de l'arbitrage commercial international. Le Rapporteur spécial n'en a pas moins fait tous les efforts voulus pour pouvoir présenter à la CNUDCI un tableau aussi complet que possible de la situation dans ce domaine, que tout le monde s'accorde à qualifier de très important pour le développement du commerce international.

Nous nous rendons compte que l'exposé fait jusqu'ici laisse assurément de côté beaucoup d'informations et de renseignements. Mais nous croyons en même temps que les aspects les plus importants y ont été décrits et qu'une impression générale sur la problématique de l'arbitrage commercial international peut en être dégagée et, de même, que des propositions susceptibles d'être discutées par la CNUDCI peuvent être faites.

176. Relativement à l'application des conventions existantes (Protocole de Genève de 1923, Convention de Genève de 1927, Convention de New York de 1958, Convention de Genève de 1961 et Arrangement de Paris du Conseil de l'Europe de 1962 relatif à l'application de la Convention précédemment citée, Convention de Washington de 1965, Convention de Strasbourg de 1966) une première distinction peut être faite en fonction des Etats qui peuvent participer. La définition de cette participation va de « tous les Etats » (Protocole de Genève de 1923) à « tout Etat Membre des Nations Unies... tout autre Etat... membre d'une ou plusieurs institutions spécialisées... ou partie au Statut de la Cour internationale de Justice ou qui aura été invité par l'Assemblée générale des Nations Unies » (Convention de New York de 1958), à « Etats membres de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement » et « tout autre Etat qui est partie au Statut de la CIJ et que le Conseil administratif (du Centre établi par la Convention), par un vote de deux tiers de ses membres, aura invité à signer la Convention (Convention de Washington de 1965) ». Bien que ces trois dispositions permettent à la grande majorité des Etats de devenir parties aux conventions considérées, on constate que la participation effective est encore faible par rapport à la participation potentielle²³⁰ : 52 Etats contractants plus 10 signatures non ratifiées pour la Convention de Washington de 1965, 37 Etats contractants et 9 signatures non ratifiées pour

²²⁶ Il s'agit de l'immunité de juridiction que les Etats peuvent invoquer vis-à-vis du droit applicable, etc. Voir Ch. Carabiber, « Le concept des immunités de juridiction doit-il être révisé et dans quel sens? », *Clunet*, 1952, p. 440 à 494; J. Fl. Lalive, « L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales », *Recueil des cours*, Académie de droit international de La Haye, 1953, vol. III.

²²⁷ Il s'agit d'une série d'arrêts qui commence par l'arrêt du 10 avril 1957 de la Cour d'appel de Paris, confirmé par l'arrêt de la cour suprême du 14 avril 1964.

²²⁸ Philippe Fouchard, *op. cit.*, p. 102.

²²⁹ Voir la décision adoptée à l'unanimité par la CNUDCI le 26 mars 1969 (rapport sur la deuxième session, par. 112, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. I : 1968-1970 deuxième partie, II, A).

²³⁰ Voir A. Broches, Promotion du perfectionnement des conventions en matière d'arbitrage, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1969), p. 274.

recherches plus amples, d'ailleurs impossibles à effectuer par une seule personne dans le peu de temps dont disposait le Rapporteur spécial, le contenu de la deuxième partie du rapport eût certainement pu s'enrichir de certains cas d'espèce, la constatation n'en demeure pas moins valable que les occasions où il y a eu des problèmes d'interprétation et d'application des conventions susmentionnées ont été peu nombreuses.

Le fait qu'il y a eu très peu de sentences arbitrales étrangères à exécuter avec le concours de la justice sur la base des conventions internationales conclues est réellement encourageant. Cela prouve, d'une part, que l'arbitrage a généralement bénéficié de la confiance des parties, ces dernières entendant exécuter les sentences de leur propre gré et, d'autre part, que les conventions existantes concernant l'exécution des sentences arbitrales étrangères ont aussi un effet préventif en décourageant ceux qui seraient tentés de ne pas exécuter de plein gré les sentences arbitrales prononcées.

De toute manière, à part quelques cas de jurisprudence²³⁴ concernant la forme de la convention d'arbitrage ou ayant trait à la loi applicable à cette convention ou à la capacité de conclure une telle convention, le problème de l'interprétation de la Convention de New York — et c'est justement celle-ci que nous avons en vue — ne s'est plus posé.

Nous considérons donc que le problème de certaines interprétations non unitaires, menaçant ou réduisant sensiblement la valeur de l'œuvre unificatrice réalisée par la Convention de New York en 1958, n'existe pratiquement pas du moins pour une bonne période de temps.

Aussi le Rapporteur spécial maintient-il son opinion, exprimée lors même des discussions du rapport préliminaire, qu'il n'y a pas non plus de raison de ce point de vue de se préoccuper dès maintenant d'une révision de certains textes de la convention susmentionnée. Evidemment, il est nécessaire que ces textes soient confrontés avec la pratique internationale. A cet effet, il convient de poursuivre plus activement l'œuvre d'information et de débattre par tous les moyens (revues de spécialité, bulletins d'arbitrage, monographies, colloques, séminaires, etc.) les solutions consacrées par la Convention de New York, afin de pouvoir dégager les points de vue communs et influencer ainsi la stabilité de ces textes pour lesquels l'accord général a été si difficilement obtenu.

178. Dans le rapport ont été évoqués les efforts incessants faits pour réaliser l'unification dans le domaine des règles de la procédure arbitrale. Des études comparatives concernant la teneur des différents règlements des centres d'arbitrage²³⁵ ont été élaborées et on peut dire qu'il existe à présent, à cet égard, une documentation révélatrice qui indique aussi bien les différences que les ressemblances entre les règlements des centres d'arbitrage. En tout cas, les conclusions tirées ont été toutes dans le sens suivant : « Même en l'absence d'une harmonie

ostensible entre les différentes dispositions des règlements, on est arrivé, à la Commission économique pour l'Europe, à en déduire les lignes générales²³⁶. »

En 1961, à Paris, la deuxième Commission du Congrès international de l'arbitrage a réexaminé le problème de l'harmonisation des règlements de procédure des centres d'arbitrage et le Congrès a adopté toute une série de recommandations relativement à ce que devrait être la teneur d'un règlement « concernant les quatre stades successifs, de l'engagement de la procédure, de l'instruction, de l'audience et de la sentence », à savoir :

— L'introduction de la procédure :

Elle doit se faire par voie de requête au centre d'arbitrage.

La demande devra toujours comporter :

Une identification des deux parties;

Les termes de la convention d'arbitrage;

La nature du différend;

L'objet de la demande.

La réponse du défendeur devra :

S'établir dans un délai à fixer par le centre;

Comporter un contenu symétrique à celui de la demande;

S'il y a lieu, comporter la demande reconventionnelle.

— La procédure elle-même :

La maîtrise de sa conduite doit être laissée au tribunal arbitral.

Elle doit être caractérisée par un échange de mémoires.

La langue de l'arbitrage doit être déterminée par le tribunal arbitral (et l'interprétation doit être prévue).

— L'audience arbitrale :

Elle doit comporter si possible une procédure orale.

Le lieu de l'arbitrage doit être fixé par l'accord des parties ou, à défaut, par le tribunal arbitral.

Les audiences devraient être publiques.

A défaut de comparution des parties (personnellement ou par représentation), possibilité de poursuivre une procédure réputée contradictoire.

L'audition des témoins doit se faire à la requête des parties ou sur l'initiative du tribunal arbitral.

Le tribunal arbitral a le droit d'ordonner l'expertise si nécessaire.

Il paraît opportun que le tribunal arbitral puisse procéder à une tentative de conciliation si celle-ci paraît possible.

— La sentence :

Elle doit comporter un rappel de la convention d'arbitrage et de la chronologie du déroulement de la procédure.

Il convient que le tribunal arbitral détermine la loi applicable à défaut d'accord des parties sur cette loi.

Il paraît opportun que les sentences soient motivées.

²³⁴ Voir deuxième partie, par. 106 à 112.

²³⁵ On se réfère ici principalement à la documentation établie dès avant 1958 par la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (Comité pour le développement du commerce). Voir document E/ECE/TRADE/WP. 1/15/Rev.1.

²³⁶ Voir le rapport du D^r Glossner présenté au Congrès international de l'arbitrage, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 2 (1961), p. 78.

Dans le cadre du III^e Congrès international tenu en 1969 à Venise, l'accent est mis non plus sur la recherche d'une harmonisation, mais sur une enquête sur les principes directeurs qui caractérisent les divers règlements, en vue de faciliter le rapprochement des centres d'arbitrage. Jean Robert²⁸⁷ pense que « dans la diversité nécessaire qui doit caractériser une institution dont le caractère contractuel reste la marque essentielle, il convient seulement de rechercher comment, autour de quelques questions, se diversifient ou se rencontrent les stipulations des règlements ». On laisse de côté les différenciations qui ne constitueront jamais des obstacles à l'adhésion des parties à une certaine réglementation et on retient les points suivants qui pourraient créer de pareils obstacles :

- Modalités du choix des arbitres (système des listes, liberté du choix, système mixte d'une liste avec faculté de faire un choix extérieur);
- Existence et rôle d'un organe administratif au sein du centre d'arbitrage;
- Détermination de la procédure d'arbitrage;
- Droit applicable au fond;
- Administration de la preuve;
- Liberté pour les arbitres de juger les questions de droit ou l'obligation d'en faire renvoi;
- Contenu formel des sentences arbitrales.

179. Après une analyse des points susmentionnés, on note « l'impression d'une convergence des solutions plus grande qu'on ne l'imaginait, et démonstrative d'une communauté de l'arbitrage en voie de création », due à un certain nombre de facteurs, parmi lesquels l'existence d'une communauté d'usages de l'arbitrage obéissant plus ou moins aux nécessités d'une même éthique des affaires, l'effet des conventions internationales sur l'arbitrage et notamment sur la matière des règlements et une unification des principes généraux qui gouvernent le droit de l'arbitrage. On parle même de la création imperceptible mais certaine « d'un esprit juridique international de l'arbitrage commun aux représentants de toutes nations ».

Jean Robert²⁸⁸ constate que la recherche des principes directeurs qui gouvernent les règlements d'arbitrage est finalement réconfortante. Pour importantes qu'elles soient parfois, les divergences ne sont, en fin de compte, pas essentielles et, en tout cas, les moyens d'un rapprochement apparaissent. Parmi ces moyens, cet auteur souligne la technique jurisprudentielle « qui sépare les exigences qui s'attachent à l'institution dans le droit interne de chaque pays, des libertés qu'exige l'exercice de l'arbitrage international ».

Dans le même sens, P. Sanders suggère l'élaboration d'un code de principes qui devraient être incorporés dans les règlements d'arbitrage internationaux. Un tel code de principes traiterait du lieu de l'arbitrage, de la désignation des arbitres, du droit applicable (y compris les usages internationaux), etc., en s'inspirant des règlements

d'arbitrage dans lesquels existent des solutions de ces questions (règlement de la CEE, 1963; règlement de la CEAO, etc.). Les institutions d'arbitrage devraient incorporer à leur manière ces principes dans leurs règlements. Le code fonctionnerait donc comme une directive pour les institutions d'arbitrage²⁸⁹.

180. Le Rapporteur spécial, considérant les renseignements donnés dans le rapport en ce qui concerne l'adoption d'un règlement uniforme ainsi que les tentatives faites jusqu'à présent, de même que l'état d'esprit actuel favorable à une relance de ce problème, et tenant compte de l'effet produit en la matière par les conventions multilatérales adoptées sous l'égide des Nations Unies tout comme de la documentation et des informations accumulées, propose la création, dans le cadre de la CNUDCI, d'un groupe d'étude (ou groupe de travail) qui, à lui seul ou en collaboration avec les représentants de certains centres d'arbitrage intéressés, aurait à réexaminer la question de l'élaboration d'un règlement type d'arbitrage. Les préférences du Rapporteur spécial sont pour un règlement type contenant les dispositions essentielles, ou dispositions de base, qui devraient être recommandées par la suite à tout centre d'arbitrage afin d'être introduites — au fur et à mesure de leur acceptation — dans les règlements d'organisation et de fonctionnement. Il s'agirait d'un type de règlement destiné à servir exclusivement à résoudre des litiges s'élevant dans les relations commerciales internationales.

181. La même suggestion peut être faite selon nous en ce qui concerne l'unification ou la simplification des lois nationales sur l'arbitrage, ainsi qu'à l'égard de l'unification et de la simplification des normes nationales ayant trait à l'exécution des sentences arbitrales (y compris le problème de la limitation du contrôle judiciaire des sentences arbitrales et de la réduction des voies d'attaque en matière d'exequatur).

Le même groupe d'étude (groupe de travail) devrait analyser les résultats obtenus jusqu'à présent dans ce domaine et délimiter l'étendue de l'unification considérée. En général, l'évolution à ce propos est lente et, à notre sens, elle ne saurait être trop vaste.

Le Rapporteur spécial pense qu'une solution pratique et réaliste serait d'élaborer une loi uniforme servant de modèle et ne contenant que quelques normes de base (par exemple : la forme de la convention d'arbitrage et ses effets, les principes de la constitution du tribunal d'arbitrage, la possibilité du choix d'un arbitre étranger, le caractère définitif de la sentence arbitrale, la possibilité de choix entre un arbitrage selon le droit strict ou selon l'équité, les voies d'attaque).

Cette loi modèle ne devrait concerner directement que les litiges relevant du domaine du commerce international (à l'exclusion des relations internes commerciales et du droit civil) et se limiter aux procédures qui déterminent la mesure dans laquelle l'Etat, par ses instances judiciaires, entend se réserver ce que le P^r René David nomme « un contrôle légitime et nécessaire sur les conditions dans

²⁸⁷ Voir Jean Robert, « Principes directeurs des règlements d'arbitrage, applicables aux affaires commerciales internationales », dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (numéro spécial), 1969, p. 237.

²⁸⁸ Jean Robert, *op. cit.*, p. 251.

²⁸⁹ Voir P. Sanders, Rapport au III^e Congrès international de l'arbitrage, dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1969), p. 314.

lesquelles l'arbitrage, prévu par les parties, va être administré et la sentence des arbitres rendue »²⁴⁰.

Le P^r René David a parfaitement raison lorsqu'il observe que l'on n'a pas tenu suffisamment compte « du fait que, dans les relations de commerce international, l'arbitrage se présentait autrement, et demandait à être envisagé différemment de l'arbitrage dans les rapports de la vie civile ou même du commerce interne ».

* * *

182. A la suite des investigations faites, le Rapporteur spécial est heureux de pouvoir constater et de communiquer à la CNUDCI que — suivant la recommandation de la Conférence des Nations Unies pour l'arbitrage commercial international (résolution du 10 juin 1958) ainsi que du Conseil économique et social [résolution 708 (XXVII) du 17 avril 1959] — des actions ont été entreprises dans une mesure sensible pour la promotion de l'arbitrage dans le domaine du commerce international. Il a été tenu compte de la suggestion faite dans cette dernière résolution « que les organisations intergouvernementales et non gouvernementales qui s'occupent d'arbitrage international de droit privé coopèrent entre elles et avec les organes intéressés des Nations Unies, en ce qui concerne en particulier la diffusion de renseignements sur les lois relatives à l'arbitrage, les pratiques et les moyens d'arbitrage, les programmes éducatifs et les études... ».

En effet, certaines actions ont été entreprises en vue d'une large diffusion des informations concernant la législation nationale et internationale du domaine de l'arbitrage ainsi que les pratiques dans ce domaine et les moyens d'arbitrage existants. Les voies suivies pour assurer la diffusion des informations en question ont été variées et, ces dernières années, elles se sont étendues aussi à des aspects un peu moins connus. Nous nous référons ici à la multiplication des publications contenant des informations sur la jurisprudence arbitrale dans les différents pays, ce qui contribue d'autant mieux à la connaissance de l'interprétation et de l'application des différentes réglementations tant sous le rapport des règles de procédure arbitrale qu'à l'égard des normes applicables quant au fond des litiges. Mentionnons sur ce plan les échanges d'information et la coopération entre les différents centres d'arbitrage, l'organisation de congrès, colloques, cycles d'études et séminaires, les échanges d'expérience, etc., tout comme le fait particulièrement encourageant que la connaissance mutuelle — à laquelle se rattache directement aussi la confiance réciproque entre les organes arbitraux et les différentes organisations ou entreprises qui y ont recours — est en plein progrès et qu'elle a permis d'augmenter ou de réévaluer le nombre des ententes de coopération entre différents systèmes ou organes d'arbitrage conclues sur des bases bilatérales aussi bien que multilatérales sans qu'entre en ligne de compte l'appartenance à l'un ou à l'autre des systèmes

socio-économiques des pays intéressés et indépendamment de leur degré de développement.

Compte tenu des constatations faites sur ce plan, le Rapporteur spécial propose que la CNUDCI, après avoir pris acte du progrès réalisé dans l'exécution de la résolution incorporée dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international ainsi que de la résolution précitée du Conseil économique et social et eu égard également à la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1966, invite les gouvernements ainsi que les organisations gouvernementales et non gouvernementales à appuyer et à encourager à l'avenir la concentration des efforts sur le travail d'information et de recherche dans le domaine de l'arbitrage (sous toutes ses formes) ainsi que l'organisation dans ce même domaine d'une coopération plus régulière et plus systématique établie sur des bases bilatérales aussi bien que multilatérales, en cherchant à réaliser un équilibre, dans l'organisation des procédures d'arbitrage, entre les pays en voie de développement et les pays industrialisés et entre les pays ayant des systèmes économiques différents, dans toutes les régions du monde.

183. Il ressort de l'exposé contenu dans le présent rapport que la recommandation adressée aux commissions économiques régionales des Nations Unies contenue dans la résolution 708 (XXVII) du Conseil économique et social qui concerne l'introduction dans le programme de travail des commissions de l'étude « des moyens d'amener les Etats membres, dans les régions dont elles s'occupent, à recourir plus largement à l'arbitrage », n'a pas pu à ce jour être réalisée intégralement par toutes les commissions considérées. Sur ce qu'on a appelé « l'expérience de Bangkok », M. Krishnamurthi nous informe que « beaucoup a été fait, mais beaucoup reste à faire » et qu'« il est quelque peu décevant de constater le lent progrès fait pour vulgariser et faire entrer en pratique l'arbitrage international dans presque tous les pays de la région »²⁴¹. D'autre part, L. Kopelmanas parle de la nécessité d'une initiative en Afrique, sous les auspices de la Commission économique des Nations Unies pour cette région, « pour que l'assiette géographique de la coopération entre organismes d'arbitrage devienne réellement représentative du monde entier »²⁴².

Toutefois, étant donné qu'un équilibre dans l'organisation des procédures arbitrales ne saurait se réaliser pour les pays des régions susmentionnées que s'il y avait, dans ces zones géographiques également, des organismes arbitraux pouvant constituer le support d'une coopération à base paritaire avec les organismes des autres régions, le Rapporteur spécial considère que les Nations Unies devraient aider les régions considérées à obtenir l'assistance technique et matérielle nécessaire à la création ou au renforcement des centres arbitraux. Cela représenterait un grand pas en vue de la réalisation d'un équilibre

²⁴¹ « La coopération à l'échelle régionale; l'expérience de Bangkok », dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (numéro spécial), 1969, p. 215.

²⁴² « Coopération entre organismes d'arbitrage de pays ayant des systèmes économiques ou un degré de développement différents », III^e Congrès international de l'arbitrage, dans *Revue de l'arbitrage*, loc. cit.

²⁴⁰ René David « Principes directeurs des règlements d'arbitrage applicables aux affaires commerciales internationales », dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (numéro spécial), 1969.

en matière d'arbitrage entre les pays industrialisés et ceux en voie de développement.

184. On doit retenir que jusqu'ici la coopération entre les centres d'arbitrage à l'échelle internationale s'est principalement développée sur la base de relations bilatérales. On peut citer, à titre d'exemples de ce genre de coopération, les quinze accords passés par l'Association japonaise, les nombreux accords passés par la Chambre polonaise du commerce extérieur²⁴³, ceux de l'American Arbitration Association²⁴⁴, etc. La coopération multilatérale se développe à un moindre degré. On peut citer comme exemple de coopération multilatérale, mais à une échelle régionale, celle des cours d'arbitrage du commerce extérieur des pays membres du CAEM. On pense à un moyen d'établir une coopération à l'échelle universelle. Depuis quelques années, cette idée fait de plus en plus carrière. Comme on l'a vu, le Rapporteur spécial a estimé utile que la CNUDCI en soit informée.

On parle de la création d'une organisation internationale — non gouvernementale — de l'arbitrage commercial (*International Organisation of Commercial Arbitration*, IOCA), parce que l'ACI intéressera de plus en plus toutes les institutions d'arbitrage. On recommande : « La connaissance mutuelle ne devrait pas être limitée à une familiarité avec les dispositions légales et les pratiques judiciaires, mais devrait aussi concerner les réalités de la vie active, et — *last but not least* — le monde des praticiens²⁴⁵. » En général, on considère que le manque de familiarisation avec l'état réel des affaires dans un pays donné conduit à une exagération des différences et à l'attribution d'une importance essentielle à des différences secondaires. D'autre part, une connaissance mutuelle de la part de ceux qui travaillent dans le domaine de l'ACI est indispensable pour éliminer l'apparition et le maintien d'opinions et d'informations inexactes, voire tendancieuses, que l'on rencontre parfois. L'expérience a montré que c'est de contacts étroits et directs que dépend dans une grande mesure la création d'une atmosphère de confiance mutuelle indispensable au développement de l'ACI. L'expérience a montré aussi que, bien que la connaissance mutuelle n'exige pas nécessairement une institutionnalisation sous la forme d'accords spéciaux, ladite institutionnalisation contribue cependant à la fréquence et à la solidité des relations.

Laissons sur ce point la parole au P^r Jakubowski, éminent représentant de la Pologne à la CNUDCI : « Ce que nous envisageons est la coopération entre organismes d'arbitrage à l'échelle universelle. Jusqu'ici, la seule manifestation de ce genre de coopération a été l'organisation de congrès d'arbitrage. Ils sont d'un grand intérêt, car ils offrent l'occasion d'une connaissance personnelle et facilitent la discussion de certains problèmes et l'adoption de certaines motions. Mais c'est une forme

assez vague et occasionnelle de coopération. Il reste nécessaire de rendre cette coopération régulière et organisée. Je pense qu'il serait bon de créer une organisation internationale de l'arbitrage commercial (« IOCA ») qui pourrait être une organisation non gouvernementale composée des organismes nationaux d'arbitrage, et affiliée aux Nations Unies²⁴⁶. »

La structure de l'« IOCA » « devrait être rendue acceptable par les organismes d'arbitrage des pays ayant des systèmes socio-économiques et des niveaux de développement économique différents ». Quant aux travaux qu'un tel organisme pourrait entreprendre, il s'agirait d'assurer de façon permanente la coopération d'organismes d'arbitrage, de la création d'un centre de documentation et d'information²⁴⁷ dans le domaine de l'ACI, de la nécessité de publier une revue internationale²⁴⁸, de mettre au point des projets de loi concernant l'arbitrage commercial international et de soumettre ces projets, une fois mis au point, à la CNUDCI, d'assurer l'organisation de congrès, colloques, symposiums, de déployer des efforts vers l'uniformisation des règles de procédure des centres d'arbitrage permanents. Et tout cela sans que l'« IOCA » dispose d'un quelconque pouvoir exécutif à l'encontre de ses membres ou gêne d'une manière quelconque la coopération bilatérale ou multilatérale, à l'échelle régionale.

M. N. Krishnamurthi, en 1969, au même Congrès de Venise déclarait : « Nous aimerions proposer que soient établies les lignes directrices pour l'établissement d'un organisme qui s'efforcerait de représenter le plus largement possible les pays développés, les pays en voie de développement et les économies planifiées. L'objectif suprême serait d'élaborer des principes universellement acceptables en harmonisant les principes de base des divers systèmes juridiques et économiques, en unifiant les pratiques commerciales et, là où cela est nécessaire, en créant de nouvelles procédures. Un tel organisme serait capable d'apporter à la longue des solutions souhaitables à nombre de problèmes de l'arbitrage international. Cela est un but sincèrement souhaité. La tâche n'est pas facile, mais néanmoins l'effort doit être fait²⁴⁹. »

Le Rapporteur spécial pense que la CNUDCI ne peut pas se désintéresser de tous ces faits et vœux exprimés et qu'il est de l'intérêt général d'encourager de pareilles initiatives et d'accepter, le cas échéant, s'il lui est fait une proposition pertinente par un nombre suffisant et représentatif d'organismes d'arbitrage, de parrainer la création d'une organisation mondiale de coopération en matière d'arbitrage du type envisagé, la CNUDCI se

²⁴⁶ Voir Jerzy Jakubowski, *op. cit.*, p. 295.

²⁴⁷ Voir aussi à ce sujet, l'offre faite par le Président de l'AAA, Donald Strauss, concernant l'organisation d'un système d'information (centre bibliographique) étendu à toutes les bibliothèques dans le monde.

²⁴⁸ Voir aussi, dans le même sens, le P^r Sanders qui considère que si l'on réussit à mettre sur pied une revue mondiale de l'arbitrage, on aura en même temps un contact qui pourrait très bien se développer par la voie d'un centre de contact mondial (dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 [1969], p. 313).

²⁴⁹ N. N. Krishnamurthi, « La coopération à l'échelle régionale : l'expérience de Bangkok », dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (numéro spécial), 1969, p. 214.

²⁴³ Une présentation détaillée de ces documents est comprise dans l'article de Z. L. Nanowski « Accords de la Chambre polonaise pour le commerce extérieur dans le domaine de l'arbitrage » (en polonais), dans *Prawi w handlu zagranicznym* (Droit dans le commerce extérieur), 1965, vol. 8, p. 40 à 49.

²⁴⁴ Voir à ce sujet Donald B. Strauss, *op. cit.*, p. 161 et 162.

²⁴⁵ Jerzy Jakubowski, « Promotion de la coopération dans le domaine de la pratique arbitrale commerciale internationale », dans *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (1969), p. 291.

déclarant prête à collaborer avec elle dans des conditions qu'on devrait établir sur la base d'un commun accord.

185. On pense souvent que l'arbitrage est « le substitut d'une véritable juridiction commerciale internationale », qu'il s'épanouit dans l'ombre et se meurt au soleil, qu'il est toujours ou presque toujours avant le droit, ou à côté du droit, qu'il résiste à l'analyse et conserve une partie de son mystère, etc.

Peut-être y a-t-il eu une certaine vérité derrière ces belles expressions. Assurément, la situation n'est pas fondamentalement changée. Mais nous croyons qu'à l'heure actuelle la bataille psychologique, dans le domaine des relations commerciales internationales, s'est pratiquement terminée en faveur de l'arbitrage, que « le substitut » d'une véritable juridiction a gagné droit de cité et non pas seulement d'asile dans l'ensemble des règles du jeu du commerce international. « L'arbitrage vise à régler au sens propre du mot le différend, à dire le droit entre les parties. »

Peut-être les commerçants qui ont vu dans l'arbitrage ce « substitut d'une véritable juridiction commerciale internationale » ont-ils cherché à renforcer ses structures, mais on observe à juste titre que « bien que leur effort ait procédé d'une certaine méfiance vis-à-vis des autorités législatives et judiciaires des Etats, celles-ci n'ont pas tenté de freiner cette évolution, et l'ont même facilitée à maints égards, soit par des jurisprudences libérales, donnant à la notion d'ordre public international un contenu positif nouveau, soit par des conventions internationales résolument favorables à l'arbitrage commercial international »²⁵⁰.

Sans remettre en cause l'origine contractuelle de l'arbitrage, on souligne l'évolution de celui-ci dans le

sens du rapprochement de la juridiction et du mécanisme juridictionnel, cette fois-ci l'arbitrage pouvant jouer « le rôle d'une véritable juridiction internationale qui est de dire le droit »²⁵¹.

Il faut également observer que la « partie submergée de l'iceberg » auquel on a comparé souvent l'arbitrage, a commencé de sortir de l'ombre au soleil sans autre péril. De nombreuses publications font paraître la pratique arbitrale à la surface et par cela même on prend connaissance ou bien de règles régissant le commerce international ou bien des difficultés de celui-ci. L'arbitrage peut jouer de cette manière un certain rôle, en sortant du mystère et en contribuant à l'unification ou à l'harmonisation des règles régissant le commerce international.

La CNUDCI, étant donné ses tâches dans le domaine de l'unification et de l'harmonisation des règles du droit commercial international, est directement intéressée à bien connaître et à diffuser, elle aussi, les révélations du « poste d'observation » qu'est l'arbitrage commercial international.

Compte tenu de cet intérêt, le Rapporteur spécial considère, et cela constitue la dernière proposition de son rapport, qu'il serait utile que l'ONU publie un recueil des sentences arbitrales les plus significatives pour le commerce international (lorsque, bien entendu, les parties ne s'opposent pas à leur publication). Au cas où on ne trouverait pas des moyens suffisants pour publier une revue spéciale consacrée à l'arbitrage, qui serait un « centre mondial de contact » dans ce domaine, peut-être ne serait-il pas si difficile de consacrer une partie du registre des textes publiés par la CNUDCI à la pratique arbitrale dans le commerce international.

²⁵⁰ Philippe Bouchard, *op. cit.*, p. 544.

²⁵¹ *Ibid.*