

## AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

## NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.



**UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL**  
**Faculté des études supérieures**

**L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET LES GARANTIES  
PROCÉDURALES**

**par**

**Jaceus JOSEPH**

**Faculté des études supérieures  
Faculté de droit**

**Mémoire présenté à la faculté des études supérieures  
En vue de l'obtention du grade de  
Maîtrise en droit (LL.M.)**

**Juin, 2009**

© Jaceus JOSEPH, 2009



**UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL**  
**Faculté des études supérieures**  
**Ce mémoire est intitulé**

**L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET LES GARANTIES  
PROCÉDURALES**

**Présenté par :**

**Jaceus JOSEPH**

**a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :**

**Karim BENYEKHLEF**

.....

**Président-rapporteur**

**Nabil N. ANTAKI**

.....

**Directeur de recherche**

**Emmanuel Sibidi DARANKOUM**

.....

**Membre du jury**

## Résumé

Cette recherche aborde un sujet complexe, qui est en plein débat doctrinal en droit de l'arbitrage international : *L'arbitrage commercial international et les garanties procédurales*. Au fait, l'arbitrage commercial international revêt le mode traditionnel des règlements de litiges du commerce international et des relations économiques internationales. À cause de l'hybridité de sa nature (contractuelle et juridictionnelle), il est le plus souvent préféré par les parties aux tribunaux étatiques. Cette faveur vis-à-vis de ce mode de règlements de litiges internationaux s'explique par le développement de l'économie internationale, par la globalisation du marché, par la conclusion de nombreuses conventions internationales en la matière, par la création des centres d'arbitrage, enfin par la modernisation des lois et règlements nationaux. En revanche, il est constaté que l'arbitrage souffre d'un déficit de prévisibilité et de certitudes pour les acteurs du commerce international. Que l'on songe seulement à la multiplication des rattachements législatifs et des contrôles judiciaires : conflits de lois, conflits entre les règles de conflits, etc. Nous avons démontré que la solution aux difficultés de la méthode conflictualiste serait l'harmonisation de la procédure arbitrale internationale et que ce mode de règlement de différends débouche de plus en plus sur le rapprochement entre traditions juridiques différentes (Common Law et droit civil). Toutefois, ce mouvement de convergence est loin d'être achevé. Beaucoup d'autres pratiques arbitrales continuent de garder l'empreinte de la diversité des procédures étatiques et celle des grands systèmes juridiques mondiaux.

**Mots clés :** Arbitrage commercial international ; harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international ; garanties procédurales en arbitrage international ; prévisibilité de la procédure arbitrale internationale ; respect du principe du procès équitable ; principe de la contradiction ; exécution de la sentence arbitrale internationale.

## Summary

This research work tackles a complex subject, which is in the heart of a doctrinal debate in International arbitration Law: International Commercial Arbitration and procedural safeguards. In fact, International Commercial Arbitration is a traditional method of dispute resolution in International Trade and International Economic Relations. Parties to a dispute would rather prefer this mode of dispute resolution to state courts because of its hybrid nature (contractual and judicial). One can explain this preference for this method of international dispute resolution by the development of the international economy, the market globalization, the conclusion of numerous international conventions in the domain, the creation of arbitration centers, the modernization of national laws and regulations. By contrast, one can note that arbitration lacks predictability and certainty for parties in International Trade. One can just think of the multiplication of legislative attachments and judicial controls: conflicts of laws, conflicts between methods of conflicts of laws, etc. We have demonstrated that the solution to the difficulties of the conflictualist method would be the harmonization of the International Arbitral Procedures and that this method of dispute resolution would lead, more and more to the approximation between different judicial traditions (Common law and Civil Law). However this convergence movement is far from being achieved. Many other arbitral practices do still keep the imprint of diverse state procedures and of major legal systems worldwide.

**Keywords:** International Commercial Arbitration; Harmonization of Arbitration Proceedings; Procedural Safeguards in International Arbitration; Predictability of International Arbitration Proceedings; Respect to the Principle of the Fair Trial; Principle of Contradiction; Implementation of the International Arbitration Award.

**Dédié à Ali Marx JOSEPH**

## **Remerciements**

La réalisation de ce mémoire résulte du fruit d'un faisceau de contributions diverses. C'est pourquoi nous tenons à exprimer notre gratitude envers, en premier lieu, notre directeur de recherche, le professeur Nabil N. ANTAKI. L'on sait pertinemment que terminer une étude de deuxième cycle permet non seulement d'acquérir des connaissances académiques, mais aussi constitue une très grande satisfaction sur le plan personnel. En effet, les précieux conseils et encadrements de notre directeur contribuent fondamentalement à cette satisfaction.

Nous savons gré aux membres de notre famille et à nos ami(es). En particulier, malgré leur discrétion, nous adressons nos remerciements à Lunique ALCIN, Jeanna JOSEPH, Éliassa JOSEPH, Dassas JOSEPH, Nicole Nancy ÉDOUARD, Nicole MATIP, Mame ngone sow , qui, d'une manière ou d'une autre, ont contribué à la réalisation de cette recherche.

Tous et toutes, ils ont apporté dans la mesure du possible amitiés, réconfort, soutien, sympathie, encouragements, solidarité humaine, conseils, critiques sans lesquels cette étude aurait difficilement vu le jour.

Merci mille fois à vous toutes et à vous tous !

# L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET LES GARANTIES PROCÉDURALES

## TABLE DES MATIÈRES

Résumé.....	i
Summary.....	i
Dédicace.....	ii
Remerciements.....	iii
Tables des matières.....	iv
Liste des sigles et abréviations.....	viii
Introduction.....	1
<b>CHAPITRE I</b>	
<b>Les initiatives d'harmonisation des règlements d'arbitrage commercial International .....</b>	<b>15</b>
<b>Section 1. Les initiatives au niveau international et institutionnel.....</b>	<b>16</b>
1.1. L'apport de la Loi-type de la CNUDCI.....	16
1.2. La contribution de l' <i>International Bar Association</i> (IBA).....	20
1.3. La participation des centres d'arbitrage commercial international.....	22
<b>Section 2. Le rôle des droits nationaux dans l'harmonisation des règlements d'arbitrage.....</b>	<b>24</b>
<b>A) Les pays de droit civil.....</b>	<b>25</b>
2.1. L'Allemagne.....	25
2.2. La Belgique.....	27
2.3. La France.....	29
2.4. La Suisse.....	32
<b>B) Les pays de la Common Law.....</b>	<b>34</b>
2.5. L'Angleterre.....	34
2.6. Le Canada.....	37
2.7. Les États-Unis d'Amérique.....	41
<b>Conclusion du chapitre I.....</b>	<b>45</b>
<b>CHAPITRE II</b>	
<b>Le rapprochement et la standardisation de la procédure du droit civil et de la <i>Common Law</i> dans la pratique de l'arbitrage international.....</b>	<b>48</b>

<b>Section 1. L'administration de la preuve documentaire et les modes de communication des pièces .....</b>	<b>49</b>
1.1. La production volontaire des documents écrits devant le tribunal arbitral .....	50
1.2. La production involontaire de la preuve documentaire : la <i>discovery</i> .	52
A) <b>La <i>discovery</i> dans les pays de droit civil.....</b>	<b>53</b>
En droit allemand .....	54
En droit français.....	55
En droit suisse.....	56
B) <b>La <i>discovery</i> dans la Common Law.....</b>	<b>57</b>
En droit américain .....	57
En droit anglais .....	59
C) <b>La <i>discovery</i> dans les instruments internationaux et institutionnels d'arbitrage.....</b>	<b>61</b>
 <b>Section 2. Le rapprochement de la procédure de la <i>Common Law</i> et du droit civil dans la pratique du témoignage .....</b>	<b>64</b>
2.1. Les notions et le choix de témoins dans l'arbitrage commercial International.....	64
2.2. Les modalités du déroulement du témoignage.....	66
2.2.1. La production du témoignage écrit et oral dans le régime du droit civil.....	66
2.2.2. La production du témoignage oral et écrit dans la <i>Common Law</i> .....	68
2.2.3. Les modalités de la production du témoignage en arbitrage international.....	70
 <b>Section 3. Le rapprochement de la procédure arbitrale dans le cadre de l'expertise.....</b>	<b>76</b>
3.1. La notion d'expertise et le choix de l'expert.....	77
A) Dans le régime du droit civil.....	77
B) Dans la <i>Common Law</i> .....	78
3.2. Le débat autour de l'avis de l'expert au sein du tribunal arbitral.....	80
 <b>Conclusion du chapitre II .....</b>	<b>83</b>

### CHAPITRE III

<b>L'universalité du principe du procès équitable dans la procédure arbitrale internationale .....</b>	<b>86</b>
--	-----------

<b>Section 1. La consécration universelle de l'obligation d'indépendance et d'impartialité .....</b>	<b>88</b>
--	-----------

<b>A) Le système civiliste .....</b>	<b>91</b>
--------------------------------------	-----------

3.1.1. La consécration de l'indépendance et d'impartialité de l'arbitre dans le droit belge .....	91
---	----

3.1.2. Le principe d'indépendance dans le droit français .....	92
--	----

3.1.3. Le principe d'indépendance de l'arbitre en droit suisse.....	93
---	----

<b>B) Les pays de la <i>Common Law</i>.....</b>	<b>95</b>
---	-----------

3.1.4. La consécration de l'indépendance et d'impartialité de l'arbitre en droit américain .....	95
--	----

3.1.5. Le principe d'indépendance et d'impartialité dans le droit anglais d'arbitrage.....	97
--	----

3.1.6. Le principe d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre en droit canadien .....	98
--	----

<b>C) La consécration du principe d'indépendance et d'impartialité à l'échelon international et selon la pratique les institutions d'arbitrage international .....</b>	<b>100</b>
--	------------

3.1.7. La consécration du principe d'indépendance et d'impartialité dans le règlement d'arbitrage de la CCI .....	101
---	-----

3.1.8. La consécration de l'indépendance de l'arbitre dans le cadre du Règlement de la LCIA ( <i>London Chamber of International Arbitration</i> ) .....	102
--	-----

3.1.9. La consécration de l'indépendance de l'arbitre dans le cadre du Règlement de l'AAA ( <i>American Arbitration Association</i> ) .....	103
---	-----

3.1.10. La consécration de l'indépendance et d'impartialité de l'arbitre dans le cadre du CIRDI(Centre international pour le Règlement des Différends Relatifs aux investissements.....	104
---	-----

3.1.11. La consécration de l'indépendance et d'impartialité de l'arbitre dans le cadre des <i>directives</i> de l'IBA .....	105
---	-----

3.1.12. La consécration de l'indépendance de l'arbitre dans le cadre de la Loi-Type de la CNUDCI.....	106
---	-----

3.1.13. La consécration de l'indépendance et de l'impartialité dans les instruments conventionnels internationaux.....	107
--	-----



<b>Section 2. La consécration universelle du principe de la contradiction.....</b>	<b>111</b>
<b>A) Le principe de la contradiction dans les droits nationaux.....</b>	<b>114</b>
<b>1.-Les pays de droit civil.....</b>	<b>114</b>
En droit français .....	114
En droit Suisse et en droit belge.....	116
<b>2.-Les pays de la Common Law .....</b>	<b>117</b>
En droit anglais .....	117
En droit canadien (spécifiquement au Québec).....	118
<b>B) Le principe du contradictoire dans les règlements d'arbitrage         des institutions internationales.....</b>	<b>119</b>
<b>Conclusion du chapitre III.....</b>	<b>120</b>
 <b>CHAPITRE IV</b>	
<b>L'harmonisation des instruments juridiques de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales internationales.....</b>	<b>122</b>
<b>Section 1.-Les contradictions sur l'interprétation et l'application de la Convention de New York.....</b>	<b>123</b>
<b>1.1. Les dispositions plus favorables des législations du siège.....</b>	<b>125</b>
1.2.1. Le cas de l'Allemagne .....	126
1.1.2. Le cas de l'Angleterre .....	127
1.1.3. Le cas des États-Unis.....	128
<b>1.2. L'approche de l'autonomie et délocalisée de la procédure         et de la sentence arbitrale internationale.....</b>	<b>132</b>
1.2.1. En Belgique.....	134
1.2.2. En France .....	135
<b>1.3. Positions de la doctrine.....</b>	<b>138</b>
<b>Section 2.-Les convergences de la procédure de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales internationales.....</b>	<b>141</b>
<b>Conclusion du chapitre IV.....</b>	<b>151</b>
<b>Conclusion générale .....</b>	<b>153</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>159</b>
<b>Annexes.....</b>	<b>174</b>
<b>Annexe 1 : Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangère faite à New York, le 10 juin 1958.....</b>	<b>174</b>
<b>ANNEXE 2 : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) : Règlement d'arbitrage de la CNUDCI... ..</b>	<b>181</b>
<b>ANNEXE 3 :Loi-Type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de1985 avec les amendements adoptés en 2006.....</b>	<b>194</b>

→ propo ALI / unidroit  
→ Règle IRA

## Liste des sigles et abréviations

Arb. Act	Arbitration Act
art.	Article(s)
AAA	American Arbitration Association
Ann. Fr. dr. Int.	Annuaire français du droit international
ASA Bull.	Swiss Arbitration Association Bulletin
C.A.	Cour d'appel du Québec
CACNIQ	Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec, devenu Centre canadien d'arbitrage international
CCI	Chambre de commerce international
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Ch. Civ.	Chambre civile
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.p.c.	Code de procédure civile du Québec
C.S.	Cour supérieure du Québec
C.S.C.	Cour suprême du Canada
Doc. Off.	Document officiel
Éd.	Éditions
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Id.	Idem (ouvrage immédiatement cité)
ILA	International Law Association
J.D.I.	Journal du droit international

J.Q.	Jugements du Québec
Loi-type de CNUDCI	Loi-type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
n.C.p.c.	nouveau Code de procédure civile français
Par.	Paragraphe(s) des décisions
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie du droit international
R.CCI	Règlement d'arbitrage CCI (en vigueur à partir du 1 <sup>er</sup> janvier 1998)
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R. CNUDCI	Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international du 28 avril 1976
R.D.McGill	Revue de droit de McGill
R.E.J.B.	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
R.G.D.I.P.	Revue générale du droit international privé
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
R.T.N.U.	Recueil des traités des Nations Unies
Trb. Civ.	Tribunal civil
Tr. Gr. Inst.	Tribunal de grande instance
Unidroit	Institut international pour l'unification du Droit privé
Vol.	Volume

# L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET LES GARANTIES PROCÉDURALES

## Introduction

### Problématique

#### Position du problème de recherche

Cette recherche porte sur "L'arbitrage commercial international et les garanties procédurales." En effet, l'arbitrage constitue « *une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle* »<sup>1</sup>. Il est, de plus, considéré comme une institution par laquelle les parties confient à des arbitres, librement désignés par elles, la mission de trancher leurs litiges.<sup>2</sup> Ces définitions, traditionnelles mais sommaires, « *révèle[nt] d'emblée la nature composite de l'arbitrage, qui présente un aspect contractuel, en raison des conventions d'arbitrage qui lui donnent naissance, juridictionnel, en raison de la sentence qui l'achève, et procédural en raison du déroulement d'une véritable "instance judiciaire."* »<sup>3</sup> C'est en vertu de cette nature composite qu'appliqué au commerce international, l'arbitrage constitue "le mode commun de règlement des différends du commerce international"<sup>4</sup> et des relations économiques internationales. Selon un auteur, il est devenu, de l'avis général, « *la méthode normale de règlement des différends du commerce international. [Car] il n'existe pas, dans l'avenir prévisible, de véritable alternative à l'arbitrage, qui serait*

---

<sup>1</sup> Henri MOTULSKY, « la nature de l'arbitrage », dans *Écrits*, II, 5, Paris, Dalloz, 1974, p.6

<sup>2</sup> Mathieu BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage*, Paris, éd. Gide, Loyrette, Nouel, 1983, p.5. Ainsi, l'arbitrage démontre que l'institution judiciaire étatique ne détient pas toute seule l'apanage du *dictum* juridique. Les acteurs privés participent à l'érection de la pluralité de sources des normativités juridiques. En effet, nous vivons d'emblée dans une période post-westphalienne de règlements de différends internationaux. Voir en ce sens, Leo GROSS, « *The Peace of Westphalia, 1648-1948* », (1948) 42 *American Journal of International Law* 20 ; Stéphane BEAULAC, *The Power of the Making of International Law. The World Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004 (spécialement le chapitre 5 - The « *Westphalian State* » System, pp.67-97) ; Thomas J. BIERSTEKER and Cynthia WEBER, « *The Social Construction of Sovereignty* », dans Thomas J. BIERSTEKER and Cynthia WEBER (dir.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge University Press, 1996 ; ; Harold BERMAN, *Law and The Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985

<sup>3</sup> *Id.*, p.5

<sup>4</sup> Alexis MOURRE, « Intervention des tiers à l'arbitrage » dans *Les Cahiers de l'arbitrage*, éditions Gazette du Palais, juillet 2002, p.100

*universellement praticable.»*<sup>5</sup> Cette méthode de résolution de différends « *se développe rapidement et suscite un intérêt grandissant dans les sphères économique et juridique à travers le monde.»*<sup>6</sup>

Toutefois, les recherches ont permis de constater que l'arbitrage souffre d'un déficit de prévisibilité et de certitudes pour les acteurs du commerce international.<sup>7</sup> Selon Philippe FOUCHARD, l'arbitrage emprunte *des chemins de traverse*. « Loin d'offrir une méthode praticable pour le règlement des litiges internationaux, l'arbitrage aurait pu être –ou rester–le siège des pires incertitudes : que l'on songe seulement à la multiplication des rattachements législatifs et des contrôles judiciaires dont il pouvait être l'objet. »<sup>8</sup>

C'est à la lumière de ces faits que nous formulons les questions de recherche, qui font l'objet de cette étude : dans quelle mesure l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international pourrait-elle constituer une garantie de prévisibilité et de certitude dans la résolution des litiges nés du commerce international? Quelles sont les conséquences de l'inapplication des règles de garanties procédurales sur l'efficacité de la procédure arbitrale commerciale internationale?

Le sujet de cette recherche recèle un intérêt certain dans le cadre d'une réflexion sur les garanties procédurales dans le processus d'arbitrage commercial international. Ainsi, la doctrine a révélé que cette incertitude et cette imprévisibilité sont dues à l'absence de l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international<sup>9</sup>. En effet, nous savons que le tribunal arbitral est habilité à rendre des décisions juridiques, lesquelles, par l'effet de leur homologation, deviennent

---

<sup>5</sup> Philippe FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international », (1989) 34, Revue de droit de McGill 435 à la p.439

<sup>6</sup> Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec : droit interne- droit international privé*, Cowansville, Québec, éditions Yvon Blais, 1991, préface d'A.L.C. De MESTRAL

<sup>7</sup> Voir Katherine LYNCH, *The forces of Economic Globalisation : Challenges to the Regimes of International Arbitration*, The Hague, Kluwer, 2003; Nathalie VOSE, *Best Practice in International Arbitration: «Best Practices: What has been achieved and what remains to be done»*, (2006) vol. 26, ASA; Series specials, éd. Markus Wirth, p.1;

<sup>8</sup> Ph. FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international », **préc. note 5**, p.442

<sup>9</sup> *Id.*

exécutoires sur un territoire national, comme un jugement de Cour<sup>10</sup>. De plus, les garanties procédurales sont exigées et protégées dans plusieurs instruments juridiques internationaux et nationaux comme gage de prévisibilité de la procédure, d'effectivité du droit et d'efficacité des décisions judiciaires. Ainsi, il est admis que, dans une société démocratique, l'appareil judiciaire doit offrir un « *ensemble de règles d'organisation judiciaire, de compétence des tribunaux et de procédure. Dans ce contexte, le droit de recourir à un pouvoir judiciaire indépendant et impartial pour assurer le respect des droits, un des piliers d'un régime politique démocratique, est expressément reconnu comme étant un droit fondamental.*»<sup>11</sup> Aussi, l'appareil judiciaire dispose-t-il d'instruments juridiques, qui regroupent les règles donnant compétence aux tribunaux, ainsi que celles régissant la façon d'y introduire des recours [...], de les contester, d'y intervenir, de les instruire, de les juger, de se pourvoir contre les jugements et d'exécuter ces derniers. La majorité de ces règles sont codifiées.<sup>12</sup> Ce sont des règles de prévisibilité, qui favorisent l'établissement d'un appareil judiciaire efficace et légitime pour les justiciables.

### **Justifications du sujet.**

Les données statistiques et les analyses théorique, doctrinale et historique relatives à l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international concourent à la justification des intérêts de la recherche. En effet, les statistiques publiées par les grandes institutions d'arbitrage, telles que la CCI, montrent une croissance continue du nombre des procédures et une diversification très importante de l'origine géographique des parties. Dans son bulletin de 2008, la CCI a rapporté qu'en 2008, 663 affaires ont été enregistrées par sa Cour d'arbitrage. Ces

---

<sup>10</sup> Voir Jean Denis GAGNON, «La convention d'arbitrage », dans *Denys-Claude Lamontagne (dir), Droit spécialisé des contrats, Volume 2 : Les contrats relatifs à l'entreprise*, Cowansville, Québec, éditions Yvon Blais, 1999

<sup>11</sup> Charles BELLEAU, « Les règles générales de la procédure civile québécoise et le déroulement de la demande en justice en première instance - Les principes d'interprétation, les concepts généraux et les règles fondamentales », dans *Preuve et procédure*, Collection de droit 2007-2008, École du Barreau du Québec, vol. 2, 2007, EYB2007CDD1, p.2

<sup>12</sup> *Id.*, p.2

dossiers concernaient 1758 parties provenant de 120 pays et territoires indépendants. Les arbitres venaient de 74 nationalités. De plus, 407 sentences ont été rendues, dont le montant en litige était en-dessous de 1 million de dollars US dans 27,5 % des nouvelles affaires.<sup>13</sup> Tous les continents sont représentés dans l'arbitrage CCI : l'Afrique, l'Amérique, l'Asie, l'Europe, l'Océanie (Australie, Nouvelle-Zélande).<sup>14</sup> En outre, 10,7 % des cas intéressaient des entités étatiques ou para-étatiques.<sup>15</sup>

Les auteurs expliquent cette effervescence en faveur de l'arbitrage commercial international, notamment par le développement de l'économie internationale, la mondialisation et la globalisation du marché qui font intervenir les juristes. De plus, «*l'augmentation des échanges internationaux [...],<sup>16</sup> et les échanges "invisibles" (services, transferts de technologie, etc.)* représentent un volume d'affaires très élevé en termes de dollars américains<sup>17</sup>. Ces échanges *"traduisent bien, d'ailleurs, la diversification des opérations internationales, et la complexité des relations juridiques engendrées par des grands projets. Il en résulte évidemment davantage de litiges."*<sup>18</sup> En effet, nous assistons à une *inflation de services*<sup>19</sup> en vue de résoudre ces litiges, et spécialement l'apparition de très nombreux centres d'arbitrage, destinés à saisir une "clientèle" en forte croissance, qui pourrait préférer ceux-ci aux institutions étatiques en place.

---

<sup>13</sup>ICC, *International Court of Arbitration Bulletin* 2008, en ligne :

< <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id18648/index.html> > (consultée le 30 mai 2009) ; Il y a lieu de constater que la CCI n'est pas seule institution à pratiquer l'arbitrage dans le monde. Beaucoup d'autres acteurs agissent sur le marché de l'arbitrage notamment l'AAA, la CEPANI, les institutions d'arbitrage en Russie, en Chine, les Pays-Bas, etc.

<sup>14</sup>Il n'existe pas que l'arbitrage institutionnel, l'arbitrage ad hoc attire aussi beaucoup de justiciables.

ICC International Court of Arbitration Bulletin 2008, **préc. note** 13

<sup>15</sup>ICC International Court of Arbitration Bulletin 2008, **préc., note** 13

<sup>16</sup>Ph. FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international », **préc. note** 5, p.440

<sup>17</sup>*Id.* 440

<sup>18</sup>*Id.* 440

<sup>19</sup>Expression utilisée par Ph. FOUCHARD, *Id.* 441

Ainsi, des centres sont créés aussi bien dans des villes des pays de grandes économies<sup>20</sup> qu'en des villes des pays à économies émergentes.<sup>21</sup> De plus, selon Pierre LALIVE,

« L'importance de l'arbitrage international n'est pas seulement attestée par l'augmentation des affaires soumises soit aux divers centres, internationaux ou nationaux, d'arbitrage, soit à un règlement ad hoc, ou par la constatation que la plupart des contrats contiennent une clause d'arbitrage. Cette faveur, cette extraordinaire expansion sont démontrées aussi par une série de faits visibles, plus ou moins notoires [...] [comme] la conclusion de nombreuses conventions internationales en la matière. Je pense en premier lieu à la Convention de New York de 1958- qui a fait suite au Protocole de Genève de 1923 et à la Convention de Genève de 1927- sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, Convention qui unit la plupart des États commerçants du globe.»<sup>22</sup>

Ainsi, on assiste à

«l'élaboration de plusieurs systèmes de règles d'arbitrage, par des organismes comme la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, la Commission économique pour l'Asie, la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI ou UNCITRAL), qui élabore un projet de Loi-Modèle daté de 1985, ainsi que l'élaboration ou la modernisation des règles des centres existants, comme la Cour d'arbitrage de la C.C.I. ou la London Court of Arbitration.»<sup>23</sup>

Parallèlement, de nombreuses sociétés ou associations professionnelles se sont montrées intéressées à l'étude et à la promotion de l'arbitrage international en organisant des congrès ou des stages de formation, en diffusant des publications spécialisées. Aussi, un important mouvement législatif a-t-il vu nombre de pays moderniser leur régime juridique d'arbitrage, c'est le cas par exemple, de l'Angleterre, de la Belgique, du Canada, de la France, de la Suisse.<sup>24</sup> «*Cette intense activité législative ou judiciaire a trouvé son correspondant dans les*

---

<sup>20</sup> Los Angeles, New York, Londres, Genève, Milan, Stockholm, etc., Voir ICC International Court of Arbitration Bulletin 2008, **préc.**, **note 13**

<sup>21</sup> Caire, Djibouti, Chypre, Singapour, etc., Voir ICC International Court of Arbitration Bulletin 2008, **préc.**, **note 13**

<sup>22</sup> Pierre LALIVE, «L'importance de l'arbitrage commercial international», dans ANTAKI et Alain PRUJINER, *Actes du 1<sup>er</sup> Colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Ltée, 1986, 15, p.19

<sup>23</sup> *Id.*, p.19

<sup>23</sup> *Id.*, p.19

<sup>24</sup> *Id.*, p.19



*remarquables développements des écrits, livres, articles, commentaires pratiques relatifs à des questions d'arbitrage international.»<sup>25</sup>*

Au niveau procédural, «La mondialisation dilue l'extranéité et la dilution de l'extranéité implique un besoin renforcé de solutions internationales pour les sujets de droit privé afin de leur garantir prévisibilité et sécurité.<sup>26</sup>» Dans cet ordre d'idées, comme l'a fait remarquer Tudor POPESCU,

«La réglementation actuelle du commerce international est loin d'être satisfaisante. Il est régi par une multitude de lois nationales qui n'ont pas été élaborées pour des rapports juridiques internationaux, par des codes nationaux édictés pour les seules relations extérieures, des pays respectifs [...]. Les conflits qui en résultent (conflits de lois, conflits entre les règles de conflits, conflits de qualifications) constituent autant d'obstacles pour le commerce international, des sources permanentes d'inquiétude et d'incertitude qui transportent le monde des affaires internationales dans un océan toujours et profondément agité, dont les flots s'entrecroisent, s'imbriquent, se cumulent et s'annulent, de sorte qu'une prévisibilité n'est possible.»<sup>27</sup>

Pourtant, selon l'auteur, « pour se développer, le commerce international requiert rapidité, prévisibilité, confiance, rigueur et promptitude dans l'exécution des obligations assumées [...]»<sup>28</sup> De poursuivre,

«Les participants aux affaires internationales doivent avoir la possibilité juridique de savoir d'avance quel sera le régime juridique des actes qu'ils veulent conclure et des faits qu'ils pourraient commettre ; ils agiront certainement avec encore plus de confiance, s'ils étaient convaincus qu'ils pouvaient faire valoir leurs droits et leurs intérêts, comme s'ils se trouvaient toujours et partout (dans n'importe quelle partie du monde) sous l'empire de la même loi, de *leur* loi.»<sup>29</sup>

Antoine Kassis va plus loin dans ses réflexions. Selon lui, «Il y a longtemps que les internationalistes privatistes rêvent d'entendre sonner le glas de la méthode conflictuelle, de voir le jour où elle aura trouvé sa place dans les oubliettes ou, au mieux, dans le musée du

---

<sup>25</sup> *Id.*, p.20

<sup>26</sup> Stanislas LECUYER, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel: pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Paris, L.G.D.J., 2007, p.10

<sup>27</sup> Dans Tudor POPESCU, Commentaire de l'intervention de Antoine KASSIS sur L'arbitrage, les conflits de lois et la *lex mercatoria*, dans ANTAKI et Alain PRUJINER, *Actes du 1<sup>er</sup> Colloque sur l'arbitrage commercial international*, préc., note 22, p.149

<sup>28</sup> Tudor POPESCU, *Id.*, p.149

<sup>29</sup> *Id.*, p.149

droit.»<sup>30</sup> De plus, «La pratique séculaire et l'évolution accélérée de la réalité économique et sociale ont mis à nu ses infirmités, voire ses méfaits. Le concert de lamentations est connu. Sans parler des tares congénitales, souvent sa mise en œuvre porte à faux ou tourne à vide.»<sup>31</sup> En effet, trop de lois applicables empêchent la prévisibilité et la certitude de la finalité du processus arbitral. Ainsi, selon l'auteur,

«Les règles que l'arbitre estime appropriées ou applicables [sont au nombre de] cinq :

- la loi nationale qui a les liens les plus étroits avec le litige ;
- la loi nationale la meilleure à ses yeux par son contenu, même si elle n'a aucun lien avec le litige ;
- un panaché de règles tirées de plusieurs droits nationaux et jugées par lui comme les meilleures pour la solution du litige ;
- des règles qu'ils édictent lui-même comme étant les plus appropriées, c'est-à-dire les meilleures ;
- les règles d'un droit anational, appelé *lex mercatoria*, qui serait celui des relations économiques internationales.»<sup>32</sup>

Subséquentement, «*La méthode des conflits de lois pose le problème du droit applicable en termes d'option entre plusieurs droits possibles. Or, ce choix comporte, in se, une certaine dose d'arbitraire. Pourquoi la loi de nationalité plutôt que celle du domicile, la loi du lieu de conclusion plutôt que celle du lieu d'exécution ou l'inverse ?*»<sup>33</sup>

Ensuite, Philippe FOUCHARD a fait ressortir la méfiance de l'assouplissement de

« la méthode conflictualiste qui permet de déterminer librement la loi applicable, sans avoir à se référer à un droit international privé déterminé. La recherche "d'une règle de conflits appropriée", ou la méthode "syncrétique" consistant à utiliser concurremment les règles de rattachement de plusieurs systèmes nationaux de conflits de lois, deviennent suspectes, car ces nouveaux mécanismes laissent aux arbitres une liberté qui sera jugée excessive.»<sup>34</sup>

Selon l'auteur, cette incertitude caractérisée par la souplesse dans le choix de la loi applicable relève de l'arbitraire. Cette

« souplesse dans la détermination des règles applicables est désormais considérée avec méfiance, et même les usages du commerce international ou les précédents résultant d'une "jurisprudence arbitrale" deviennent des références trop vagues. En un mot, toutes les

<sup>30</sup> Antoine Kassis, «L'arbitre, les conflits de lois et la *lex mercatoria*», dans N. ANTAKI et Alain PRUJINER, *préc.*, note 22, p.134

<sup>31</sup> *Id.*, p.134

<sup>32</sup> Antoine Kassis, *id.*, p.136

<sup>33</sup> *Id.*, p.134

<sup>34</sup> Ph. FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international », *préc.*, note 5, p.449

composantes de la *lex mercatoria* deviennent suspectes. Alors qu'elles étaient jusqu'ici le signe et le résultat d'aspirations communes à une justice, fondées sur des normes adaptées à des besoins propres du commerce international, elles apparaissent comme autant de facteurs d'arbitraire.»<sup>35</sup>

Par conséquent, la liberté donnée aux arbitres accentue l'incertitude sur les solutions à attendre de la sentence.<sup>36</sup> De plus, nous assistons à "une altération, voire une dénaturation de l'institution, à la multiplication des procédures pré-, péri-, ou postarbitrales qui font redouter le risque de déviation processuelle, qui pèse sur l'institution."<sup>37</sup> En effet, l'arbitre, confronté à la nécessité de désigner le droit applicable, à rechercher la règle de conflit appropriée dans le cadre du litige, ne se voit imposer aucune règle de conflit. Le pluralisme des sources et le refus du positivisme juridique comme méthode caractérisent le droit de l'arbitrage dans lequel la souplesse n'est pas réservée à la seule application du droit au fond, mais imprègne l'institution dans son entier, et notamment la procédure»<sup>38</sup>. De ce fait,

«L'irruption d'acteurs nouveaux, que ce soit comme conseils des parties ou comme arbitres, liée à l'explosion du contentieux arbitral [...], est à l'origine de nouvelles attitudes caractérisées par la transposition dans l'arbitrage de mœurs judiciaires nationales ; ce qui, contrastant avec la souplesse de l'institution, accroît de manière significative la complexité, la longueur et le coût des procès arbitraux.»<sup>39</sup>

Ainsi, «Il s'est avéré aussi, que la seule solution pour éviter les difficultés provoquées par le conflictualisme, serait l'élaboration d'un droit matériel uniforme au niveau mondial.»<sup>40</sup> Selon les auteurs<sup>41</sup>, ce droit matériel uniforme passe plutôt par l'harmonisation de la procédure arbitrale commerciale internationale. En effet, l'harmonisation est un concept polysémique, qui se confond avec des concepts comme l'unification ou l'uniformisation de la procédure. Il y a lieu de lever cette voile de confusion entre ces différents concepts afin de justifier le choix de l'harmonisation

---

<sup>35</sup> *Id.*, p.449

<sup>36</sup> *Id.*, p.449

<sup>37</sup> Bruno OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1999, p.118

<sup>38</sup> Dominique HASCHER, « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international »(1999) 279 R.C.A.D.I., 52, p.60 ; P. SANDERS, *Quo Vadis Arbitration*, Netherlands, Kluwer, 1999

<sup>39</sup> *Id.*, p.60

<sup>40</sup> *Id.*, p.149

<sup>41</sup> Voir K. LYNCH, et N. VOSER, **préc. note 7**

pour orienter la recherche. De la sorte, l'unification<sup>42</sup> du droit consiste en ce que la même règle de droit s'appliquera dans un certain nombre de pays sur un point donné de sorte que tout se passera à ce point de vue comme s'il ne constituait qu'un seul territoire<sup>43</sup>. Le droit uniforme correspond à tout instrument juridique normatif ayant vocation à s'appliquer identiquement dans plusieurs États ou à se substituer aux lois des États<sup>44</sup> L'objectif de l'unification du droit est « d'effacer la diversité des lois et d'exclure ainsi leurs conflits. »<sup>45</sup> Selon S. LECUYER, « L'unification doit, par le progrès qu'elle est susceptible d'apporter pour la sécurité juridique, l'harmonie internationale

---

<sup>42</sup>Selon Stanislas LECUYER, précité, note 26, « La première tentative concrète d'unification conventionnelle du droit international privé est le congrès de Montevideo en 1889 en Amérique latine qui aboutit à la conclusion de deux traités. » (p.25). « Un traité de droit civil international (adopté le 30 juin 1889) et un traité de Droit commercial (adopté le 1<sup>er</sup> février 1889), les deux textes réglementant les conflits de loi et de juridictions. Elle est suivie quelques décennies plus tard par le seul exemple de codification conventionnelle générale du droit international privé : le "Code de *bustamente*" élaboré à la Havane. » (p.25) (Convention approuvée en 1929 lors de la 6<sup>ème</sup> Conférence panaméricaine. Le texte comprend 437 articles.). Cette première expérience fut une parfaite illustration des difficultés qu'allait rencontrer le droit international privé conventionnel : les conventions ont fait l'objet de réserves multiples, d'interprétations divergentes et de conflits dans leurs rapports respectifs. » (p.25) « La fin du XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle sont marqués par une ligne de partage plus ou moins tranchée entre le courant universaliste œuvrant à la construction d'un règlement universel des conflits entre systèmes de droit privé et un courant de réaction particulariste rappelant que ce règlement ne peut s'affranchir des concepts du for. Ces deux courants portent en eux l'ensemble de la problématique du droit international privé. » (p.31)

« Pendant que Savigny encourageait une régulation coutumière des conflits de lois, prenant appui sur une méthode rationalisée appelée à se déployer au sein d'une Communauté d'États souverains liés par un héritage culturel et religieux commun, Mancini œuvrait à la formalisation de conventions internationales portant unification des conflits de lois et fondées sur le principe de rattachement de la nationalité. » (p.31)

Friedrich Karl Von Savigny « est l'instigateur de la méthode de solution des conflits de lois fondées sur la localisation du rapport du droit, qu'il souhaitait universelle, tout en s'opposant à la formalisation de cette méthode. C'est l'influence de Savigny qui marque la première expérience d'unification internationale du droit international privé en Amérique latine à Montevideo. » (p.32) (F. K. V. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Ch. GUENOUX, **Tome I**, Paris, 1855, p.45)

Pasquale Stanislao MANCINI, (Ministre italien des Affaires étrangères de 1885 à 1888) a donné la véritable impulsion formalisatrice au courant universaliste en donnant au droit international privé conventionnel ses lettres de noblesse. Il suffit de prendre connaissance de sa réflexion sur l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit privé. » (p.33) (P.S. MANCINI, De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles.», JDI, 1874, p.222 ss.).

**Le courant particulariste** : Taxés parfois de souverainistes, certains de ces auteurs avaient surtout pour dessein d'introduire une dose de pragmatisme et de relativisme face à l'enthousiasme universaliste du XIX<sup>e</sup> siècle. « La démarche n'était pas pour autant nationaliste. Ainsi, si Franz Kahn était opposé aux premières expériences d'unification des règles de conflits par convention, il encourageait le développement du droit comparé et croyait davantage à une unification dans certains domaines des règles matérielles, notamment les droits de la personne et les droits des affaires) » (F. Kahn, « Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit international privé », Bull. Société de législation comparée, T.29, 1899-1990, p.406 ss, spéc. 415.

Selon Jean-Paulin NIBOYET, il vaut mieux tendre vers un processus basé sur l'application des lois " le pays qui les édicte et à l'occasion de ce qui s'y passe" afin d'assurer " l'effet le plus rayonnant des divers droit", plutôt que d'essayer à une mécanique de sélection indirecte de lois applicables où au final chaque pays " se retranche derrière ses propres conceptions. » ( J.-P. Niboyet, « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de territorialité ? », Rev. critique, 1950, pp.506 et 526.)

<sup>43</sup>Démogue, René, « L'unification internationale du droit privé » (1928), RTD. Civ.11, p.11

<sup>44</sup>Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 1997, p. 75.

<sup>45</sup>Philippe MALAURIE, *loi uniforme et conflits de lois*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1964-1966, p. 83 ; Voir aussi D. Tallon, « L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et de la Common Law », RIDC 1990, p.513 et s.

et la prévisibilité des solutions, occuper une place réelle.»<sup>46</sup> Pour lui, «L'unification reste le mode phare des matières d'affaires.»<sup>47</sup>

En revanche, «L'harmonisation [...] se limite à un rapprochement des définitions sans imposer des règles strictement identiques.»<sup>48</sup> Comme l'a souligné Gérard CORNU,

« Le terme harmonisation vient de harmonia =arrangement. Il y distingue trois significations.' 1.- Opération législative consistant à mettre en accord des dispositions d'origine (et souvent de date) différente plus spécialement à modifier des dispositions existantes afin de les mettre en cohérence avec une réforme nouvelle (codification, coordination, modification, ordre). 2.- Opération consistant à unifier des ensembles législatifs différents par élaboration d'un droit nouveau empruntant aux uns et aux autres (Unification, unité). 3.- Désigne parfois un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques(Coordination). »<sup>49</sup>

Pour Hans Van HOUTTE, l'harmonisation juridique peut être formelle ou informelle.<sup>50</sup> Formelle, «L'harmonisation juridique peut tout d'abord être le fait de l'État qui introduit formellement dans son système juridique des règles juridiques harmonisées.»<sup>51</sup> Il a précisé que « Si l'harmonisation vise à faciliter la construction d'un marché unique ou d'une entité politique ou économique homogène, il est nécessaire que les règles [qui la concernent...] portent également sur les situations internes. Dans cette optique, [paradoxalement] l'harmonisation effacera petit à petit les frontières entre pays et entre systèmes juridiques.»<sup>52</sup> Pour harmoniser le droit, les États peuvent utiliser soit l'outil des traités, soit celui des lois-modèles.<sup>53</sup> Dans le cadre de l'harmonisation

---

<sup>46</sup>Stanislas LECUYER, **préc.**, note 26, p.255

<sup>47</sup>*Id.*, p.518 ; Il faut noter que les Conventions de la Haye du 15 juin 1955 aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, de la Haye du 15 avril 1958, du 2 octobre 1873, du 14 mars 1978 ; de la Haye du 22 décembre 1986, la Convention des Nations Unies conclue à Vienne le 11 avril 1980 sur la vente internationale des marchandises visent l'unification du droit en termes de règles matérielles de la vente internationale des marchandises. Ces règles ne concernent pas beaucoup notre sujet qui analyse l'harmonisation de la procédure arbitrale commerciale internationale.

<sup>48</sup> Mireille DELMAS-MARTY, « La pénalisation internationale des activités économiques : Un espace à géographie variable » dans Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN, (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, Vol.19. p.401 et p.409

<sup>49</sup>Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Quadriga/P.U.F.,2007,p.455

<sup>50</sup> Hans Van HOUTTE, « La mondialisation substantielle », dans Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN, (dir.), **préc. note** 48, p. 208

<sup>51</sup>*Id.*, p.208

<sup>52</sup> *Id.*, p.211

<sup>53</sup>K. H. NADELMANN, « Méthodes d'unification du droit international privé. La législation uniforme et les conventions internationales » (1958), *Rev. crit. DIP.* 37, p.37

informelle, «L'harmonisation n'est pas seulement le fait de conventions, loi-modèles ou directives dont le but avoué est d'unifier le droit et qui visent une introduction rapide de la règle juridique harmonisée.»<sup>54</sup> Il est toutefois constaté qu'«Un grand nombre de familles juridiques, dont les systèmes juridiques dénotent une similitude importante, ont ainsi été façonnées par le biais de la reprise et de l'osmose, sur la base de quelques systèmes centraux.»<sup>55</sup> Les analyses précédentes ne permettent pas de distinguer clairement l'harmonisation de l'unification. En effet, ce ne sont pas ces approches qui intéressent notre recherche. En revanche, Nathalie VOSER présente une autre facette de l'harmonisation. Selon elle, celle-ci ne traduit pas l'idée de forcer une solution identique à chaque cas d'espèces. Elle vise plutôt la prévisibilité de la loi applicable et un protocole de conduite des arbitres par « *The Best International Practice in International Arbitration.*»<sup>56</sup> VOSER a fait remarquer que le but de l'harmonisation n'est pas d'appliquer partout sur la planète la même procédure arbitrale internationale mais d'établir un haut niveau de principes similaires de base mutuellement partagés ou comme opinions globales assorties d'un consensus international.<sup>57</sup> C'est le cas, par exemple de la procédure relative aux mesures d'instruction notamment dans la production des documents, dans les témoignages, dans les expertises-, aux garanties du procès équitable, de l'exécution de la sentence, etc.

En conséquence, plusieurs tentatives de solutions à l'absence de l'harmonisation de la procédure arbitrale internationale ont déjà vu le jour, notamment celles de la *Convention de New York de 1958* sur l'exécution des sentences étrangères, la *Loi-type de la CNUDCI* sur l'arbitrage commercial international, des initiatives nationales étatiques, les

---

<sup>54</sup> H.V. HOUTTE, dans Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN, ( dir.), **préc.**, note 48, p.228

<sup>55</sup> *Id.*, p.229

<sup>56</sup> Nathalie Voser, « *Harmonization by Promulgating Rules of Best International Practice in International Arbitration* », *German Arb. J.*, Vol.3, Zürich, Mai/Juin 2005, p.115; Pour elle, « The Best International Practice'' enhances harmonization without forcing a specific solution on anyone. It makes known what is considered by others to be "the best" practice and thus improves the chances of the procedures being conducted accordingly, leading to the higher degree of predictability. » *Id.*, p.115

<sup>57</sup> *Id.* 115

‘‘IBA(International Bar Association) *Rules of Taking of Evidence on International Arbitration*, celles de l’*ILA (International Law Association)*, celles des centres d’arbitrage commercial international, etc.

Bruno OPPETIT a, néanmoins, exprimé la nécessité de l’universalité de l’arbitrage. Celle-ci « réside dans la reconnaissance par tous de quelques principes et d’une méthode. »<sup>58</sup> En effet, « *La confrontation subtile de traditions juridiques différentes, le respect mesuré des cultures, telle est la tâche de l’arbitre international : son efficacité ne va pas sans générosité intellectuelle* »<sup>59</sup>. Dans cette recherche, nous abordons l’harmonisation dans le sens de la présentation de Bruno OPPETIT. Cette approche - qui intègre l’universalité dans l’arbitrage - nous permettra de tenir compte des apports de plusieurs régimes juridiques, notamment la *Common Law* et le droit civil dans la pratique de la procédure de l’arbitrage commercial international.

De plus, notre objectif consiste à étudier l’évolution du processus d’harmonisation de la procédure d’arbitrage commercial international en partant de l’hypothèse que l’harmonisation de la procédure arbitrale internationale constitue un gage de certitude et de prévisibilité. En outre, nous soutenons l’idée que l’harmonisation doit aboutir au respect de la pluralité des droits étatiques et des apports des grands systèmes juridiques internationaux – *Common Law* et droit civil<sup>60</sup>. C’est ce cadre général qui permet d’aborder le sujet de notre recherche.

---

<sup>58</sup> B. OPPETIT, *Théorie de l’arbitrage*, préc., note 37 ; voir note au bas de la page n° 116 du livre

<sup>59</sup> M. De BOISSÉSON, *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, préc., note 2, p.9

<sup>60</sup> Voir en ce sens la réflexion de A. Jeammaud, *Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s’agit-il ?*, dans F. Osman (dir.), *Vers un Code européen de consommation-codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.35 et ss, spéc. p.43



## **Limites du sujet**

Nous rappelons que cette recherche porte sur l'arbitrage commercial international et les garanties procédurales. Devant le nombre de points qu'il est nécessaire de développer et la richesse du sujet, nous avons fait le choix de circonscrire les garanties procédurales dans l'analyse de l'évolution du processus d'harmonisation de la procédure arbitrale commerciale internationale. Nous envisageons de présenter des aspects de la procédure d'arbitrage commerciale internationale qui sont déjà standardisés et harmonisés dans la pratique de l'arbitrage international. Pour ce faire, nous procéderons par la méthode comparative, en exposant les points de similitude entre la procédure de la Common Law et celle du droit civil. En effet, nous avons fait le choix de certains pays où l'arbitrage commercial international connaît un important développement et en fonction de l'influence de leurs lois ou de leur droit sur la scène internationale. Ainsi, nous avons mis dans la liste les pays comme l'Allemagne, l'Angleterre, la Belgique, le Canada dont le Québec, les États-Unis, la France, la Suisse, etc. Par ailleurs, nous ne fermons pas la porte quand il faut interpellier la loi italienne, hollandaise ou tout autre pays dont le droit pourrait contribuer à soutenir nos analyses sur l'harmonisation de la pratique et de la procédure d'arbitrage commercial international comme une des garanties procédurales. De plus, la procédure d'arbitrage international est en cours d'harmonisation. Dans cette étude, nous ne comptons pas développer certains aspects dans lesquels un consensus est loin d'être dégagé entre les acteurs du commerce international, notamment la *res judicata*, les frais de procédure, la langue de l'arbitrage, la désignation de l'arbitre, la composition du tribunal arbitral, les questions préjudicielles. Ce sont des points qui pourraient faire l'objet d'études subséquentes.



## **Plan du sujet**

Cette étude est divisée en quatre chapitres dont le premier portant sur les initiatives d'harmonisation des règlements d'arbitrage commercial international dresse un panorama de la contribution des institutions internationales, des États et des centres d'arbitrage international à l'harmonisation de la procédure arbitrale internationale. Ce chapitre présente les instruments juridiques internationaux, étatiques et institutionnels visant cette harmonisation. Le deuxième chapitre développe la standardisation de la procédure d'arbitrage international dans le cadre des mesures d'instruction, notamment dans la recherche de la preuve documentaire, dans le témoignage et l'expertise. Dans cet aspect de la procédure, apparaît le rapprochement du système civiliste et de la Common Law pour rendre véritablement international l'arbitrage et favoriser l'équilibre et les apports des deux régimes quand besoin se fait sentir. Au chapitre trois, nous examinons le principe du procès équitable avec son contenu varié, notamment les principes d'indépendance, de l'autonomie, du contradictoire, du droit de la défense, etc., qui constituent un socle auquel tout système juridique se réfère pour garantir la légitimité de leurs décisions. Enfin, le quatrième chapitre s'intéresse à l'harmonisation des instruments juridiques de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Cette partie de la recherche analyse l'évolution du processus de reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères en mettant l'emphase sur la Convention de New York de 1958, ratifiée par la majorité des États<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup>C'est pourquoi nous n'avons pas développé le rôle de la Convention de New York dans l'harmonisation de la procédure d'arbitrage dans le chapitre dans le chapitre I, pour le faire au dernier chapitre consacré à l'harmonisation de la procédure de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale étrangère.

## Chapitre I.- Les initiatives d'harmonisation des instruments juridiques relatifs à l'arbitrage commercial international

L'évolution récente du commerce international a permis de constater une tendance à "dénationaliser"<sup>62</sup> l'arbitrage international. Dans diverses causes, «*les arbitres ont déclaré soumettre l'arbitrage et le contrat litigieux à des principes et règles puisés dans le droit international ou dans le droit dit "transnational", sans chercher un appui dans un droit quelconque.*»<sup>63</sup> Berthold GOLDMAN a souligné que «Les instances arbitrales peuvent en revanche échapper à toute loi ou à toute règle de droit générale et préétablie qui gouvernerait matériellement toute instance de cette catégorie, voire tout ensemble de dispositions spécifiques à une instance arbitrale déterminée, sous réserve, dans tous les cas, des principes fondamentaux [et] d'ordre public réellement international.»<sup>64</sup> Des conventions internationales, des lois, des règlements institutionnels ont été adoptés en vue de l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international et de l'adaptation de ce processus au progrès du commerce international. Ainsi, dans la logique de transcender les conflits de chapelles sur l'application des règles procédurales de chaque grand système juridique international, l'harmonisation des systèmes juridiques internationaux et la standardisation des procédures y relatives visent à lever les barrières légales pour rendre effectivement international l'arbitrage commercial. En effet, de plus en plus, nous assistons à des initiatives internationales, institutionnelles (section 1) et nationales (section 2) touchant la modernisation, la flexibilité et la standardisation de la procédure d'arbitrage commercial international. Ces initiatives s'orientent dans le sens de favoriser les garanties procédurales dans la pratique de l'arbitrage commercial international.

---

<sup>62</sup> Vocabulaire utilisé par Berthold GOLDMAN, «Instance judiciaire et instance arbitrale internationale» dans *Études offertes à Pierre BELLET*, Paris, éd. Litec, 1991, p.221 ; voir aussi Andreas BUCHER, *Le nouvel arbitrage en Suisse*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Coll. Elbing et Lichtenhahn, 1988, p.13

<sup>63</sup> Andreas BUCHER, *id.*, p.13

<sup>64</sup> B. GOLDMAN, B. GOLDMAN, *Études offertes à Pierre BELLET*, préc., note 62, p.221

## Section 1. Les initiatives au niveau international et institutionnel

Plusieurs institutions internationales ont pris des initiatives pour harmoniser et standardiser la procédure arbitrale commerciale internationale en vue de rassurer les acteurs du commerce international quant à la prévisibilité des procédures se déroulant en vertu de cette méthode de résolution non judiciaire de litiges internationaux. La Loi-type de la CNUDCI représente l'un des textes, qui a beaucoup contribué à la modélisation de la procédure d'arbitrage commercial international. En effet, vu la légitimité de la CNUDCI à cause de son statut d'agence des Nations Unies, ces Lois-types sont toujours largement acceptées même parmi les pays développés<sup>65</sup> (A). D'autres instruments jouent par ailleurs un rôle prépondérant en ce sens, notamment celui de l'IBA (*International Bar Association*) (B), ou ceux des centres d'arbitrage commercial international les plus importants (C).

### 1.1.- L'apport de la Loi-type de la CNUDCI

La *Loi-type de la CNUDCI* sur l'arbitrage commercial international (la "*Loi type*") a été adoptée par la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)* le 21 juin 1985, à l'issue de sa dix-huitième session<sup>66</sup>. Elle constitue une base solide pour l'harmonisation et l'amélioration des législations nationales. Elle couvre toutes les étapes du processus arbitral, depuis la convention d'arbitrage jusqu'à la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, et traduit un consensus mondial sur les principes et les points importants de la pratique de l'arbitrage international.<sup>67</sup> Elle peut être adaptée aux différents systèmes juridiques ou

---

<sup>65</sup> Gabrielle Kaufman-KOHLER, «Globalization in Arbitration Procedure» (2003) 36 *Vanderbilt Journal Transnational Law*, 1313, p.1324

<sup>66</sup> Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 telle qu'amendée en 2006, p.25. En ligne <[http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)> (consulté le 30 mai 2009)

<sup>67</sup> *Id.*, p.25

économiques du monde entier et peut aussi servir de « *référence législative internationale pour un droit de l'arbitrage moderne et a servi de base à la législation arbitrale d'un grand nombre de pays.* »<sup>68</sup>

Par conséquent, la Loi-type a été élaborée pour remédier aux grandes disparités entre les législations nationales sur l'arbitrage, vu la nécessité d'une amélioration et d'une harmonisation dans la pratique de la procédure arbitrale lorsqu'on a constaté que, bien souvent, les lois nationales étaient particulièrement inadaptées aux arbitrages internationaux.<sup>69</sup> Elle résulte du constat que

«Les législations nationales obsolètes comportent souvent des dispositions qui assimilent la procédure arbitrale à la procédure judiciaire et des dispositions fragmentaires qui ne traitent pas toutes les questions de droit matériel pertinentes. Même la plupart des lois qui paraissent à jour et complètes ont été conçues essentiellement, sinon exclusivement, dans l'optique d'un arbitrage national. Il en résulte malheureusement que des concepts traditionnels locaux sont imposés pour des affaires internationales et que les besoins de la pratique moderne ne sont généralement pas satisfaisants.»<sup>70</sup>

En effet, fruit d'un travail de quatre années, la *Loi-type* de la *CNUDCI* a été élaborée par les représentants et experts en arbitrage de plus de soixante États et dix-huit organisations internationales.<sup>71</sup> Écrite pour l'arbitrage commercial international, elle peut être utilisée pour formuler une loi sur l'arbitrage interne pour l'État désireux d'éviter « *toute dichotomie de sa législation sur l'arbitrage* ». <sup>72</sup> Cet instrument est loin d'être obligatoire et contraignant pour les États Parties <sup>73</sup>. Subséquemment, il accorde une large place à l'autonomie de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral, dans le choix des règles de procédure et du droit

---

<sup>68</sup> *Id.*, p.25

<sup>69</sup> *Id.*, p.26

<sup>70</sup> *Id.*, p.26

<sup>71</sup> Sabine THUILLEAUX, *préc.*, note 6 ,p.4

<sup>72</sup> *Id.*, p.4

<sup>73</sup> En 2008, 68 États ont adopté un texte législatif fondé sur la Loi-type de la CNUDCI ; voir à ce sujet, la liste de ces pays, en ligne : <[http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)>, (consultée le 30 mars 2009)

applicable au fond. De ce fait, il peut être facultativement adopté par les législateurs nationaux.<sup>74</sup>

Toutefois, il constitue un modèle de loi qui codifie un grand nombre de "coutumes" et pratiques courantes en matière d'arbitrage international et de droit international privé.<sup>75</sup>

En revanche, *la Loi-type* n'a pas été à l'abri des critiques. Lord MUSTILL, pour justifier le fait que l'Angleterre ne l'ait pas adoptée en 1996 au moment de la réforme de sa loi arbitrale, a précisé que :

«*La loi-type de la CNUDCI* était un document d'harmonisation d'une grande importance, mais la nécessité de parvenir à un accord entre tant les États membres différents les uns des autres signifia que les ambitions des promoteurs de cette *loi-type* avaient été plutôt modestes. C'est ainsi qu'il y a des pans entiers du droit de l'arbitrage sur lesquels *la loi-type* reste muette. De plus, certaines questions les plus cruciales n'ont pas abouti à un accord. Par exemple durant les débats qui aboutirent à la [L]oi-type, le problème ardu et capital qui consiste à identifier les dispositions qui doivent avoir un caractère obligatoire fut maintes fois repoussé et finit par ne jamais être traité.»<sup>76</sup>

Il est constaté que, même après sa modification, cette Loi-type reste encore flexible sur la procédure arbitrale internationale. Ainsi, en 2006, la révision de la Loi-type a été décidée et réalisée en vertu des résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU. La Commission était saisie de deux notes intitulées "*Travaux futurs pouvant être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux*"<sup>77</sup> et "*Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCP*"<sup>78</sup>. Elle a pris note des propositions faites par le Groupe de travail à sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006) de se concentrer entre autres sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.<sup>79</sup> En effet, la Commission a réalisé que le Règlement d'arbitrage, qui était l'un des premiers instruments qu'elle avait élaborés dans le domaine de l'arbitrage, était considéré comme

<sup>74</sup> Voir Ph. FOUCHARD, «La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international» (1987) 4 *Clunet* 861, p.864

<sup>75</sup> Sabine THUILLEAUX, *préc.*, note 6, p.4

<sup>76</sup> Lord Michael John Mustill, « La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : philosophie, inspiration, aspiration »(1997) 1 *Rev. Arb.* 29, p.36

<sup>77</sup> Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 330, n° 4739 (A/CN.9/610)

<sup>78</sup> *Id.*

<sup>79</sup> *Id.*, précisément (A/CN.9/952, par. 89 à 95)

un texte très réussi, adopté par de nombreux centres d'arbitrage et utilisé dans de nombreuses affaires, par exemple dans les litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et de l'état du Règlement d'arbitrage, la Commission a généralement estimé qu'une révision éventuelle ne devrait pas modifier la structure du texte, son esprit, son style rédactionnel et qu'elle devrait en respecter la souplesse au lieu de la rendre plus complexe<sup>80</sup>.

L'objectif de cette révision est clair. Celle-ci vise en particulier à moderniser la procédure d'arbitrage, à renforcer son harmonisation<sup>81</sup> et à l'adapter à l'évolution des nouvelles Technologies de la Communication et de l'Information<sup>82</sup>. En outre, la Commission intègre dans le texte la reconnaissance des clauses compromissoires par référence<sup>83</sup>, laquelle était absente dans le document initial. De plus, elle élabore davantage sur la possibilité que les arbitres accordent des mesures provisoires et conservatoires<sup>84</sup>, évidemment sous certaines conditions, notamment<sup>85</sup> la

---

<sup>80</sup> Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session 19 juin-7 juillet 2006 ; Assemblée générale. Documents officiels. Soixante et unième session. Supplément no 17 (A/61/17), ISSN 0251-9151, Nations Unies, New York, 2006; Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 330, n° 4739 ; Voir le texte de modification à l'annexe, juste après la Loi-type.

<sup>81</sup> Article 2A de l'article 7 révisé

<sup>82</sup> Voir le paragraphe 2 de l'article 7 : « [...] Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.

3. Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens.

4. Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie.»

<sup>83</sup> Option I, point 6, article 7

<sup>84</sup> Option II, chapitre 4, article 17, Chapitre IV A. [...], Article 17. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires : 1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires ; 2. Une mesure provisoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie: a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché; b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même; c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.

<sup>85</sup> Article 17 I. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution

1. La reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire ne peut être refusée que:

a) À la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, si le tribunal a la conviction:  
i) Que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) i), ii), iii) ou iv); ou

constitution d'une garantie, l'absence de rétractation ou de suspension de la décision par le tribunal arbitral.

L'*International Bar Association (IBA)* a aussi contribué positivement à ces initiatives de standardisation et de mise en œuvre des garanties procédurales dans l'harmonisation du processus arbitral international.

### **1.2.- La contribution de l'*International Bar Association (IBA)***

Deux ans avant l'adoption de la *Convention de New York de 1958* - le 25 juillet 1956 - à Oslo (Norvège), l'*IBA* avait adopté *The International Code of Ethics of Lawyers*, qui sera amendé à la Conférence de l'Association tenue à Mexico le 24 juillet 1964. Cet instrument constitue un outil de référence et un code de conduite afin d'harmoniser les exigences des règles d'éthique dans le but d'orienter les arbitres internationaux dans le processus d'arbitrage. En 1983, elle avait de plus publié les *Règles complémentaires de preuve à l'usage de l'arbitrage commercial international*.<sup>86</sup>

---

ii) Que la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie en rapport avec la mesure provisoire qu'il a prononcée n'a pas été respectée; ou

iii) Que la mesure provisoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'il y est habilité, annulée ou suspendue par le tribunal de l'État dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée; ou

b) Si le tribunal constate:

i) Que la mesure provisoire est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés, à moins qu'il ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

ii) Que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

2. Toute décision prise par le tribunal pour l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 1 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire. Le tribunal auprès duquel la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, la mesure provisoire quant au fond.

<sup>86</sup> Voir ce document à l'annexe 14, dans A. REDFERN et M. HUNTER, *préc.*, note 76, p.493 ; voir aussi en ligne : <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)>, (consulté le 12 mai 2009)

En 1987, cette organisation professionnelle avait adopté les *Rules of Ethics for International Arbitrators*, qui avaient établi une exigence de neutralité et un devoir pour les arbitres de révéler toute relation avec les parties en cause.<sup>87</sup>

Avec l'évolution de l'arbitrage commercial international, l'IBA a décidé d'adapter ses instruments et a ainsi institué un Comité de travail en 1997. Le travail de ce groupe a donné, le premier juin 1999, naissance aux *Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*. En effet, selon un auteur,

«Drafted by a working party composed of arbitration specialists with civil-Law and common-law backgrounds<sup>88</sup>, the IBA rules primarily restate and generalize practices that were already in use in international arbitration. These practices sought to achieve compromise solutions taking into account both common-law and civil-law approaches.»<sup>89</sup>

Ce guide

«Play an important role in shaping arbitration procedure. They provide guidelines rather than actual rules, and address such issues as documents production, written witness statements and witness examinations, expert evidence, the admissibility of evidence, and privileges.»<sup>90</sup>

Ce document constitue le reflet de la diversité de cultures juridiques dans le milieu de l'arbitrage commercial international.<sup>91</sup> Pour poursuivre cet objectif d'harmonisation, l'IBA a publié, le 12 juillet 2004<sup>92</sup>, les *Directives sur l'impartialité, l'indépendance et la révélation*<sup>93</sup>. Cette version récente actualise, à notre avis, les *Directives de 1987* qui portaient sur le même sujet.

---

<sup>87</sup> Ioannis VASSARDANIS, «Les directives de l'international Bar Association sur l'impartialité, l'indépendance et la révélation en matière d'arbitrage international» dans Alexis MOURRE (dir.), *Les Cahiers de l'arbitrage*, préc., note 4, p.52

<sup>88</sup> Les membres du groupe ayant préparé la guide de l'IBA sont : Hans BAGNER, Suède ; John BEECHEY, Angleterre ; Jacques BUHART, France ; Peter CADWELL, Hong Kong ; Bernardo M. Cremades, Espagne ; Otto De Witt Wijnen, La Hollande ; Emmanuel GAILLARD, France ; Paul A. GELINAS, France ; Pierre A. KARRER, Suisse ; Wolfgang KÜHN, Allemagne ; Jan PAULSSON, France ; Hilmar RAESCHKE-KESSLER, Allemagne ; David RIVKIN, Etats-Unis ; Giovanni UGHI, Italie ; Hans Van HOUTTE, Belgique ; Johnny VEEDER, Angleterre. Voir en ligne <[http://www.zivilprozessordnung.ch/uploads/Commentary New IBA Rules of Evidence.pdf](http://www.zivilprozessordnung.ch/uploads/Commentary_New_IBA_Rules_of_Evidence.pdf)>, (consulté le 30 mars 2009)

<sup>89</sup> Gabrielle Kaufman-KOHLER, préc., note 65, p.1324

<sup>90</sup> *Id.*

<sup>91</sup> Nathalie Voser, (2005), préc., note 56, p.113

<sup>92</sup> Voir Ioannis VASSARDANIS, préc., note 4, p.74

<sup>93</sup> Nous analyserons plus en détail les règles de l'indépendance et de l'impartialité dans le chapitre 3.



Par ailleurs, le rayonnement de l'IBA dans le monde permet le développement de ce standard de procédure, puisqu'elle est présente dans environ 107 pays et compte sur la participation d'environ 1650 praticiens de l'arbitrage international<sup>94</sup>.

Avec ces instruments d'orientation du processus d'arbitrage, l'IBA ajoute un pallier important à l'harmonisation des garanties procédurales dans le processus d'arbitrage commercial international. C'est pourquoi les centres internationaux d'arbitrage prennent à cœur beaucoup de ces obligations pour maintenir leur légitimité.

### **1.3.- La participation des centres d'arbitrage commercial international**

Les centres internationaux d'arbitrage commercial international contribuent à la promotion de la standardisation de la procédure arbitrale. Beaucoup d'entre eux ont intégré en partie le contenu de la *Convention de New York* ou de la *Loi-type de la CNUDCI* dans leur règlement d'arbitrage. Gabrielle KAUFMANN-KOHLER a fait ce constat en faisant ressortir l'importance de ces institutions dans le processus d'harmonisation, en précisant que

*«Institutional arbitration rules are an additional vehicle for standardization. Major European institutional arbitration rules include those produced by the International Chamber of Commerce,<sup>95</sup> the London Court of International Arbitration<sup>96</sup>, the Vienna and Stockholm*

---

<sup>94</sup> Voir en ligne <[http://www.zivilprozessordnung.ch/uploads/Commentary\\_New\\_IBA\\_Rules\\_of\\_Evidence.pdf](http://www.zivilprozessordnung.ch/uploads/Commentary_New_IBA_Rules_of_Evidence.pdf)>, en ligne (consulté le 30 juillet 2008).

<sup>95</sup> Créée en 1923, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI adopte un nouveau Règlement d'arbitrage le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Entamé il y a plus de 3 ans sous l'impulsion de la Cour Internationale d'Arbitrage, le processus de révision du règlement s'est achevé par son entrée en vigueur à ladite date. La CCI révisé son règlement de différend pour l'adapter à l'évolution de l'arbitrage commercial international. A l'origine, la Cour Internationale d'Arbitrage ("la Cour") avait proposé en 1995 de ne traiter que quelques aspects saillants du règlement d'arbitrage alors en vigueur, tels, notamment, la constitution du tribunal arbitral dans les arbitrages multipartites, les tribunaux arbitraux "tronqués", le pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures conservatoires ou provisoires, l'obligation de confidentialité, la correction ou l'interprétation de sentences arbitrales. La Commission de l'arbitrage international de la CCI - composée de délégués des divers Comités nationaux de la CCI - décida, décida de procéder à une révision plus approfondie du Règlement. C'est ainsi qu'un groupe de travail au sein de cette commission fut créé. Ainsi, le Groupe de travail décida de : - réduire les délais et l'imprévisibilité, - rationaliser les coûts, - et améliorer les règles défectueuses, tout en respectant les caractéristiques de l'arbitrage CCI et en s'assurant de préserver les garanties que les utilisateurs en attendent. Voir à ce sujet Christophe IMHOOS «Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) de 1998, en ligne <<http://www.imhoos-law.ch/doc/RCCI98.pdf>>, (Consulté le 30 juillet 2008) ; Il faut noter l'importance de la CCI dans la standardisation de la procédure arbitrale commerciale internationale. Ainsi, selon C. IMHOS, la CCI est composée de 68 membres provenant de plus de 55 pays différents, ce qui lui confère un caractère réellement international. » ; La Cour administre en permanence environ 900 affaires et connaît plus de 400 nouveaux cas par an (452 en 1997, année record). Elle a examiné jusqu'à ce jour près de 10'000 affaires, et ce depuis sa création en 1923.».

*Chambers of Commerce, and the Arbitration Centre of the World Intellectual Property Organization. In the United States, the International Arbitration Rules of the American Arbitration Association<sup>97</sup> are most commonly used and, in Asia, the same is true of the Rules of Hong Kong International Arbitration enter. Even Though the ICSID Convention and Arbitration Rules contain certain features in arbitration that differ from other sets, they still contribute to the standardization».<sup>98</sup>*

Tous ces centres de services ou toutes ces institutions destinées à l'arbitrage commercial international ont un rayonnement international. Les affaires<sup>99</sup> qu'ils traitent intéressent plusieurs pays<sup>100</sup>. Nathalie VOSER avait encouragé l'harmonisation de la procédure d'arbitrage à partir de la standardisation des pratiques développées et appliquées par ces centres d'arbitrage commercial international.<sup>101</sup> Ainsi, l'influence de ces centres matérialise déjà ce souhait du fait de la propagation d'un modèle de procédure d'arbitrage dans des espaces juridiques divers où s'appliquent la *Common Law* et le droit civil.

Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur l'analyse des activités de ces centres du fait que les autres chapitres de la recherche portent sur la comparaison des pratiques de l'arbitrage commercial international et les garanties procédurales que ces pratiques offrent.

Par ailleurs, à l'instar des responsables des centres d'arbitrage, les dirigeants de certains pays modernisent leurs instruments juridiques nationaux relatifs à l'arbitrage aux fins d'encourager ce processus sur leur territoire.

---

<sup>96</sup>Selon Marc HENRY, Créé en 1892, la LCIA, anciennement London Court of Arbitration(LCA) est l'une des plus anciennes institutions d'arbitrage.» Dans son ouvrage : *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Paris, L.G.D.J., 2001, p.109

<sup>97</sup> « L'*American Arbitration Association* a été créée en 1926. Elle est le résultat de la fusion opérée entre l'*Arbitration Society of America* et l'*Arbitration Foundation*. Basée à New York, elle a pris au fil des années une importance grandissante entretenue par sa vocation généraliste.» «L'AAA connaît un Règlement de base appelé <AAA's Commercial Arbitration Rules > qui a été modifié en 1988 ainsi qu'un recueil de règles particulières pour l'arbitrage commercial international appelé <AAA Supplementary Procedures for International Commercial Arbitration >, en vigueur depuis 1986.» *Id*, p.111

<sup>98</sup> Gabrielle Kaufman-KOHLER, **préc.**, note 65, p.1325

<sup>99</sup>Voir les statistiques de la ICC report, 2006,2007 et 2008 pour avoir une idée

<sup>100</sup> Voir *ICC report* 2006, p.5.

<sup>101</sup> Nathalie VOSER, (2005), **préc.**,note 56, p.113

## Section 2. Le rôle des droits nationaux dans l'harmonisation des instruments juridiques relatifs à l'arbitrage

Les dirigeants des États se préoccupent de plus en plus du rôle de l'arbitrage international en tant qu'outil de résolution des litiges commerciaux. La récente jurisprudence des tribunaux de divers pays et l'activité déployée par les législateurs des États font clairement apparaître le souci de favoriser l'accueil des arbitrages internationaux dans leur pays<sup>102</sup>. Ainsi, beaucoup ont pris l'initiative de préconiser des solutions nouvelles et libérales pour l'arbitrage commercial international, en écartant les règles rigides, conçues pour l'arbitrage interne et inadaptées aux besoins du commerce international.<sup>103</sup> Cette volonté d'attirer le plus grand nombre possible d'arbitrages sur leur territoire favorise le changement des lois nationales ou des revirements jurisprudentiels en vue d'adapter le processus de règlements des différends aux contingences économiques et à l'évolution de l'arbitrage international. C'est dans ce but que, depuis la fin des années 1970<sup>104</sup>, beaucoup de pays réalisent des réformes en vue d'établir un standard de procédure arbitrale commerciale internationale. Le mouvement pour l'harmonisation de la procédure arbitrale dans ces États se fait à plusieurs niveaux. Premièrement, les États commencent la standardisation<sup>105</sup> en tenant compte de ce qui se fait ailleurs pour –entre autres – attirer les arbitrages sur leur territoire. Deuxièmement, ce mouvement a influencé les institutions internationales et a permis l'adoption de la *Loi-type de la CNUDCI* et les réformes des centres d'arbitrage<sup>106</sup>. Troisièmement, la *Loi-type de la CNUDCI* ainsi initiée sert de modèle aux lois nationales et inspire les réformes de divers États du monde. Pour caractériser cette adaptation

---

<sup>102</sup> Andreas BUCHER, *préc.*, note 63, p17

<sup>103</sup> *Id.*, p13

<sup>104</sup> Voir Katherine LYNCH, *préc.*, note 7

<sup>105</sup> Gabrielle Kaufman-KOHLER, *préc.*, note 65, p.1324

<sup>106</sup> Voir en ce sens le commentaire de Christophe IMHOOS «Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) de 1998 < <http://www.imhoos-law.ch/doc/RCCI98.pdf> >, (Consulté le 30 mai 2009)

presque généralisée et ce processus d'harmonisation, Gabrielle Kaufmann-KOHLER a précisé que

« National Laws are Increasingly Harmonized, Achieving Consensus on General Principles of Arbitration Procedure: [And] Arbitration laws are increasingly harmonized. As a result, they tend to become interchangeable. Admittedly, most of them have not yet reached this stage, but the overall trend is undisputable. If arbitration laws are truly interchangeable, which one applies becomes irrelevant. In this sense, the impact of individual national laws decreases. »<sup>107</sup>

Ce mouvement semble irréversible, car la modernisation va croissant au niveau national au gré des compétitions entre les États pour attirer les entreprises en vue des règlements de leurs différends. C'est ce qu'ont démontré les différents règlements d'arbitrage adoptés depuis les années 1985, - date de l'adoption de la *Loi-type de la CNUDCI*. Nous pouvons prendre, entre autres, les cas de l'Allemagne, de l'Angleterre, de la Belgique, du Canada, des États-Unis, de la Suisse, etc. Aucun de ces pays ne veut être évincé de la course à l'arbitrage international en vue de leur développement économique et commercial. Comme nous l'avons mentionné à l'introduction, nous avons choisi ces pays en raison de leur rôle dans le développement économique et de celui de l'arbitrage commercial international et du fait de leur place dans l'un des régimes juridiques ( droit civil et *Common Law*) qui nous servent de référence.

## A.- Les pays du droit civil

### 2.1. L'Allemagne

Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998, la loi de la réforme du droit allemand de l'arbitrage, qui s'est traduite par une refonte du deuxième livre du Code de procédure civile allemand (Z.P.O.), s'inscrit d'emblée dans le mouvement de la réforme des droits nationaux, qui résulte de l'adoption de la *Loi-type de CNUDCI*, opérée par plusieurs pays<sup>108</sup>. De ce fait, «le nouveau droit

---

<sup>107</sup> Gabrielle Kaufman-KOHLER, *préc.*, note 65, p.1320

<sup>108</sup> *Id.* 165

*allemand s'inspire très largement de ce texte et en reprend de manière quasi-intégrale de nombreuses dispositions.»*<sup>109</sup>

Par ailleurs, il faut souligner que l'Allemagne avait adopté une loi sur le droit international privé le 25 juillet 1986 qui comportait à l'article 4 quelques modifications ponctuelles au Code de procédure civile en matière d'arbitrage<sup>110</sup>. Ces modifications avaient pour but d'assouplir les exigences relatives à la signature, à la notification et au dépôt de la sentence arbitrale<sup>111</sup> et prévoyaient la compétence subsidiaire du tribunal étatique au lieu d'arbitrage<sup>112</sup>, éliminant ainsi des règles rigides dont les inconvénients ont été parfaitement ressentis dans l'arbitrage international.<sup>113</sup>

La réforme de 1998 présente la particularité d'étendre aux procédures internes les solutions et les règles applicables aux procédures internationales<sup>114</sup>. Cette particularité - par rapport, par exemple au droit français qui fait une différence bien claire entre l'arbitrage interne et international -, favorise l'harmonisation de la procédure d'arbitrage international dans ce pays.

En outre, le législateur allemand a encouragé l'arbitrage tant que celui-ci n'est pas contraire à l'ordre public. Ainsi, cette réforme, qui vise à attirer l'arbitrage international en Allemagne, débouche sur l'adoption d'un texte ayant un objectif et contenu similaires à plusieurs instruments de règlements de différends adoptés par les autres États.<sup>115</sup> Par conséquent, le principe de la

---

<sup>109</sup> Valéry DENOIX DE SAINT-MARC, « La réforme du droit allemand de l'arbitrage » (2006), dans Alexis MOURRE (dir.), *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Vol. I, préc., note 4, p.161 ; Voir la Loi du 22 décembre 1997, Bundesgesetzblatt 1997 II, p.3224 dans Rev. Arb. 1998, n° 2

<sup>110</sup> IP Rax p.322 ss., 328; ILM 1988 p.1 ss., 28 ss.; Yb.Com. Arb. (1987), p.363.

<sup>111</sup> Voir l'art. 1039 ZPO

<sup>112</sup> Art. 1045 al.1 ZPO

<sup>113</sup> Andreas BUCHER, préc., note 63, p.16

<sup>114</sup> Valéry DENOIX DE SAINT-MARC, préc., note 109, p.161

<sup>115</sup> Wolfgang KÜHN, « Current Issues on the Application of the New York Convention. A German Perspective » (2008) 25(6), *Journal of International Arbitration*, Netherlands, Kluwer Law International 743, p.751

communication des pièces, *la due process of law*, la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale internationale sont véritablement garanties.

Enfin, en réalisant cette réforme, le gouvernement allemand, comme il l'indique dans sa présentation au Parlement allemand, poursuit en effet un double objectif : le rôle de l'Allemagne comme siège de procédures arbitrales internationales, mais également soulager les tribunaux grâce à un recours accru à l'arbitrage interne.<sup>116</sup>

En effet, l'harmonisation n'étant pas similaire à l'unification, chaque État est libre d'adapter les règles de la procédure arbitrale internationale à sa propre culture juridique et selon ses besoins spécifiques.

## **2.2. La Belgique**

Le législateur belge a également pris des initiatives en vue de moderniser la procédure d'arbitrage international pour rendre ce pays plus accueillant des étrangers, qui cherchent un siège attrayant pour l'arbitrage international. C'est pourquoi il avait exclu le contrôle judiciaire des sentences arbitrales, quand celles-ci ne concernaient en rien la Belgique comme pays du lieu de l'arbitrage. Pour appliquer sa conception de l'autonomie et afin d'encadrer la révision de toutes sentences arbitrales par les tribunaux du pays, le législateur belge a adopté la *Loi du 27 mars 1985* complétant l'art. 1717 du Code judiciaire. Cette loi dispose que « *les tribunaux belges ne peuvent connaître une demande en annulation que lorsqu'au moins une partie au différend tranché par la sentence arbitrale est soit une personne physique, soit une personne morale constituée en Belgique ou y ayant une succursale ou résidant en Belgique ou un siège quelconque*

---

<sup>116</sup> *Id.*, p.161

*d'opération.»*<sup>117</sup> En conséquence, des objections éventuelles à la sentence ne pouvaient être formulées qu'à l'étranger, à l'occasion de la demande de l'exequatur.<sup>118</sup> En 1998, la Belgique a modifié sa législation en la matière, pour l'adapter au développement et à la dynamique de l'arbitrage international<sup>119</sup>. Cette loi de 1998 - de par son libéralisme - permet d'exécuter, en Belgique, une sentence annulée au siège de l'arbitrage.<sup>120</sup> De plus, cette loi a été abandonnée pour favoriser un contrôle plus poussé par les tribunaux du processus d'arbitrage. Ainsi, la jurisprudence belge, en 2007, applique dans le sens contraire le décret du 27 mars 1985, qui était jugé moins favorable au développement de l'arbitrage international, dans la mesure où les lois belges – à cause du non-interventionnisme qu'on y préconisait - n'avaient pas offert assez de protection aux parties qui avaient choisi la Belgique comme siège d'arbitrage.

Dans l'affaire *CYTEC* contre *SNF*, la justice belge accorde une place importante à la loi du siège de l'arbitrage même lorsque les parties n'ont rien à voir avec la Belgique comme il est dit à l'article 1717 du Code judiciaire. Dans ce jugement, *Cytec*, une société de droit néerlandais, produit et commercialise le monomère d'acrylamide (ou AMD). *SNF*, Société de droit français qui commercialise des produits polyacrylamides (PMD), a conclu des contrats d'approvisionnement exclusifs d'AMD, nécessaires à la production des PMD auprès de *CYTEC*. À l'occasion d'une rupture d'approvisionnement de stocks que *CYTEC* estime abusive, celle-ci engagea une procédure d'arbitrage selon le Règlement CCI auquel les parties s'étaient soumises, afin d'obtenir l'indemnisation du préjudice subi de ce fait. Le siège de l'arbitrage était à Bruxelles, et les parties avaient soumis leur contrat à la *lex mercatoria*. Après l'échec, en partie

---

<sup>117</sup> Voir Rev. Arb. (1985) 461, p.463 ; ILM 1986 p.725

<sup>118</sup> Andreas BUCHER, *préc.*, note 63, p.16

<sup>119</sup> Loi du 19 mai 1998, Moniteur belge du 7 août 1998 ; Voir notamment sur la question Keutgen G., « La nouvelle loi belge sur l'arbitrage », Journal des tribunaux, 1998, 761 ; B. HANOTIAU et G. BLOCK, « La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l'arbitrage » (1998), Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage, p.528

<sup>120</sup> Bernard HANOTIAU, « Développements récents – législatifs et jurisprudentiels – en matière d'arbitrage commercial en Belgique. » (2006), dans Alexis MOURRE (dir.), Les Cahiers de l'Arbitrage, Vol. I, *préc.*, note 4, p.165

des voies de recours en France, la SNF avait saisi le Tribunal de première instance de Bruxelles d'un recours en annulation, sur lequel fut rendu un jugement le 8 mars 2007. Cette décision a pris contre-pied de l'arrêt français. Le tribunal belge précise que les articles 1704,2 (a) et 1707,4 du Code judiciaire confèrent au juge statuant dans le cadre de recours en annulation formée contre des sentences arbitrales, la mission '*d'assurer l'effectivité des dispositions d'ordre public*' et que '*le contrôle des dispositions d'ordre public suppose que la motivation de la sentence soit examinée en fait et en droit, non seulement d'un point de vue formel mais aussi du point de vue du contenu.*' Le tribunal ajoute qu'en vertu de ces dispositions du Code judiciaire belge « *toute violation de l'ordre public est sanctionnée par l'annulation de la sentence et pas seulement les violations flagrantes, effectives et concrètes*<sup>121</sup>. » D'où le tribunal accueille la demande, se reconnaît ainsi compétent. Ce jugement favorable au contrôle judiciaire interne de la part de la Belgique écarte le décret du 27 mars 1985 complétant l'article 1717 du Code judiciaire belge.

Cette jurisprudence ainsi que la Loi de 1998 contribuent à la modernisation et à l'harmonisation du droit belge de l'arbitrage du fait que ce pays aménage ses instruments juridiques à cet effet et rejoint ainsi les autres pays qui ont permis le contrôle judiciaire de la sentence arbitrale internationale.<sup>122</sup>

### **2.3. La France**

La France, notamment Paris, constitue une place très attirante pour l'arbitrage commercial international<sup>123</sup>, grâce à l'approche foncièrement libérale qu'elle donne dans ses instruments

---

<sup>121</sup>Voir Rev Arb. (2007)2, commentaires Luca Radicati Di BROZOLO et Alexis MOURRE- La Belgique (Juge du tribunal de Première instance de Bruxelles du 8 mars 2007 entre Société SNF SAS c/ Société Cytec Industrie) 303, p.324

<sup>122</sup> Bernard HANOTIAU, *préc.*, note 119, p.165

<sup>123</sup> Emmanuel GAILLARD «*La question des facteurs de développement de l'arbitrage international et la diffusion de cette approche française*» dans « *L'arbitrage des conflits commerciaux en France et aux Etats-Unis* », LPA, (Les petites affiches), 13 décembre 2007 n° 249, p. 21, en ligne < [lextenso.fr](http://lextenso.fr)>, (consulté le 30 mai 2009)



juridiques. Emmanuel GAILLARD nous livre la réalité de l'arbitrage en France, laquelle justifie l'harmonisation du droit français de l'arbitrage.

«La conception française [...] est cette conception délocalisatrice qui comprend l'arbitrage international comme autre chose que la justice étatique. L'arbitrage est fondé sur la volonté des parties, ce n'est pas un simple décalque de ce qui se passerait devant les juridictions étatiques. Les parties peuvent choisir les procédures, importer celles du type qu'elles veulent, y mettre un peu de procédure de Common Law, choisir leur arbitre, le profil du président, la loi de l'arbitrage. On peut à Paris cross-examiner des témoins pendant des semaines si on en a envie, en anglais si l'on veut et c'est effectivement ce qui se passe de manière quotidienne. Les États-Unis hésitent entre cette conception et la conception anglaise. Il y a un enjeu de pouvoir et de développement du droit.»<sup>124</sup>

Ainsi, plusieurs réformes ont été réalisées en France dans la pratique de la procédure arbitrale internationale en 1974, en 1981 avec le décret portant sur la réforme du nouveau Code de procédure civile de 1976 pour ce qui a trait à l'arbitrage international, avec la réforme de 2001, le décret du 23 janvier 2004 et celui du 20 août 2004.

Il faut se rappeler que le décret du 12 mai 1981, réformant le nouveau Code de procédure civile porte sur l'autonomie de l'arbitrage et sur celle de la volonté des parties. En conséquence, ce décret propose un processus d'arbitrage très simple, éliminant ainsi les méthodes conflictualistes compliquées pour les parties<sup>125</sup>. Subséquemment, le nouveau Code de procédure civile consacre, à l'article 1494, la pleine liberté des parties ; et ce n'est qu'à titre subsidiaire que ce pouvoir est attribué à l'arbitre. Selon l'art.1504 n.C.p.c. une sentence internationale rendue en France ne peut faire l'objet que du seul recours en annulation devant la Cour d'appel, dans les cas énumérés à l'article 1502 n.C.p.c. à l'exclusion de l'appel au fond, réservé à l'arbitrage interne<sup>126</sup>. Le contrôle judiciaire prévu à l'article 1502 n.C.p.c. est plus restreint que celui autorisé par l'article V de la Convention de New York de 1958 ; en effet, la loi applicable n'est à rechercher qu'à de

---

<sup>124</sup>*Id.*, p. 21

<sup>125</sup>Pour un commentaire du décret, voir Antoine KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international- Le droit français en question*, L'Harmattan, 2005, l'introduction et la préface de Paul LAGARDE.

<sup>126</sup> Andreas BUCHER, *préc.*, note 63, p.15

rare occasions, et le juge français ne peut vérifier que si la sentence n'est pas encore devenue obligatoire au sens du droit français<sup>127</sup>.

La simplicité du décret de 1981 permet d'affirmer qu'une institution aussi complexe que diversifiée que l'arbitrage, un système complet écrit de rattachement aurait été fort laborieux et risquerait- en fixant une matière naturellement malléable- d'entraîner de nouvelles rigidités.

De plus, en 1981<sup>128</sup>, en reconnaissant le principe de l'autonomie de l'arbitrage, la modernisation s'est poursuivie pour attirer les entreprises qui cherchent à résoudre leurs litiges par ce mode de résolution de litiges.

Par sa réforme réalisée le 15 mai 2001, la France a réhabilité la clause compromissoire en son droit interne que ses législateurs avaient extirpée le 5 mai 1972.

«La loi du 15 mai 2001, réformant l'article 2061 du Code civil, étend son domaine de validité à tous les contrats conclus en raison d'une activité professionnelle, sous réserve de dispositions législatives particulières. La clause compromissoire reste valable dans les actes de commerce et dans les relations entre associés d'une société commerciale ; elle est désormais autorisée dans tous les contrats relatifs aux activités des artisans, des membres des professions libérales, des agriculteurs. Elle reste prohibée dans les contrats de consommation.»<sup>129</sup>

Selon Philippe FOUCHARD, qui a commenté cette loi, «*La situation du droit et la place de la France dans l'arbitrage international était devenue inquiétante, dans cette atmosphère de vive concurrence mondiale qui règne en la matière depuis quelques dizaines d'années. Il devenait indispensable et urgent de donner de notre système une image plus cohérente, plus intelligible et plus moderne.*»<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> *Id.*, p16

<sup>128</sup> Le décret du 12 mai 1981 (complétant le nouveau Code de procédure civile par les art. 1492 à 1502, voir *Rev. Crit.* 1981 p.568, *Clunet* 1981 p.609, *Rev. Arb.* (1981), 317, *ILM* 1981 p.917) ; *Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 Journal Officiel du 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981*

<sup>129</sup> Ph. FOUCHARD, «La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001»(2001)3 *Rev. Arb.* 397, p.397 ; Loi du 15 mai 2001, *JO*, 16 mai 2001, p.7776, spéc. p.7801

<sup>130</sup> *Id.* 402

Par ailleurs, la jurisprudence française évolue dans le sens du libéralisme du droit de ce pays. Pour le vérifier, il suffit de lire les arrêts *Hilmarton*, *Chromolloy*, *Putraballi*, que nous aurons l'occasion d'analyser au chapitre IV.

## 2.4. La Suisse

En Suisse, l'initiative pour réformer les instruments relatifs à l'arbitrage commercial international en vue de l'harmonisation de la procédure relative à ce mode de règlement de différends est prise et par le gouvernement et par les centres d'arbitrage. Ainsi, la *Loi fédérale sur le Droit international privé* du 18 décembre 1987 (LDIP) avait introduit des règles de procédure applicables sur tout le territoire suisse, quel que soit le siège (dans ce pays) du tribunal arbitral<sup>131</sup>. En conséquence, cette loi avait -même partiellement- résolu la problématique de l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international. En outre, le 6 octobre 2006, l'Assemblée fédérale a modifié l'article 186 de la loi fédérale. Désormais, les tribunaux arbitraux siégeant en Suisse devraient, au terme de cette évolution, pouvoir statuer sur leur propre compétence alors même qu'un tribunal étatique étranger a préalablement été saisi du litige en violation d'une clause d'arbitrage. Le nouvel article 186, alinéa 1 bis LDIP est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2007<sup>132</sup>.

Cette réforme suisse de l'arbitrage suscite un commentaire important du fait que la Suisse répond à la problématique de la litispendance<sup>133</sup>, qui n'est pas encore résolue en arbitrage international.

---

<sup>131</sup> *Id.* 167

<sup>132</sup> Le texte de la loi est désormais le suivant : (Article 186 :VII.- Compétence) «I.-Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence ; Ibis.- Il statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure.» ; voir « Réforme du droit suisse de l'arbitrage » (2007) 1, *Rev. Arb.* 146, p.147 ; cette loi est publiée au Recueil Officiel du 20 février 2007.

<sup>133</sup> Selon l'International Law Association (ILA), vu l'absence de Convention internationale, «The strict *lis pendens* principle was, until relatively recently, not even deemed applicable in the international context (but applied only as between courts in the same country). Voir ILA, Toronto, 2006, International Commercial Arbitration, Final Report in *lis pendens* in Arbitration. En ligne < <http://www.google.ca/search?source=ig&hl=en&rlz=&q=Litispendance%2C+connexit%C3%A9+et+chose+jug%C3%A9+dans+le+tribunal+arbitrage+international%E2%80%9D%2C+&btnG=Google+Search&meta=lr%3D>>, (consulté le 20 mars 2009) ; Voir

D'autre part, elle fait évoluer le droit suisse de l'arbitrage, dans le sens de l'application de la théorie compétence compétence <sup>134</sup> dans la mesure où la législation de ce pays n'avait pas accordé le droit à l'arbitre de déterminer sa propre compétence.

Par ailleurs, les centres d'arbitrage de la Suisse ont adopté, en 2006, un nouveau règlement d'arbitrage international visant l'harmonisation de la procédure de six Chambres de commerce de ce pays.<sup>135</sup> Ce nouvel instrument juridique d'arbitrage international a été initié du fait que la Suisse connaît une diversité de règlements d'arbitrage dans ses différentes Chambres de commerce : Zurich, Bâle, Lausanne, Berne, Genève et Lugano. La diversité culturelle et juridique de ce pays avait donné lieu à bon nombre de perplexités dans le monde du commerce international qui intéressait ce pays.<sup>136</sup> En revanche, cette problématique est aujourd'hui réglée par l'adoption par les six Chambres de commerce (ci-dessus mentionnées) d'un règlement d'arbitrage unique, le règlement suisse d'arbitrage international (le Règlement suisse) entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006<sup>137</sup>. Ce règlement régit «*toute procédure arbitrale dans laquelle la notification d'arbitrage a été soumise à cette date ou postérieurement à celle-ci*»<sup>138</sup> et, ceci chaque fois que la clause arbitrale se réfère à ce règlement ou aux règlements d'arbitrage des

---

Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, éd. Schulthess, Zurich, 2002, p. 456; et François PERRET, « Parallel actions pending before an arbitral tribunal and a state court: the solution under Swiss law », dans *Arbitral Tribunals or State Courts, Who must defer to whom?*, ASA Special Series No. 15 (2001), p. 65. Habituellement, ce sont les tribunaux et les droits nationaux qui décident si oui ou non, il y a lieu de décliner compétence pour un tribunal d'arbitrage lorsque les deux juridictions sont compétentes pour régler un différend entre les mêmes parties et sur une même affaire. La Convention de New York n'a pas résolu le problème. Le Code de droit international privé suisse (article 186.1), le Code de procédure civile italien (l'article 819), le ZPO allemand (art.1040) ont tous donné la préséance au droit interne pour régler les conflits sur la litispendance.

<sup>134</sup> Ceci faisait un long débat entre Philippe FOUCHARD et Jean-François POUDRET, voir à ce sujet : Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, préc. note 133

<sup>135</sup> Nathalie Voser, (2005), **préc.**, note 56, p113

<sup>136</sup> Teresa GIOVANNINI, «Le nouveau règlement suisse de l'arbitrage international» (2006), dans Alexis MOURRE, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, **préc.**, note 4, p167.

<sup>137</sup> En ligne <[www.swissarbitration.ch](http://www.swissarbitration.ch)>, (consultée le 30 mai 2009)

<sup>138</sup> Art.1 du règlement suisse

Chambres de commerce et d'industrie de Bâle, de Berne, de Genève, de Tussin, de Vaud, de Zurich, « *et de toute autre Chambre de commerce qui pourrait adhérer au présent règlement.* »<sup>139</sup>

L'objectif de la modernisation de ces instruments juridiques consiste en l'harmonisation de l'arbitrage en Suisse à travers ses Cantons fédérés. Il est aussi influencé par l'évolution des pratiques des autres États et par le développement de l'arbitrage international. C'est ainsi que, selon Teresa GIOVANNINI, « *Le Règlement suisse est essentiellement repris du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), vise à adapter ce dernier à l'arbitrage institutionnel d'une part, et à refléter la pratique 'moderne' et le droit comparé dans le domaine de l'arbitrage commercial international, d'autre part.* »<sup>140</sup>

Avec ces nouveaux instruments juridiques, la Suisse a modifié une partie de son Code de droit international privé en vue de se rendre plus compétitive dans le cadre de l'offre de la résolution des litiges à travers l'arbitrage commercial international. Les instruments étatiques d'arbitrage ainsi que ceux élaborés par les chambres de commerce reproduisent les mêmes règles de droits harmonisées par les autres pays, notamment les preuves documentaires, le témoignage, le principe de l'équité procédurale, la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale. C'est ce que font les pays de la Common Law.

## **B.-Les pays de la Common Law**

### **2.5. L'Angleterre**

En 1996, le législateur anglais a promulgué la nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage appelée *Arbitration Act 1996* pour moderniser la procédure d'arbitrage de ce pays, comme ce fut le cas,

---

<sup>139</sup> Teresa GIOVANNINI, *préc.*, note 136, p. 167

<sup>140</sup> *Id.*

avant lui, dans beaucoup d'autres pays. Cette loi modernisatrice, entrée en vigueur le 31 janvier 1997, a été le résultat de la demande du milieu des affaires-entre autres de ce pays en vue de doter l'Angleterre d'un instrument plus pratique et pragmatique de l'arbitrage. Selon Lord MUSTILL, «En 1989, le Gouvernement approuva les recommandations du DAC (*Department Advisory Committee on Arbitration Law*) de ne pas promulguer la Loi-type et de créer une loi radicalement nouvelle.»<sup>141</sup> Ainsi, cette loi va au-delà de la réforme de la justice arbitrale. Elle constitue, au contraire, «une initiative majeure sur la voie de l'harmonisation du droit anglais avec celui d'autres législations.»<sup>142</sup>

De plus, «Plusieurs années auparavant, le Gouvernement du Royaume-Uni avait pris conscience de la nécessité de procéder à une révision critique et publique de la législation anglaise en matière de l'arbitrage.»<sup>143</sup> Il fallait tenir compte de «*la marée montante d'une opinion, influente à l'étranger, critiquant l'état de la loi anglaise en matière de l'arbitrage.*»<sup>144</sup>

En outre, «On constate depuis plusieurs années un développement croissant de mécontentement général contre la justice anglaise, en raison du coût, des attermolements et de la légalisation excessive de la procédure arbitrale.»<sup>145</sup>

«Un grand nombre de lacunes furent identifiées, celles-ci rappelant celles qui affectaient l'arbitrage, à savoir la caractère excessivement oral de la procédure, la multiplication inutile des documents et leur échange entre les parties (*discovery*) et la trop grande latitude laissée aux avocats pour mener le procès devant les tribunaux [...] à leur manière et selon un calendrier à leur convenance.»<sup>146</sup>

Emmanuel GAILLARD a avancé que

---

<sup>141</sup> Lord Mustill, préc. note 69, p.32

<sup>142</sup> *Id.*, p.40 ; Voir aussi Claude Reymond, «L'arbitration Act, 1996 : convergence et originalité» (1997) *Rev. arb.* 45, p.57

<sup>143</sup> *Id.*, p.29

<sup>144</sup> *Id.*, p.30

<sup>145</sup> *Id.*, p.33

<sup>146</sup> *Id.*, p.33

«La conception anglaise a toujours été une conception qui voit l'arbitrage comme le décalque de ce qui se passe devant les juridictions étatiques. À Londres, on vous dira que l'arbitrage est une bonne solution parce qu'on a les meilleurs juges du monde, et que ceux-ci sont enclins à protéger l'arbitre, conçu comme le petit frère du juge. Le juge est toujours derrière. Si on en a besoin et que l'arbitrage ne se passe pas bien, le juge va régler cette affaire. Vous avez besoin de sécurité « *forecast* » ? Le juge va intervenir pour vous protéger. Vous avez besoin de mesures provisoires ? Le juge est là.»<sup>147</sup>

Par ailleurs, depuis les années 1970, l'Angleterre est rentrée dans un processus de modernisation de la loi de l'arbitrage et s'est mise sur la voie de l'harmonisation, comme cela se faisait dans beaucoup d'autres pays.

La Loi sur l'arbitrage de 1975 intégra au droit anglais la *Convention de New York de 1958*, suite aux recommandations, en 1961, formulées dans le rapport du Comité sur le droit international privé du *Lord Chancellor*. La loi sur l'arbitrage de 1979 supprimait la compétence du tribunal étatique pour annuler ou différer une sentence en raison d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait ; et elle réduisait de façon considérable les pouvoirs de contrôle du tribunal étatique sur les arbitrages commerciaux.<sup>148</sup>

La Loi de 1996 a pour objectif de permettre aux sentences arbitrales rendues par un tribunal arbitral impartial d'être à la fois justes, rapides et peu coûteuses. Ladite loi accorde un maximum de liberté aux parties contractantes (art.1(b)) afin qu'elles décident comment leur propre arbitrage doit se dérouler ; les dispositions de cette loi jouent ainsi un rôle supplétif, afin d'assister l'arbitrage lorsque les parties n'ont pas décidé comment l'instance doit se dérouler. « *Cette Loi privilégie l'idée que la volonté des parties de choisir un juge privé plutôt qu'un juge étatique pour résoudre leur conflit doit être respectée. Elle renforce les pouvoirs des arbitres et limite*

---

<sup>147</sup> Emmanuel GAILLARD «La question des facteurs de développement de l'arbitrage international et la diffusion de cette approche française» dans « L'arbitrage des conflits commerciaux en France et aux Etats-Unis» (LPA, (Les petites affiches), 13 décembre 2007 n° 249, p. 21 ; en ligne < [lextenso.fr](http://lextenso.fr)>, (consultée le 30 mai 2009)

<sup>148</sup> V.V. VEEDER QC, «La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : la naissance d'un magnifique éléphant» (1997)1 Rev. Arb 3, p.8 ; cette loi du 4 avril 1979, modificatrice de celle de 1950, a abandonné la procédure dite '*Special Case*' qui permettait aux parties ou à l'une d'entre elles de limiter le rôle de l'arbitre à la contestation des faits et de porter les questions de droit litigieuses devant le tribunal étatique.»(art.1 ch. 1) ; voir Arbitration Act 1979, ILM (1979), p.1248. Yb.Com.Arb. (1980), p.239, Rev Arb.1979, p.516 ;

*l'ingérence du juge étatique aux seuls cas d'assistance ou lorsqu'il y a un réel déni de justice.»*<sup>149</sup>

Ainsi, l'Angleterre rentre plus tardivement et plus difficilement dans la modernisation et dans le libéralisme juridique, initiés les années 1980. C'est pourquoi, sa réforme a été plus radicale, allant au-delà de ce que la *Loi-type de la CNUDCI* a offert pour harmoniser les droits nationaux de l'arbitrage international.

Dans les chapitres subséquents, nous présenterons la manière dont l'arbitrage en Angleterre, pays de la Common Law, favorise la recherche de la preuve, *discovery*, *l'examination* et *la cross-examination*, *la due process of law* ainsi que la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère. Ces actes de la pratique procédurale caractérisent le rapprochement entre les instruments internationaux et nationaux relatifs à l'arbitrage international.

## **2.6. Le Canada**

Le Canada participe à l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international. Ainsi, «*La Loi-type a servi de modèle à l'État fédéral et aux législateurs de ses diverses provinces*».<sup>150</sup> La volonté de cette modernisation et de l'harmonisation part de la société –à travers les professionnels (de la construction, du droit, etc.) avant de remonter au cercle de décisions politiques du pays au niveau provincial et au fédéral<sup>151</sup>. Or, avec l'intérêt suscité par un important colloque tenu à l'Université Laval en 1985 et l'initiative du gouvernement de la Colombie-Britannique, le gouvernement fédéral au pouvoir -nouvellement élu et plus favorable à la libéralisation des échanges commerciaux internationaux que ses prédécesseurs- permit au

---

<sup>149</sup> *Id.*, p.9

<sup>150</sup> ILM 1987 p.714, Rev. Arb. 1986 p.617 et 1987,p.531

<sup>150</sup> Voir Jean Denis GAGNON, **préc.**, note 10, p.1

<sup>151</sup> Voir Joëlle THIBAUT, «Le centre d'arbitrage commercial national et international du Québec et son règlement général d'arbitrage commercial» (1994) Rev. Arb. 69



Canada, avec l'accord des Provinces, d'adhérer à la Convention de New York ; elle y entra en vigueur le 10 août 1986.<sup>152</sup> À cette même période, «Le gouvernement de B. Mulroney amorça une réforme approfondie de l'ensemble des règles de l'arbitrage commercial en vigueur au Canada en faisant adopter par le Parlement une loi s'inspirant en très grande partie de la Loi-type de CNUDCI. Il faut avouer que *«La loi fédérale sur l'arbitrage commercial est une retranscription quasiment identique des termes de la loi-type.»*<sup>153</sup> D'ajouter, un auteur relate que *«La seule différence tient au fait de la limitation de la loi-type aux seuls arbitrages internationaux a été supprimée dans la loi fédérale dans les arbitrages commerciaux, tant internes qu'internationaux, qui ressortent de son domaine.»*<sup>154</sup>

Les législatures provinciales avaient également emboîté le pas, en s'inspirant elles aussi grandement – mais à des degrés parfois divers – du modèle de *la Loi-type de la CNUDCI*.<sup>155</sup> En effet, concernant ce changement et cette adaptation du droit canadien aux contingences économiques, commerciales et juridiques internationales, Frédéric BACHAND a fait ressortir *« l'obligation pour l'interprète [juge, avocat ou autres] du droit canadien de tenir compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI»*<sup>156</sup> et *des règles interétatiques émanant de la Convention de New York*<sup>157</sup>. Il a souligné que *«L'objectif premier poursuivi par les législatures étaient sans aucun doute de moderniser le droit interne, visiblement mal adapté à l'arbitrage de différends du commerce international, afin*

---

<sup>152</sup> Frédéric BACHAND, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Paris, L.G.D.J., 2005, p.25, par.26

<sup>153</sup> Marc HENRY, *préc.*, note 96, p.72

<sup>154</sup> *Id.*, p.72

<sup>155</sup> Frédéric BACHAND, *préc.* note 152, p.26, par.27

<sup>156</sup> *Id.*, p.70

<sup>157</sup> *Id.*, p.29

de mettre à la disposition des opérateurs du commerce international un mécanisme de résolution de différends qu'ils considèrent efficace». <sup>158</sup>

Au Québec<sup>159</sup>, au même moment, en 1986, les législateurs, s'inspirant du libéralisme en cours dans cette période, incorporaient des instruments juridiques d'origine internationale dans le droit interne de la Province. Ainsi, selon le professeur Emmanuel S. DARANKOUM, «le Québec a été le premier à adopter la Loi-type sur l'arbitrage international qui venait tout juste d'être proposée par la CNUDCI»<sup>160</sup>, en promulguant en 1986 la loi modificatrice du Code civil et du Code de procédure civile.<sup>161</sup> En outre, les dispositions de la *Convention de New York du 10 juin 1958* et celles de la *Loi-type de la CNUDCI* ont été remaniées par le législateur québécois pour conformer l'ensemble de ces textes au style civiliste qui est le sien<sup>162</sup>.

Pour rentrer d'emblée dans le processus d'harmonisation du droit québécois avec les lois nationales d'autres pays ou d'autres Provinces canadiennes, la loi fédérale sur l'arbitrage international prévoit que, dans le déroulement de l'arbitrage, en «cas d'incompatibilité, lorsque

---

<sup>158</sup> *Id.*, p.71

<sup>159</sup> Pour une historique au Québec du développement de l'arbitrage commercial international, Nabil ANTAKI, *Les modes alternatifs de règlement de litiges*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 1998; Sylvette GUILLEMARD, «Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen», *E.J.C.L.*, Vol. 8. Juin 2004, en ligne < <http://www.ejcl.org/82/abs82-1.html> > (consulté le 30 mai 2009); Louis MARQUIS, «La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois»(1991-1992),37 *R.D.McGill* 448; Louis MARQUIS, « Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel», dans H.P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Québec, éditions Yvon Blais, 1993, p.447; Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec, Droit interne-droit international privé*, Cowansville, Québec, éditions Yvon Blais, 1991; Jeffrey A.TALPIS, « Choice of Law and Forum selection under New civil Code of Québec»(1994),96 *R.de N.*183; John E.C. BRIERLY,« Une nouvelle loi pour le Québec en matière d'arbitrage» (1987),47 *R.du B.* 259; Jacques BÉGUIN, *L'arbitrage commercial international*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec,1987

<sup>160</sup> Emmanuel S. DARANKOUM, « L'arbitrage dans les échanges internationaux», dans Guy Lefebvre et Stéphane Rousseau., *Introduction au droit des affaires*, Montréal, éd. Thémis, 2006, p.618

<sup>161</sup> L.Q. 1986, ch.73 (projet de loi 1991). Voir en ce sens, le professeur Emmanuel S. DARANKOUM, *L'arbitrage dans les échanges internationaux*, *Id.*, p.618; Alain PRUJINER, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec», (1987) 3 *Rev. Arb.* 425 et suiv.

<sup>162</sup> Emmanuel S. DARANKOUM, « L'influence des normes transnationales et étrangères sur le droit québécois de l'arbitrage commercial international», dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE, *L'acculturation juridique en droits des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p.354

les divergences surviennent [avec le droit québécois], ce sont les dispositions fédérales et internationales qui l'emportent''<sup>163</sup>.

Il faut ajouter que c'est aussi à ce moment qu'au Québec, le 25 juillet 1986 que le CACNIQ (Centre arbitrage commercial national et international du Québec, devenu Centre canadien d'arbitrage international), a vu le jour.<sup>164</sup>

Commentant cette évolution de la législation d'arbitrage québécois, le professeur Nabil N. ANTAKI a précisé que « le droit du Québec est passé par la période restrictive où l'arbitrage était vu comme une procédure pour atteindre depuis quelques années la période libérale de l'autonomie de la volonté dans son expression la plus large ».<sup>165</sup> En effet, plusieurs arrêts concernant le Québec, rendus par la Cour suprême du Canada justifient ce commentaire ; il s'agit notamment des arrêts *Zodiac International Productions Inc. c. Polish People's Republic*<sup>166</sup>, *Sport Maska*<sup>167</sup>, *Condimiums Mont Saint-Sauveur*<sup>168</sup>, *Éditions Chouettes c. Despouteaux*<sup>169</sup>, *Coderre c. Coderre*<sup>170</sup>, etc.

---

<sup>163</sup> S.C., 1986, c.21, art.5.

<sup>164</sup> Joëlle THIBAUT, *préc.*, note 151, p.73

<sup>165</sup> Nabil N. ANTAKI, *préc.*, note 159, p.99.

<sup>166</sup> *Zodiac International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529

<sup>167</sup> *Sport Maska Inc. C. Zittre*, [1988] 1 R.C.S. 581

<sup>168</sup> *Condominium Mont-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1980] R.J.Q. «L'argumentation de l'appelante touchant la question de l'ordre public, suppose me semble-t-il, que l'arbitrage soit une dérogation au droit commun. Soit dit avec déférence, tel n'est pas le cas. L'arbitrage créant une juridiction privée, est maintenant un contrat autonome, nommé et réglementé au Code [...]. Aussi, une interprétation large et libérale s'impose-t-elle.»

<sup>169</sup> *Despouteaux c. Éditions Chouettes (1987) Inc.* [2003] CSC 17, par.22, «Les parties à une convention d'arbitrage jouissent d'une autonomie quasi-illimitée pour identifier les différends qui puissent faire l'objet de la procédure.»

<sup>170</sup> *Coderre c. Coderre*, [2008] 5 R.J.Q. 1245, rendu le 13 mai 2008 par l'Honorable Marie-France BICH. Dans cet arrêt, la Cour d'appel du Québec accorde une interprétation libérale à la convention d'arbitrage contenue dans un contrat. La Cour est saisie de l'appel d'un jugement du 24 novembre 2005 par lequel la Cour supérieure, district de Drummond (de la plume de l'honorable André Roy), accueille la requête des intimés en annulation de deux sentences arbitrales rendues par l'arbitre (comme amiable compositeur) Pierre A. Michaud et rejette la requête des appelants Roger CODÈRE et consorts en homologation desdites sentences. Dans cette affaire, il s'agit pour la Cour de décider si, en apportant au litige une solution consistant à retrancher deux des dispositions du contrat, l'arbitre (agissant comme amiable-compositeur) a outrepassé le troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c. et, ce faisant, dépassé les termes de la convention d'arbitrage au sens de l'article 946.4, 1<sup>er</sup> al., paragr. 4, C.p.c., disposition impérative? Selon la Cour «*Quoique l'on ne puisse prétendre qu'il y ait accord sur le sujet, dans les faits, la tendance dominante de la jurisprudence arbitrale va vers une conception plutôt étroite et conservatrice des pouvoirs de l'amiable compositeur dans l'application du contrat. Il va de soi qu'un arbitre, même amiable compositeur, ne peut faire, écrire ou réécrire, ni même parfaire un contrat, au risque d'excéder les limites de sa fonction juridictionnelle.*»(par.99)

Subséquentement, la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel du Québec tournent définitivement la page en établissant de nouvelles règles du jeu<sup>171</sup>, en s'ouvrant à la modernisation et à l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international et pour enfin participer juridiquement à la mondialisation.

## 2.7. Les États-Unis d'Amérique

Depuis les années 1925, avec leur *Federal Arbitration Act (FAA)*, les États-Unis s'ouvrent pour harmoniser leur droit à l'évolution du commerce international, notamment à l'arbitrage commercial international. La FAA résulte de l'impulsion de « *The business community, in particular, [which] was beginning to view arbitration as potentially a less costly and less time-consuming alternative to the litigation of commercial disputes.* »<sup>172</sup> Par ailleurs, « Jusqu'au début du vingtième siècle, les États-Unis ont montré sinon une aversion, du moins une certaine indifférence envers l'institution arbitrale. »<sup>173</sup> En revanche, à « *partir de 1920, [...] date à laquelle l'État de New York a promulgué une première loi sur l'arbitrage, un engouement législatif va se manifester à son endroit qui se situera tant au niveau fédéral qu'au niveau étatique.* »<sup>174</sup> C'est ainsi que

« *Le Congrès américain adoptera en 1925 le Federal Arbitration Act (FAA) (United States arbitration Act of 1925, ch.213, sect.2, 43, stat. 883-86 (Version actuelle dans le titre 9 de l'US Code, sect.2 [1982].) dont les dispositions seront directement inspirées par la loi de l'État de New York.* »<sup>175</sup> En effet, les autres États en profiteront pour suivre l'exemple de l'État de New York, soit

---

Pour aboutir à cette conclusion, la Cour a interprété la Loi-type de la CNUDCI. Or, cette Loi-type encourage cette interprétation favorable à l'expression de la volonté des parties dans la convention d'arbitrage en vue de faciliter le développement de mode de résolution de litige. (par.48)

<sup>171</sup> Voir Nabil N. Antaki, « L'arbitrage collectif : pourquoi pas ? » dans Nabil ANTAKI et Emmanuel DARANKOUM, *La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, (Les journées Maximilien –Caron 2006), Montréal, Éditions Thémis, 2007, p.53

<sup>172</sup> Mark R. Joelson « The Interplay of International, Federal and State Law in US Arbitration » (2007) 24(4) *Journal of International Arbitration* 379, *Netherlands, Kluwer Law International*, p.280

<sup>173</sup> Marc HENRY, *préc.*, note 96, p.67 ; Voir aussi A. J. Van den BERG, *Étude Comparative du Droit de l'arbitrage Commercial dans les pays de Common Law*, thèse multigraphiée, Aix-Marseille, 1977, p.5

<sup>174</sup> *Id.*, p.67

<sup>175</sup> Voir Ch. LECUYER, « Les nouvelles lois des États américains sur l'arbitrage » (1989), *Rev. arb.* 43, 43

*en prenant comme modèle la loi de 1920, soit en s'inspirant de lois uniformes type qui furent proposées successivement en 1924 et en 1955. »*<sup>176</sup>

En 2001, douze États américains ont intégré dans leur législation interne, non seulement la *FAA*, mais aussi *l'International Arbitration Act*. «Sept d'entre eux se sont inspirés de la Loi-type de la CNUDCI dans leur réforme du droit de l'arbitrage international.<sup>177</sup>» D'autres ont combiné la *Loi-type* avec la *Convention de New York de 1958*<sup>178</sup>.

Nous tenons à rappeler, en outre, que depuis 1925, plusieurs amendements ont eu lieu à la *Federal Arbitration Act*. Adoptée le 12 février 1925 (43 Stat. 883), elle a été codifiée le 30 juillet 1947 (61 Stat. 669) et a été amendée le 3 septembre 1954 (68 Stat. 1233). Le chapitre 2 fut ajouté le 31 juillet 1970 (84 Stat. 692), deux nouvelles sections furent ajoutées en octobre 1988 (P.L. §§ 669 and 702); le chapitre 3 fut ajouté le 15 août 1990 et la section 10 fut amendée le 15 novembre.<sup>179</sup>

En appliquant la *FAA*, «*La Cour suprême des États-Unis adopte une approche généreuse face à l'arbitrage. Elle estime que les clauses d'arbitrage doivent être interprétées de façon libérale afin de favoriser le recours à l'arbitrage.*»<sup>180</sup> La Cour fonde ainsi ses analyses sur les articles 2 et 3 du *Federal Arbitration Act*, qui prévoit que :

**2.** A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal,

<sup>176</sup>TH. B. Carbonneau, « L'arbitrage en droit américain » (1988), *Rev. arb.* 1988, p.3

<sup>177</sup> Andreas BUCHER, préc., note 63, p16 ; ILM 1987 p.949 ; Voir aussi Report of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, The Revised Uniform Arbitration Act, 16 March 2000; en ligne <<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm>>. (consulté le 30 mai 2009)

<sup>178</sup> See Report of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, The Revised Uniform Arbitration Act, 16 March 2000, available at the UCCSSL website at <<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm>>. An example of this legislation can be found in the Illinois International Commercial Arbitration Act, 710 Ill. Comp. Stat. 30]

<sup>179</sup> *Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C., adopté le 12 février 1925 (43 Stat. 883), Voir en ligne <AAA:<http://www.adr.org/sp.asp?id=29568>>. (Consulté le 30 mai 2009); Voir aussi en ligne <[http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode09/usc\\_sec\\_09\\_00000007----000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode09/usc_sec_09_00000007----000-.html),> (consultée le 30 mai 2009)

<sup>180</sup> Claude Marseille « L'arbitrage et les recours collectifs au Québec : où en sommes-nous? » Dans *Développements récents sur les recours collectifs* (2006). Service de la formation continue du Barreau du Québec, Cowansville, éditions Yvon Blais 1, p.2

shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract; 3. If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement, providing the applicant for the stay is not in default in proceeding with such arbitration.<sup>181</sup>

Ceci fait apparaître clairement que le Congrès des États-Unis d'Amérique entendait accorder la préséance au *Federal Arbitration Act* sur les lois des États fédérés et promouvoir une interprétation large et libérale de celui-ci, favorable à l'arbitrage.<sup>182</sup> De plus, selon Paul M. LURIE, « *it is likely that the changes will result in amendments to the FAA by the United States Congress in order to harmonize these laws and discourage forum shopping.* »<sup>183</sup>

Pour s'ouvrir davantage, les États-Unis d'Amérique ont reconnu en 1970, la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958<sup>184</sup>. *En effet, «The New York Convention thus provides the international framework within which the United States and the other Contracting States must fit their national legislation addressing international arbitration.»*<sup>185</sup> De plus, devant la division et la confusion sur la portée de la *Federal Arbitration Act* vis-à-vis des lois des États, l'Uniform Arbitration Act (UAA) fut initiée en 1955. Cette Loi vise à traiter de la validité et de l'application des conventions et des sentences d'arbitrage<sup>186</sup>. Trente-cinq États ont adopté l'UAA dans sa totalité et d'autres se sont inspirés d'elle. Et, le 3 août 2000, une version révisée de l'Uniform Arbitration Act (RUAA) fut

---

<sup>181</sup> Voir à ce sujet Claude Marseille, id., p.2 ; voir aussi *Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C., adopté le 12 février 1925 (43 Stat. 883), en ligne <<http://www.adr.org/sp.asp?id=29568>>, (consultée le 30 mai 2009) ;

<sup>182</sup> Les Cours fédérales ont eu à se pencher sur l'interaction entre le *Federal Arbitration Act* et les lois des États, ce sont les affaires *Allied Bruce Terminix Cos. c. Dobson*, 513 U.S. 265 (1995) et *Doctor's Associates Inc. et al. c. Casarotto et ux.*, 517 U.S. 681 (1996) ; ou notamment *Gilmer c. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991) : « [the Federal Arbitration Act's purpose is] to reverse the longstanding judicial hostility to arbitration agreements [...] and to place arbitration agreements upon same footing as other contracts ». Les États ont majoritairement suivi cette tendance.

<sup>183</sup> Paul M. LURIE, « Recent Revisions to the Uniform Arbitration Act in the United States » (2001) 18(2) *Journal of International Arbitration*, éditions Kluwer Law International, p.4

<sup>184</sup> Mark R. Joelson « The Interplay of International, Federal and State Law in US Arbitration » (2007), *Journal of International Arbitration*, 24(4), *Netherlands, Kluwer Law International* 379, p.281

<sup>185</sup> *Id.* 282

<sup>186</sup> Paul M. LURIE, « Recent Revisions to the Uniform Arbitration Act in the United States », *préc.*, note 183, p.2

promulguée. Plusieurs États américains l'ont intégrée, <sup>187</sup>notamment *Connecticut, Hawaii, Indiana, Minnesota, Missouri, New Mexico, Oklahoma and West Virginia*.<sup>188</sup>

Enfin, Mark JOELSON résume les éléments constitutifs des instruments relatifs à l'arbitrage aux États-Unis. Il précise que

*«The US legal rules governing arbitration must be distilled from a potent mixture of international law, federal law and local (state) law. Congressional legislation implements the New York Convention treaty obligations of the United States with respect to the enforcement of international arbitration agreements. The federal legislation also expresses a strong national policy favoring arbitration which pre-empts contravening state laws and court decisions. Nonetheless, state legal rules remain critical in providing the essence of arbitral contract law.»*<sup>189</sup>

Cette recherche permet de constater que l'unification de la loi fédérale américaine sur l'arbitrage commercial international participe à l'harmonisation de la procédure arbitrale internationale et dans ce pays et dans le cadre de l'arbitrage commercial international. En conséquence, l'arbitrage dans ce pays admet la recherche de la preuve orale et écrite, notamment la *discovery*, le témoignage, la *cross-examination*, ainsi que l'obligation du respect du *due process of law* et la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère. La contribution des États-Unis à l'harmonisation de l'arbitrage commercial en termes de pratiques procédurales sera présentée aux chapitres suivants.

---

<sup>188</sup> Voir *RUAA*, en ligne < <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm> > (consulté le 30 mai 2009); voir aussi Paul M. LURIE, *Id.*, p.2

<sup>189</sup> Mark R. Joelson « The Interplay of International, Federal and State Law in US Arbitration », **préc. note** 184, voir le résumé de l'article, à la p.379

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

Dans ce chapitre, nous avons fait une approche diachronique et macrojuridique des documents visant le développement de l'arbitrage commercial international. Nous avons circonscrit les instruments juridiques dans leurs contextes international, national, juridique, historique, philosophique et économique. De plus, nous avons démontré que l'arbitrage international lève le cloisonnement, dans certains aspects, entre les régimes du droit civil et celui de la *Common Law*. En effet, en dressant le panorama des instruments juridiques élaborés par les institutions internationales, par les États ou les centres d'arbitrage international, nous avons constaté que les instruments d'arbitrage édictent des règles de procédure très voisines, dans l'esprit et dans la forme, de celles qui s'imposent aux juridictions étatiques. Ainsi, nous avons repéré ces éléments de convergence entre ces documents dans :

- 1) Les modalités d'audition des témoins et la répartition de la procédure entre phase orale et phase écrite ;
- 2) La production des documents et les modes de communication entre les parties, échanges et communications des pièces entre les parties ;
- 3) L'expertise et l'administration de la preuve surtout la Discovery ;
- 4) Le témoignage ;
- 5) L'audition des experts et *expert-witnesses*, choix de l'expert et l'utilisation de son avis par le tribunal arbitral ;
- 6) Le respect des garanties du principe du procès équitable, en d'autres termes l'impartialité de l'arbitre, l'indépendance du tribunal arbitral et le respect du contradictoire ;
- 7) L'existence des voies de recours post-arbitral.



Cette synthèse a été tirée du *Code de procédure civile français*, de la *Loi fédérale du droit international privé suisse (LDIP)*, de la *Loi allemande (ZPO)*, du *Code judiciaire belge*, du *Code de procédure civile québécois*, de la *FAA(RUUA)* des États-Unis d'Amérique, de la loi canadienne sur l'arbitrage international. Ces instruments juridiques nationaux sont inspirés des textes internationaux comme la *Convention de New York*<sup>190</sup> et/ou la *Loi-type* et le *Règlement de la CNUDCI* qui visent l'harmonisation de la procédure arbitrale commerciale internationale<sup>191</sup>.

Dans certains cas, nous nous demandons lequel de l'*Arbitration Act anglaise de 1996* et du *Règlement suisse de 2006* ou celui de l'Allemagne, est de la *Common Law* ou du droit civil tant ces instruments se ressemblent en termes d'objectifs et de contenu. L'harmonisation de la procédure d'arbitrage joue un rôle de premier plan dans cette globalisation procédurale.

Aussi, l'étude de ces instruments nous porte-t-elle à conclure que les conventions internationales laissent la possibilité à chacune de ces institutions d'harmoniser sa procédure d'arbitrage en fonction de ses besoins et de sa réalité spécifique. Ce qui justifie l'objectif de notre recherche à travers l'idée que l'harmonisation n'est pas similaire à l'uniformisation. De plus, les tentatives de rapprochement des instruments juridiques internationaux prouvent l'existence d'un dénominateur commun des règles de procédure élaborées par les institutions d'arbitrage dans le processus d'arbitrage international. Donc, les systèmes nationaux, les contextes et les cultures juridiques étant différents, mais l'objectif des instruments était similaire, celui de se mettre à jour et de s'adapter à l'évolution du commerce international.

---

<sup>190</sup> Une étude détaillée de la contribution de la Convention de New York sera présentée au chapitre IV, qui développera l'exécution de la sentence arbitrale étrangère.

<sup>191</sup> Ce sujet de recherche ne portant pas sur les divergences, nous nous n'éternisons pas sur les éléments qui concernent celles-ci. Également, nous évitons la répétition des éléments de convergences dans ce chapitre, car le développement sur les instruments juridiques y relatifs sera approfondi dans les chapitres subséquents.

L'application de ces instruments juridiques d'harmonisation sera développée dans le chapitre suivant qui présente la procédure d'arbitrage commercial international selon les instruments juridiques nationaux et internationaux et dans la pratique de l'arbitrage international.

## Chapitre II. Le rapprochement et la standardisation de la procédure du droit civil et de la *Common Law* dans la pratique de l'arbitrage international

L'arbitrage commercial international rapproche les systèmes de *Common Law* et de droit civil et tant d'autres régimes légaux nationaux. Pour qualifier la similarité de la procédure d'arbitrage commercial international, Gabrielle K KOHLER a même relaté que les règlements d'arbitrage sont "*interchangeable*",<sup>192</sup>. Karl-Heinz Böckstiegel a en effet souligné que

« It is generally accepted that there has been in recent years a growing consensus on many important aspects of the arbitration procedure. This consensus is the result of a merger between common-law and civil-law procedural rules and today the arbitration community likes to think that the proceedings combine the best of U.S. and Continental litigation.<sup>193</sup>»

En effet, les mesures d'instruction (notamment la production des documents écrits, les témoignages et l'expertise) dans le déroulement de la procédure arbitrale constituent des dénominateurs communs, qui favorisent l'harmonisation, la standardisation et la prévisibilité de la procédure d'arbitrage commercial international. Ce chapitre vise à présenter les éléments de rapprochement de la procédure d'arbitrage en fonction des pratiques de l'arbitrage dans les deux grands systèmes juridiques internationaux (Common Law et droit civil). En vue d'exposer ce rapprochement des pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial, nous développerons les modalités de la mise en œuvre des instruments juridiques internationaux, nationaux, de la *lex mercatoria* et ceux des centres d'arbitrage international. Nous traiterons, dans ce chapitre, tour à tour, l'administration de la preuve documentaire et les modes de communication des pièces (Section 1), le rapprochement de la procédure de la *Common Law* et du droit civil dans la pratique du témoignage (section 2) et le rapprochement de la procédure arbitrale dans le cadre de l'expertise (Section 3).

---

<sup>192</sup> Gabrielle Kaufman-KOHLER, *préc.*, note 65, p.1313

<sup>193</sup> Karl-Heinz BöCKSTIEGEL, «Perspectives of Future Development in International Arbitration» Newman, Lawrence W., Jill, éd. Richard D, Juris Publishing Inc., 2004, p.501

## Section 1. L'administration de la preuve documentaire et les modes de communication des pièces

L'administration de la preuve devant la justice vise à dissiper les incertitudes sur les allégations des parties et à entraîner la conviction du juge. C'est un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain. Les parties cherchent à faire approuver et admettre leurs positions et leur point de vue devant une juridiction afin de faire infléchir dans leurs intérêts la balance judiciaire.

Par ailleurs, nous nous rendons compte que la pratique de la production des documents dans l'arbitrage commercial international a abouti à la mise en œuvre de procédures qui empruntent autant à la procédure de la présentation de la preuve dans les pays de droit civil que dans ceux de la *Common Law*. Ceci constitue dans sa globalité une synthèse de ces traditions différentes. Selon Yves DERAÏNS,

«ce syncrétisme trouve application non seulement dans les procédures qui opposent des parties de *Common Law* à des parties de droit civil, mais de plus en plus, dans des procédures dans lesquelles toutes les parties ressortissent à la même famille juridique. Ceci peut laisser à la fois penser, selon le point de vue duquel on se place, que l'arbitrage international, en matière d'administration de la preuve, est envahi par la *Common Law* et par la tradition des pays de droit civil.»<sup>194</sup>

En outre, «*Les pièces relatives aux questions litigieuses peuvent être divisées en deux catégories : celles qui sont favorables à la partie qui les détient et celles qui lui sont défavorables.*»<sup>195</sup>

En vertu des *Rules of taking evidence* de 1999 de l'IBA<sup>196</sup>, ces preuves peuvent être en la possession de la demanderesse, de la partie adverse ou des tiers. Leur production peut être

---

<sup>194</sup> Yves DERAÏNS, «La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international»(2004) 4 Rev. arb.781, p.789

<sup>195</sup> Alan REDFERN et Martin HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2ème éditions, Paris, L.G.D.J., 1994, p.268

<sup>196</sup> Voir IBA, *Rules of taking of evidence*, 1999, article 3.3

volontaire (1.1) ou forcée (cas qui implique la *discovery*) (1.2) dans une procédure d'arbitrage commercial international.

### 1.1. La production volontaire des documents écrits devant le tribunal arbitral

L'écrit conserve la trace matérielle d'un évènement, d'un acte ou d'une parole. Cette trace est le plus souvent conforme à la réalité, de sorte que, sauf exception, on peut se référer à elle pour savoir ce qui s'est passé, surtout si l'acte écrit émane d'une personne autorisée par la loi, notamment un notaire. Ainsi, il est une preuve moderne par excellence. C'est pourquoi, les parties peuvent l'utiliser comme documents devant la justice pour soutenir leurs prétentions.

En effet, l'adage '*Actori incumbit probatio*' s'applique partiellement en arbitrage commercial international, peu importe que les parties proviennent des deux systèmes juridiques- *Common Law* ou *Civil Law*. Le demandeur ne détient pas le monopole de la recherche de la preuve.<sup>197</sup>

L'arbitrage offre à toutes les parties l'aptitude à accumuler des preuves et des preuves contraires pour soutenir leurs prétentions. De même, dans la tradition du droit civil tout comme dans celle de la *Common Law*, chaque partie peut apporter elle-même la preuve des faits qu'elle allègue.<sup>198</sup>

Donc, les documents ou les preuves visant à étayer les prétentions des parties et à les supporter sont présentés volontairement par la partie à qui incombe la charge de la preuve, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse.<sup>199</sup> «*En règle générale, les preuves documentaires en possession des parties sont produites sans attendre l'audience.*»<sup>200</sup> Pour ce faire, «*chacune des parties doit construire son dossier à la lumière des éléments qu'elle connaît et apporter les preuves qu'elle possède, l'une en son mémoire en demande, l'autre en son mémoire en réponse. Il est d'usage*

<sup>197</sup> Y. DERAIS, préc., note 194, p.790

<sup>198</sup> J. THORENS, «L'arbitrage international : un point de rencontre des traditions de droit civil et de la *Common Law*», dans *Études de Droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, p.694

<sup>199</sup> Voir IBA, *Rules of taking of evidence*, 1999, article 3.3; l'art.23 de la CNUDCI; l'art.20(2) de la CCI et l'art.15(6) du Règlement de la LCIA.

<sup>200</sup> Y. DERAIS, préc. note 194, p.790

que ces deux mémoires soient accompagnés de toute la preuve documentaire dont dispose chacune des parties, des déclarations de témoins, des rapports d'experts le cas échéant.»

<sup>201</sup>L'arbitrage commercial international résout ainsi un malentendu entre les deux régimes juridiques. En effet, il harmonise les deux systèmes juridiques dans la pratique de la présentation de la preuve documentaire. C'est en raison de cette possibilité d'harmonisation que, dans la pratique de l'arbitrage, l'arbitre peut limiter les flots de documents qu'un juriste de la *Common Law* pourrait utiliser et exiger. Même les droits internes, comme les *RUAA* des Etats-Unis<sup>202</sup> ou l'*Arbitration Act* de 1996 anglaise<sup>203</sup> donnent le pouvoir à l'arbitre de limiter la quantité des documents et leur admissibilité. Dans le même ordre d'idée, les régimes de droit civil accordent le pouvoir aux arbitres d'exiger la présentation des documents en possession des parties ou des tiers. Pour présenter ce rapprochement, Dominique HASCHER nous renseigne que «Les pièces invoquées au soutien de la demande sont soit annexées [à l'acte de la demande], auquel cas la partie défenderesse en a alors immédiatement connaissance, ou bien sont produites ultérieurement, spontanément ou à la demande de l'arbitre, sans que cela entraîne une irrecevabilité de la demande ou une violation des droits de la défense, faute de griefs.»<sup>204</sup> Il poursuit en affirmant que «Dans certains arbitrages où participent de part et d'autre des conseils anglais, on connaît une pratique consistant à se mettre d'accord sur les documents invoqués au soutien des prétentions et arguments. On parlera alors d'« *agreed bundles of documents* »<sup>205</sup>. En effet, en arbitrage commercial international, «Aucun système particulier d'identification des pièces- bordereau de communication à la française ou *agreed bundles of documents* des sollicitors anglais par exemple- n'est impérativement requis, l'essentiel étant que les arbitres et

---

<sup>201</sup> *Id.*, p.791

<sup>202</sup> Section 15 de *RUAA*, voir Paul M. LURIE, préc., note 166, p.2

<sup>203</sup> V. V. VEEDER QC, préc., note 153, p. 3

<sup>204</sup> Dominique HASCHER, préc., note 38, p.88

<sup>205</sup> *Id.*, p.89

*les parties reçoivent exactement les mêmes documents.»*<sup>206</sup> Les arbitres sont très flexibles quant aux délais de l'administration des preuves dans l'arbitrage commercial international. De plus, une tendance se développe de plus en plus en vue de ne pas sanctionner avec une grande rigueur les retards dans la communication des pièces et des documents.<sup>207</sup> Cependant, il arrive qu'«*en l'absence d'un motif légitime, le tribunal fasse preuve de fermeté en rejetant purement et simplement les écritures et les preuves produites tardivement.»*<sup>208</sup> Ce qui fait, une fois de plus, la rencontre des deux régimes juridiques.

Toutefois, au cas où les parties refuseraient de présenter des pièces intéressant la cause, et qui sont en leur possession, la procédure de *discovery* peut être déclenchée.

## **1.2. La production involontaire de la preuve documentaire : la *discovery***

La procédure de *discovery* vise la production forcée des documents de preuve. Elle est pratiquée par les arbitres de différentes familles juridiques. Ainsi, «*Document production (also Known as document disclosure or discovery), as ordered according to the Best practice Rules by arbitral tribunals, is a remarkable example of a merger between different civil procedures approaches.*»<sup>209</sup> Pour définir le concept, David St. J. SUTTON a eu à préciser que «par *discovery* on entend habituellement [en Angleterre] la révélation et la production de documents contemporains [aux faits à établir] pour examen par l'autre partie.»<sup>210</sup> Selon Dominique HASCHER,

L'utilisation de l'expression "discovery" pour désigner la pouvoir de l'arbitre d'ordonner la production de documents d'une ou de plusieurs pièces déterminées, qui est d'ailleurs reconnu au

---

<sup>206</sup> *Id.*, p.709

<sup>207</sup> *Id.*, p.710

<sup>208</sup> *Id.*, p.711

<sup>209</sup> Gabrielle Kaufman-KOHLER, *préc.*, note 65, p.1325

<sup>210</sup> David SUTTON, « Discovery and production of evidence in international proceedings : the US and England distinguished » dans *L'administration de la preuve dans la procédures arbitrales commerciales internationales*, ICC/Dossier de l'Insitut, n° 8/1989, p.7

juge dans les pays de droit civil, est largement usurpée. En général, les arbitres se bornent en effet à ordonner des productions de pièces limitées, identifiables, dont la pertinence et l'utilité pour la manifestation de la volonté sont avérées.<sup>211</sup>

Ainsi, la *Discovery* est acceptée en arbitrage commercial international impliquant et le droit civil et la *Common Law*. Les droits étatiques et les grands systèmes juridiques connaissent un véritable malentendu quant à la production forcée des pièces, surtout de celles qui sont détenues par une partie quand celle-ci ne veut pas les soumettre au tribunal contre son gré et à l'encontre de ses propres intérêts. Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN ont fait remarquer que «*Cette procédure permet à une partie d'obtenir de l'autre une communication massive des documents qu'elle détient dès lors que ces documents sont pertinents compte tenu de la demande introduite et qu'ils ne sont pas couverts par une quelconque confidentialité.*»<sup>212</sup> Nous retenons que la possibilité pour une partie à l'arbitrage commercial international de recourir à la *discovery* pour obtenir des documents détenus par la partie adverse est reconnue, même lorsque les parties et leurs conseils sont plus habitués à des pratiques nationales différentes et à des règles juridiques divergentes. Ainsi,

*«l'étendue de la discovery est assez large aux États-Unis où elle comprend l'interrogatoire des témoins et des parties ou des tiers (depositions interrogatoires) par les conseils hors la présence du juge, beaucoup moins en Angleterre où elle concerne principalement la recherche de documents détenus par l'autre partie ; dans la plupart des pays de droit civil, elle est inconnue.»*<sup>213</sup>

#### **A) La discovery dans les pays de droit civil**

Pour présenter la *discovery* dans le pays du droit civil, un auteur a relaté que

In civil law systems, [...] the rule is that each party produces only the documents on which it intends to rely to support its case and there is no general obligation to produce documents that

---

<sup>211</sup> Dominique HASCHER, *préc.*, note 38, p.90

<sup>212</sup> Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage*, Paris, éditions Litec, 1996, p.705

<sup>213</sup> Dominique HASCHER, *préc.*, note 38, p.90



may affect one's case. Rules of civil procedure usually accept that a party can request the production of documents in the possession of its opponent, but such rules are not frequently invoked and can, in any event, only apply to individual documents or, at most, to a limited number of specified documents.<sup>214</sup>

### **En droit allemand**

Selon le droit allemand, les tribunaux sont habilités à encadrer et faciliter la recherche de la preuve documentaire dans le cadre de la procédure arbitrale commerciale internationale. Le ZPO « *do allow for crossborder court assistance in the taking of evidence in aid of private arbitration.*»<sup>215</sup> En revanche, le droit allemand conserve une approche territorialiste de son appui à la *discovery*. Le législateur allemand pose des conditions pour accorder son aide au tribunal arbitral étranger. Ainsi,

« The threshold requirements under the statutes are that, first, the foreign arbitral tribunal is unable to make the necessary order itself and, second, that the tribunal consents to the application to the German court. The governing law is under the regime the *lex fori* of the assisting court. These conditions guarantee, on the one hand, that state court support merely supplements but never supersedes the arbitrators' powers in managing the process of gathering evidence. On the other hand, the *lex fori* rule ensures that the addressee of an evidence order is only subjected to its domestic rules of civil procedure.»<sup>216</sup>

En vertu des articles 1025(2),1032,1033 et 1050 du Code de procédure civile, l'aide à la *discovery* peut être accordée tant pour un arbitrage siégré en Allemagne que celui ayant son siège à l'étranger et même si le siège n'a pas encore été déterminé<sup>217</sup>. Toutefois, le Tribunal étatique allemand n'est pas obligé de rechercher de par lui-même la preuve en faveur d'un tribunal arbitral, mais

---

<sup>214</sup> Nathalie VOSER, (2006), *préc.*, note 7, p.8

<sup>215</sup> Martin ILMER and Ben STEINBRÜCK, « U.S. Discovery and Foreign Private Arbitration: The Foreign Lawyer's Perspective U.S. Discovery and Foreign Private Arbitration » dans *The Foreign Lawyer's Perspective*, Netherlands, Kluwer Law International, 2008, 329,p.336

<sup>216</sup> *Id.*, p.337

<sup>217</sup> 1025(2): "The provisions of sections 1032, 1033 and 1050 also apply if the place of arbitration is situated outside Germany or has not yet been determined

«The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a court assistance in taking evidence or performance of other judicial acts which the arbitral tribunal is not empowered to carry out. Unless it regards the application as inadmissible, the court shall execute the request according to its rules on taking evidence or other judicial acts. The arbitrators are entitled to participate in any judicial taking of evidence and to ask questions.»<sup>218</sup>

Il demeure enfin justifié que la *discovery*, qu'on croyait l'apanage des régimes de la *Common Law* s'applique en arbitrage en Allemagne. Le ZPO est ainsi devenue un document juridique qui rend le droit allemand compétitif par rapport aux lois arbitrales internationales d'autres pays.

### **En droit français**

Dans le cadre du droit français, l'article 11 n.C.p.c. dispose que « *les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toutes conséquences d'une abstention ou d'un refus* » et d'ajouter « *si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte.* [Aussi], « *le juge peut, à la requête d'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement.* »

Cependant, selon, B. Goldman « *L'alinéa 2 de l'article 11 ne figure pas dans l'énumération : de cette manière, le pouvoir d'ordonner à une partie de produire des pièces sous peine d'astreinte ou d'ordonner cette production à un tiers se trouve exclu* »<sup>219</sup> L'auteur, pour soutenir sa pensée, s'est basé sur le fait qu'« *en raison du caractère de mesure d'exécution que l'on peut attribuer à l'astreinte, et de l'absence de toute compétence et de tout pouvoir de l'arbitre à l'égard des tiers.* »<sup>220</sup>

---

<sup>218</sup> Article 1050

<sup>219</sup> Berthold GOLDMAN, *préc.*, note 62, p.232

<sup>220</sup> *Id.*, p.232

Appliqué à l'arbitrage, le principe de la *discovery* est traité à l'article 1460 n.C.p.c. al.2 et 3, qui précise que « *les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (1er alinéa) et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale. Si une partie détient un élément de preuve, l'arbitre peut aussi lui enjoindre de le produire.*»

### **- En droit suisse**

Le droit suisse adoptait une position ambiguë de la *discovery*. L'article 50 du Code fédéral de procédure civile fait l'obligation à chaque partie de produire en justice les documents qu'elle détient. Cette exigence ne peut pas être considérée comme *discovery*, d'autant plus que nous ne savons pas si un arbitre peut l'utiliser en arbitrage commercial international sur le territoire suisse.<sup>221</sup> Cependant, le nouveau Règlement suisse de l'arbitrage de 2006 adopté par les chambres de commerce de ce pays est plus explicite quant à l'organisation de la *discovery*. Il prévoit que le tribunal arbitral décide quelles sont, outre la requête et la réponse, les autres pièces écrites que les parties doivent ou peuvent lui présenter; il fixe le délai dans lequel ces pièces doivent être communiquées.<sup>222</sup> Les délais fixés par le tribunal arbitral pour la communication des écritures (y compris la requête et la réponse) ne devraient pas dépasser quarante-cinq jours. Toutefois, ces délais peuvent être prorogés par le tribunal arbitral si celui-ci juge que cette prorogation est motivée.<sup>223</sup> De plus, chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse.<sup>224</sup> S'il le juge nécessaire, le tribunal arbitral peut prier une partie de lui fournir ainsi qu'à l'autre partie, dans le délai qu'il fixe, un résumé des pièces et autres preuves que la partie intéressée a l'intention de produire à l'appui des faits qui constituent l'objet du litige

---

<sup>221</sup> Voir les critiques de P.LALIVE, J.- F. POUDRET et C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne*, 1989, p.372

<sup>222</sup> Article 22

<sup>223</sup> Article 23

<sup>224</sup> Article 24(1)

et qui sont exposés dans sa requête ou dans sa réponse.<sup>225</sup> À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet.<sup>226</sup> Le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance des preuves présentées.<sup>227</sup> Ainsi, nous pouvons constater que les législateurs suisses ont gardé une position de juste milieu, au lieu d'aller aussi loin que la *discovery* pratiquée aux États-Unis selon la *RUAA*, tout en rejoignant de façon explicite, les autres États qui la favorisent.

Ainsi, ces instruments justifient la position de Berthold GOLDMAN qui a fait remarquer que «*La procédure de discovery, longtemps considérée comme propre à l'instance de Common Law, mais qui a pénétré peu ou prou et, semble-t-il, se développe, dans les instances judiciaires, et surtout arbitrales internationales se déroulant en Europe de l'Ouest.*»<sup>228</sup>

## **B) La *discovery* dans la *Common Law***

Selon certains auteurs, dans la *Common Law*, «*les parties sont obligées de révéler l'existence de toutes les pièces concernant l'affaire, qu'elles soient favorables ou défavorables aux prétentions de la partie concernée. Même les notes internes confidentielles doivent être communiquées.*»<sup>229</sup> Les droits anglais et américains, avec certaines nuances, représentent ce mode de méthode de recherche de la preuve dans ce régime juridique.

### **En droit américain**

Aux États-Unis, la *discovery* s'applique, depuis 1938, devant les juridictions fédérales. En effet, «*US-Style document production is very broad and encompasses all documents which may lead to*

---

<sup>225</sup> Article 24 (2)

<sup>226</sup> Article 24 (3)

<sup>227</sup> Art.25(7)

<sup>228</sup> Berthold GOLDMAN, *préc.*, note 62, p.239; voir aussi Claude REYMOND, «Civil law and common law procédure, which is the More inquisitorial? A civil lawyer's response», dans L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales commerciales internationales, ICC/Dossier de l'Institut, n° 8/ 1989, p.7

<sup>229</sup> A. REDFERN et M. HUNTER, *préc.*, note 195, p.268

*admissible evidence. There is a general duty for the parties to produce any relevant document, including documents which are contrary to their interests.*<sup>230</sup> Selon Martin Illmer and Ben Steinbrück, dans ce pays, «State courts have the power to assist in the taking of evidence in private arbitration irrespective of where the arbitral seat is.»<sup>231</sup> Aussi, la loi fédérale sur l'arbitrage et les lois de certains États fédérés donnent-elles aux tribunaux arbitraux de larges pouvoirs discrétionnaires pour exiger la production des pièces.<sup>232</sup> *Dans les procédures arbitrales, en particulier internationales, elle est admise si la convention des parties, la loi ou le règlement d'arbitrage applicable, la prévoit ; mais à défaut, les parties ne peuvent pas la réclamer en se référant aux règles relatives aux juridictions fédérales*<sup>233</sup>. Dans sa décision “*In re Application of Oxus Gold PLC*”, la Cour du District de New Jersey (*Third Circuit*) ordonne les mesures de discovery en appui à la procédure d'arbitrage entre la République de Kyrgyzstan et la *Oxus Gold company* anglaise. La Cour a signalé que « *[T]he arbitration was not a private but a state-authorized one as it was based on the Bilateral Investment Treaty between the Republic of Kyrgyzstan and the United Kingdom.* »<sup>234</sup> L'assistance judiciaire relative à la recherche de la preuve dans le cadre l'arbitrage privé international peut être accordée en vertu la *section 1782 de 28 U.S.C*(general federal discovery rules) surtout dans *les mesures pour préserver les preuves*. Dans leurs commentaires sur la *section 1782 du 28 USC*, Martin Illmer et Ben Steinbrück ont fait remarquer que «The arbitral tribunal performs the role of a gatekeeper guarding the limited application of section 1782 in aid of foreign arbitral proceedings in various

---

<sup>230</sup> US Rule 26 (b) (1) of the *Federal Rules of Civil Procedure*

<sup>231</sup> *Id.*, p.338

<sup>232</sup> Voir la RUAA; Paul M. LURIE, préc., note 183, p.2; La loi américaine sur l'arbitrage, s.7, New York CPLR 7505 ; California Civil procedure code 1282-1283 ; Illinois Ann. Stats. Ch.10, s.107 ; Massachussets gen. Laws. Ch. 251, s.7 ;

<sup>233</sup> Charles BROWER, «Discovery and production of evidence in the US : theorie and practice» dans L'administration de la preuve dans la procédures arbitrales commerciales internationales, ICC/Dossier de l'Institut, n° 8/ 1989.p.7

<sup>234</sup> Martin ILLMER and Ben STEINBRÜCK, préc., note 215, p.330

ways. This is achieved by making relief to a section 1782 request conditional upon approval by the arbitral tribunal.

De poursuivre, «[T]he arbitral tribunal retains the control over the process of the taking of evidence and the conduct of the arbitral process.»<sup>235</sup>

De plus, « Apart from a requirement of approval of the section 1782 request, the arbitral tribunal also serves as a gatekeeper in determining whether evidence obtained by the parties by way of a section 1782 request is admissible to the arbitral proceedings.»<sup>236</sup>

### **En droit anglais**

En Angleterre, «*La discovery est pratiquée, tant devant les juridictions étatiques que dans les procédures d'arbitrage*».<sup>237</sup> Selon the Arbitration Act 1996, à l'article 2(3):

«The powers conferred by the following sections apply even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined: (a) section 43 (securing the attendance of witnesses), and (b) section 44 (court powers exercisable in support of arbitral proceedings); but the court may refuse to exercise any such power if, in the opinion of the court, the fact that the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland, or that when designated or determined the seat is likely to be outside England and Wales or Northern Ireland, makes it inappropriate to do so.»

En effet, la *discovery* obéit à l'approche territorialiste du régime de l'arbitrage anglais. En conséquence, la demande de l'appui à la *discovery* doit être exécutée selon la procédure tracée par le droit anglais.

Par ailleurs, l'*Arbitration Act* permet de traiter la *discovery* en arbitrage sur le même pied d'égalité que la procédure étatique traditionnelle. L'article 43 stipule que : "(1) *A party to arbitral proceedings may use the same court procedures as are available in relation to legal*

---

<sup>235</sup> *Id.*, p.341

<sup>236</sup> *Id.*, p.342

<sup>237</sup> David SUTTON, *préc.*, note 191, p.7; V.V.VEEDER QC, VEEDER QC, V.V., «La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : la naissance d'un magnifique éléphant»(1997)1 *Rev. Arb* 3, p.8

*proceedings to secure the attendance before the tribunal of a witness in order to give oral testimony or to produce documents or other material evidence. »*

Certaines conditions s'imposent cependant :

«(2) This may only be done with the permission of the tribunal or the agreement of the other parties. (3) The court procedures may only be used if (a) the witness is in the United Kingdom, and (b) the arbitral proceedings are being conducted in England and Wales or, as the case may be, Northern Ireland. (4) A person shall not be compelled by virtue of this section to produce any document or other material evidence which he could not be compelled to produce in legal proceedings.»

De plus, la Convention d'arbitrage n'enlève en rien la compétence du tribunal étatique anglais d'accorder ou de refuser la *discovery* dans certains cas ou pour certains domaines particuliers.

Ainsi,

« (1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings. (2) Those matters are (a) the taking of the evidence of witnesses; (b) the preservation of evidence; (c) making orders relating to property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings: (i) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property, or (ii) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property; and for that purpose authorising any person to enter any premises in the possession or control of a party to the arbitration; (d) the sale of any goods the subject of the proceedings; (e) the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver. »<sup>238</sup>

Il est clair, selon cet article, que ces domaines juridiques étant inarbitrables, la *discovery* y relative ne peut pas être accordée à un tribunal arbitral. Mais les Sections 2(3), 43, and 44 de l'*Arbitration Act 1996*, autorisent la production des documents détenus par les tiers, la comparution obligatoire des parties devant le tribunal arbitral et l'ordre de divulguer des documents relatifs à la propriété située en Angleterre. En 2001, dans l'affaire *Viking Insurance Co. v. Rossdale*, la Cour a été invitée à examiner le témoignage de deux témoins vivant en Angleterre et à ordonner la *documentary discovery* en application d'une décision relative à un

---

<sup>238</sup> Article 44

arbitrage se déroulant à New York. Selon le juge, en vertu des sections 2(3) et 44 de *l'Arbitration Act 1996*, « *the request for documentary disclosure was deemed too broad as it primarily served to fish for evidence.*» De plus, a-t-il souligné,

« the purpose of the application was merely to find out whether the witness had information, which might assist him in advancing his case. Since the procedures of the New York arbitration differed too much from those known under English law, the court felt bound to reject the application. The requested discovery could only have been ordered if the facts before the court had justified the burden of a witness examination». <sup>239</sup>

Commentant cette décision, Martin Illmer and Ben Steinbrück ont avancé que « *This judgment perfectly illustrates how judges may use their procedural discretion to strike a fair balance between the interests of the parties to a foreign arbitration and nonparties that are not subject to the foreign tribunal's jurisdiction.*» <sup>240</sup>

### **C) La *discovery* dans les instruments internationaux et institutionnels d'arbitrage**

Les règles des institutions internationales et les règlements des centres internationaux d'arbitrage international présentent un véritable rapprochement dans la pratique de l'utilisation de la *discovery* dans la procédure d'arbitrage international. Les règlements des institutions internationales relatifs à l'arbitrage commercial international autorisent la *discovery*. Le règlement de la CNUDCI prévoit (art.24-3) qu' «*à tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet.*» Partant de cette disposition, les arbitres peuvent ordonner la *discovery*.

L'art. 13.1 (i) du Règlement de la London Court of International Arbitration dispose que

« Unless the parties at any time agree otherwise, and subject to any mandatory limitations of any applicable law, the tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case after giving the parties a proper opportunity; Order any party to produce

<sup>239</sup> *Viking Insurance Co. v. Rossdale*, [2002] 1 Lloyd's Rep. 219., par. 20

<sup>240</sup> Martin ILLMER and Ben STEINBRÜCK, *préc.*, note 215, p.338



to the tribunal, and to the other parties for inspection, and to supply copies of, any documents or classes of documents in their possession or power which the tribunal determines to be relevant.»

En effet, la *LCIA* conserve la vision de la *Common Law*, qui se pratique dans la procédure d'arbitrage commercial international, en maintenant la *discovery*.

Le Règlement de la *CCI* intègre la pratique de la *discovery* dans les arbitrages internationaux conduits par cette institution. Toutefois, certaines conditions s'imposent. En effet, dans une ordonnance du 16 mars 1993 dans l'affaire CCI 7062, la Cour a décidé que « *le tribunal arbitral ne peut précisément pas accéder à la demande de production de documents, puisque la partie administrant la preuve ne se réfère que d'une manière générale aux pièces requises, ne s'exprime pas sur le contenu de celles-ci, et ne fournit pas non plus les allégations concrètes pour lesquelles lesdites pièces devraient servir de preuve.*»

Or, les arbitres intègrent l'*estoppel* dans cette procédure. Une telle décision concorde avec l'idée de célérité et confiance que cherchaient les acteurs du commerce international dans le processus d'arbitrage. Si on laissait aux parties la liberté de pratiquer toutes sortes de détour de procédure, l'arbitrage ferait l'objet de critiques- pour sa lenteur - encore plus acerbes que la justice étatique.

Les règles de preuve de l'*IBA* ont retenu cette pratique de la *Discovery* qui est fréquemment utilisée par les tribunaux arbitraux lorsque les tribunaux ne sont pas composés exclusivement d'arbitres provenant des pays de la *Common Law*. Selon l'article 3 des Règles de preuve, chaque partie ainsi que le tribunal d'arbitrage sont autorisés à demander la production des documents détenus par une partie.

Cependant, les instruments internationaux n'ont pas encore permis l'application des sanctions, comme les astreintes ou des poursuites pénales à l'encontre des parties, qui refusent de produire des documents réclamés dans le cadre de la procédure arbitrale. En vertu de l'article 9(2) (b) de la

règle de l'IBA, la possibilité d'accorder la *discovery* relève du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre<sup>241</sup>. En effet, une harmonisation est souhaitable en ce sens, à l'exception des États-Unis qui ont prévu ces sanctions dans leur RUAA<sup>242</sup>.

*Le Règlement du CIRDI (Centre International de Règlement de Différends Relatif aux Investissements)* dispose que « le tribunal arbitral peut demander aux parties de communiquer des pièces, s'il le juge nécessaire, et que si elles [les parties] ne s'exécutent pas, il [le tribunal] en prendra "formellement note".»<sup>243</sup> Y a-t-il là une sanction ou du moins l'arbitre en tiendra-t-il compte pour rendre sa sentence ?

La *Loi-type*, en ses articles 19(2), 20(3), 25(c) et 26(b), renvoie la question de savoir jusqu'où doit aller la production des pièces au pouvoir souverain des arbitres, en l'absence de disposition contraire adoptée par les parties. Cette analyse a démontré que la *discovery* et l'opposition aux sanctions soulevées par les législateurs à son encontre revêt un modèle qui sert à harmoniser la procédure d'arbitrage commercial international.

Cette citation de Berthold GOLDMAN peut nous servir de conclusion de ce riche parcours sur les pratiques d'harmonisation et de prévisibilité de l'administration de la preuve dans la procédure d'arbitrage commercial international : «*La pénétration de la discovery dans l'arbitrage international "continental" constitue un nouveau rapprochement avec l'arbitrage et la procédure judiciaire de la Common Law.*»<sup>244</sup> Il faut par ailleurs, ajouter que la présentation volontaire des documents est reconnue dans toutes les procédures d'arbitrage commercial international et participe à ce rapprochement. Quand ils sont produits spontanément avec leurs

---

<sup>241</sup> IBA, Rules of Taking of Evidence, préc., note 179

<sup>242</sup> Voir RUAA, Section 17, disponible en ligne < <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm>, >, (consulté le 30 mai 2009)

<sup>243</sup> Article 34(2) (3) du Règlement du CIRDI

<sup>244</sup> Berthold GOLDMAN, préc., note 62, p.236

écritures aux parties, ils constituent bien évidemment une source importante de preuve documentaire à la disposition des arbitres.<sup>245</sup>

## **Section 2. Le rapprochement de la procédure de la *Common Law* et du droit civil dans la pratique du témoignage**

Le témoignage est une mesure d’instruction, qui permet de rapporter devant le tribunal par voie orale<sup>246</sup>. Ce qui caractérise, en effet, le témoignage, c’est son oralité, en d’autres termes la présence réelle de l’être humain devant l’autorité judiciaire (ou policière). Les parties sont en présence d’un individu, qui a la connaissance des faits et qui présente ce qu’il en connaît.

Dans la pratique de l’arbitrage international, le témoignage offre la possibilité de rapprocher les procédures des systèmes de la *Common Law* et du droit civil et des pratiques des centres d’arbitrage international, qui eux aussi sont influencés par ces deux grands régimes juridiques du monde. Ainsi, « *De nombreux arbitres continentaux admettent en effet l’intérêt que peut présenter l’audition des témoins. A l’inverse, on a pu noter que la tendance des arbitres anglais ou américains à limiter le nombre des témoins et à restreindre la possibilité pour les parties de les interroger sans limite de temps.* »<sup>247</sup> Ceci démontre l’hybridité de la procédure de témoignage dans le choix des témoins (2.1), dans les modalités de son déroulement, dans sa production et dans les rapports entre les témoins et les arbitres ou les parties (2.2).

### **2.1. Les notions et le choix de témoins dans l’arbitrage commercial international**

La conception des notions de témoin est totalement différente dans la tradition civiliste et dans la tradition de la *Common Law*. Dans le premier cas, l’indépendance du témoin fait la valeur du

---

<sup>245</sup> Andrew LOTBINIÈRE MCDUGALL et Nicolas BOUCHARDIE : « *L’arbitrage international et la preuve documentaire* », (2008) 4 RDAI, éd. Thompson Sweet & Maxwell 511, p.511

<sup>246</sup> À l’exception des cas où le témoignage n’est pas oral, s’il est reçu par écrit

<sup>247</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 192, p.714

témoignage et le droit de certains pays limite strictement le cercle de personnes autorisée à témoigner dans un tribunal.<sup>248</sup> «Ainsi, le droit allemand ne permet pas aux parties elles-mêmes de témoigner et dans nombreux droits d'origine hispanique le témoignage de toute personne ayant un intérêt à l'issue du litige est exclu ou son témoignage est considéré comme dépourvu de tout pouvoir de conviction.»<sup>249</sup> En revanche, «dans les droits de Common Law ces restrictions n'existent pas et la notion de witness recouvre toute personne qui peut par ses déclarations contribuer à éclairer le juge et, le cas échéant, le jury à mieux comprendre l'affaire.»<sup>250</sup> Ainsi, toute personne peut être témoin et déposer devant les arbitres, quelle que soit sa qualité dans un droit national particulier : témoin, sachant, représentant des parties, etc.<sup>251</sup>

Selon Ph. FOUCHARD et al. , «Dans un arbitrage international se déroulant en France, rien ne s'oppose, sauf accord contraire des parties, à ce que le tribunal permette aux parties de témoigner. C'est au tribunal qu'il appartient d'apprécier, compte tenu du contexte, l'opportunité de les entendre puis la valeur probante de leurs allégations.»<sup>252</sup> Ceci est la preuve de l'insertion de la *Common Law* dans les régimes du droit civil. L'arbitrage ouvre le cercle des individus capables de témoigner aux représentants légaux de la personne morale et ses employés.<sup>253</sup> La conception «fondée sur l'interdiction d'entendre une partie comme témoin dans sa propre cause, perd de son intérêt en arbitrage commercial international, où la force probante des déclarations des personnes entendues est appréciée souverainement par les arbitres.»<sup>254</sup> En effet, « Le fait pour une personne d'avoir été au service d'une partie ne doit pas l'empêcher de comparaître en

---

<sup>248</sup>Yves DERAÏNS, *préc.*, note 194, p.796

<sup>249</sup>*Id.*, p.796

<sup>250</sup>*Id.*, p.796

<sup>251</sup>*Id.*, p.797

<sup>252</sup>Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, p.715

<sup>253</sup>Dominique HASCHER, *préc.*, note 38, p.95

<sup>254</sup>Dominique HASCHER, *préc.*, note 38, p.95

*tant que témoin ou personne intéressée.* »<sup>255</sup> L'article 20, paragraphe 7 de la LCIA a consacré cette pratique largement répandue en arbitrage commercial international. L'article 4, paragraphe 3, des règles sur l'administration de la preuve de l'IBA du 1<sup>er</sup> juin 1999 prévoit l'audition des employés, des conseillers et des représentants des parties en tant que témoins.

## **2.2. Les modalités du déroulement du témoignage**

Le rapport entre le témoin et la partie qui l'a choisi est source de controverses dans la conception du témoignage dans la *Common Law* et dans le droit civil. C'est dans ce sens que Mustil and Boyd ont fait remarquer que *«Les pouvoirs inquisitoriaux du juge au cours d'une procédure écrite dans le premier contrasteraient avec l'attitude passive du juge au cours d'une procédure dominée par l'oralité des débats dans le second.»*<sup>256</sup> La pratique de l'arbitrage international permet de minimiser cette contradiction. Il est important de présenter le déroulement du témoignage dans les deux systèmes juridiques avant de poser la façon dont la pratique de l'arbitrage commercial international arrive à lier les deux conceptions du déroulement du témoignage.

### **2.2.1. La production du témoignage écrit et oral dans le régime du droit civil**

Dans certains pays de droit civil, la forme écrite et la forme orale de la production du témoignage peuvent aisément être acceptées et pratiquées dans un tribunal. Dans la forme écrite, le juge peut accueillir des attestations ou des *affidavits* dont il pourrait s'inspirer pour rendre sa décision.<sup>257</sup>

En outre, dans le régime de droit civil, le juge joue un rôle essentiel dans la conduite de l'instance. En conséquence, dans le cadre du témoignage, en droit français comme d'ailleurs en

---

<sup>255</sup> *Id.*, p.95

<sup>256</sup> Mustil and Boyd, *Commercial Arbitration*, Butterworths, 1988, p.16 ss

<sup>257</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, p.716

droit haïtien et tant d'autres législations issues du droit civil, «*L'interpellation des témoins est la prérogative exclusive du juge : il est formellement interdit aux parties (et à leurs défenseurs) d'interrompre le témoin qui dépose, de l'interpeller directement ou de chercher à l'influencer (art.214, al.1 n.C.p.c.).* »<sup>258</sup> Toute partie qui contreviendrait à cette règle s'exposerait à faire l'objet de mesure d'expulsion<sup>259</sup>. En vertu des prérogatives de la loi de ces pays, c'est le juge qui organise de déroulement de l'audition des témoins. Il détermine lui-même l'ordre dans lequel ils seront entendus, sans qu'il y ait dans cet ordre une quelconque préséance des uns par rapport aux autres. S'il y a plusieurs témoins, chacun d'entre eux fait sa déposition séparément, hors la présence des autres témoins (art.208, al.1 n.C.p.c.), afin d'éviter que la déposition des uns n'influence celle des autres. De plus, «*Le juge peut aussi procéder à une confrontation, soit entre tous les témoins, ou certains témoins, soit entre les témoins ou l'un d'eux ou les parties*»<sup>260</sup>. En effet, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour procéder ou non à la confrontation. Il n'est nullement obligé de le faire. Dans un système inquisitorial comme en Haïti, il semble que les avocats et les juges considéreraient comme une violation du cloisonnement entre les témoins, s'ils acceptent les échanges entre eux ; d'ailleurs, même dans la chambre d'isolement, les témoins qui ont déjà déposé n'ont pas le droit de communiquer avec ceux qui sont en attente de déposer. Par là, selon Roger PERROT, les législateurs de ces pays veulent que le témoin ne soit troublé par des interruptions intempestives ou des questions insidieuses.<sup>261</sup>

Cependant, le rôle actif du juge ne rend pas inactives les parties. Après la déposition de chacun des témoins, les parties sont admises à interroger les témoins sur certains points précis (art.214 al.2 n.C.p.c.) après autorisation du juge. Il appartient à celui-ci d'apprécier la pertinence de la

---

<sup>258</sup> Henry Solus et Roger PERROT, *Droit judiciaire privé : Procédure de première instance*, Paris, éditions Sirey, 1991, Tome 3

<sup>259</sup> Voir l'art.214 al. 1 du n.C.p.c. français

<sup>260</sup> Art. 215 n.C.p.c. français

<sup>261</sup> Henry Solus et Roger PERROT, **préc. note** 258, p.745

question suggérée et, le cas échéant, il pourrait refuser de la poser, à condition toutefois que ce refus n'aboutisse pas à paralyser les droits de la défense.<sup>262</sup>

Par ailleurs, Gérard CORNU, en présentant la portée et le sens des *Principes directeurs du procès* selon le *nouveau Code de procédure civile* français, a avalisé une telle façon de faire de la part du juge du droit civil –du moins de son pays. Il a en effet affirmé que les dispositions du nouveau Code de procédure française «*font sortir le juge non de l'impartialité qui appartient à sa fonction, mais de la passivité qui n'entre pas dans la définition de celles-ci.*»<sup>263</sup> De poursuivre l'auteur a mentionné que «*Le juge reçoit des pouvoirs concrets qui sont les instruments d'une intervention efficace.*»<sup>264</sup> Toutefois, chacun des points développés par l'auteur ne manque pas de diviser les juristes du droit civil et ceux de la *Common Law* dans le cadre de la production et des modalités du déroulement du témoignage.

### **2.2.2.-La production du témoignage oral et écrit dans la *Common Law***

La prééminence du juge dans le déroulement du témoignage constitue une différence fondamentale par rapport au système en vigueur dans les pays d'inspiration anglaise dominés par la procédure accusatoire, notamment aux États-Unis, en Scandinavie et dans les pays du Commonwealth qui étaient autrefois des colonies britanniques. Dans ce système, les juges se voient présenter des versions alternatives des faits et d'interprétation de la loi. Chaque témoin est interrogé directement par l'avocat de chacune des parties au procès : d'abord par l'avocat de la partie qui l'a fait citer (*examination-in-chief*) et, ensuite, par l'avocat de la partie adverse (*cross-examination*). «*Le juge, qui joue le rôle d'un arbitre passif, se borne simplement à écouter et à statuer éventuellement sur les objections qu'une partie pourrait être appelée à formuler au sujet des questions posées au témoin par son adversaire, et à écarter au besoin des questions*

---

<sup>262</sup> *Id.*, p.745

<sup>263</sup> Gérard CORNU, «Les principes directeurs du process par eux-mêmes (Fragment d'un état des questions), dans *Études offertes à Pierre BELLET*, Paris, éd. Litec 1991, p.91

<sup>264</sup> *Id.*, p.91

tendancieuses qui seraient de nature à suggérer la réponse (*leading questions*)<sup>265</sup>, ou celles qui sont de nature à influencer le témoin par l'avocat de la partie adverse.»<sup>266</sup> Les parties de *Common Law* peuvent même penser qu'elles sont privées de la justice la plus élémentaire si elles ne sont pas autorisées à exposer leur position par le truchement de l'interrogatoire de *witness*.<sup>267</sup> Aussi, avons-nous constaté que, pour les droits de *Common Law*, il est parfaitement légitime pour une partie de "préparer" les témoins, avant sa comparution devant le tribunal pour éviter les surprises et les questions pièges de la part de la partie adverse.

Il faut souligner qu'au Québec, le bijuridisme de cette Province a favorisé une pratique hybride des conceptions de la *Common Law* et celle du droit civil dans la pratique du témoignage. Le législateur québécois a décidé à l'article 294 C.p.c que les témoins sont interrogés à l'audience. Cette vision correspond à la procédure en *Common Law*. Ce système accusatoire est reconnu et respecté par les tribunaux. En revanche, le 1<sup>er</sup> janvier 2003, cet article a été abrogé et suppléé par l'article 294.1 pour accorder les mêmes importances qu'aux témoignages oraux, certaines déclarations de la nature d'un rapport et certains rapports pouvaient être acceptés par le tribunal pour tenir lieu du témoignage de l'auteur du rapport.<sup>268</sup> Le contenu de l'article expressément abrogé caractérise le système du droit civil. Enfin, nous nous rendons compte que la pratique anglo-saxonne de la production du témoignage devant les tribunaux a le mérite de limiter les risques d'avoir des témoins de mauvaise foi, qui puissent venir témoigner pour acculer injustement une partie. De plus, avec la *cross-examination*, on ne peut pas être sûr que le témoin

---

<sup>265</sup> Henry Solus et Roger PERROT, *préc.*, note 258, p.745

<sup>266</sup> Yves DERAÏNS, *préc.*, note 194, p.797

<sup>267</sup> *Id.*, p.796

<sup>268</sup> Évidemment, le législateur font certaines exceptions excluant de ces rapports (pouvant tenir lieu de témoignage) les dossiers médicaux, les rapports psychologiques ou psychosociaux, du rapport d'un employeur sur l'état du traitement ou des autres avantages dont bénéficie un employé, d'une institution financière sur l'état des dépôts et placements d'une personne, d'un membre de la Sûreté, d'un policier municipal ou d'un constable spécial et enfin de la Commission des normes du travail ou de toute personne nommée par elle, et portant sur l'application des normes du travail édictées par la Loi sur les normes du travail. Voir à ce sujet Denis FERLAND et Benoît EMERY, «Témoignages au Québec», *Précis de procédure civile du Québec*, Volume 1 (Art. 1-481 C.p.c.), Cowansville, Québec, 4e édition, éd. Yvon Blais, 2003, p.5



est à charge ou à décharge. À n'importe quel moment, le témoignage peut tourner à l'avantage de n'importe laquelle des parties. En outre, un juge qui s'accroche à la vérité ne doit pas écarter toutes les possibilités et tous les moyens de preuves pour étayer sa décision. L'absence de ce mode contradictoire de la procédure constitue un vide important dans le système civiliste.

En revanche, cette procédure de *cross-examination de la Common Law* peut être l'occasion pour les avocats de poser des questions insidieuses qui tendent moins à la découverte de la vérité qu'à mettre dans l'embarras, à désorienter, voire même à discréditer le témoin dont la déposition est redoutée. « Le risque est d'autant plus grave que les témoins sont entendus en audience publique et que la réputation de l'avocat habile se fait souvent sur la manière dont il conduit l'interrogatoire des parties.»<sup>269</sup> Dans une telle circonstance, on serait loin d'une justice saine.

Par ailleurs, la procédure d'arbitrage commercial international se veut l'étendard de la recherche d'une justice empruntant des règles de déroulement et de production du témoignage des deux régimes juridiques- *Common Law* et droit civil.

### **2.2.3. Les modalités de la production du témoignage en arbitrage international**

En matière d'arbitrage international, les deux systèmes sont habituellement admis.<sup>270</sup> Ce choix est permis «*in the interest of equal treatment, it is generally accepted today that lawyers will have previous contact with their witness(es) before an arbitration hearing, and- to certain extent- that they will also prepare the witnesses.*»<sup>271</sup> Ainsi, l'arbitrage se déroulant dans un milieu anglo-saxon garde l'empreinte en partie de ce milieu. «Devant les tribunaux anglais ou américains, ce sont les parties qui choisissent, appellent et interrogent les témoins. Le juge ou l'arbitre exerce un

---

<sup>269</sup> Henry Solus et Roger PERROT, *préc.*, note 258, p.746

<sup>270</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, p.717

<sup>271</sup> N. VOSER(2006), *préc.*, note 7, p.9

contrôle sur la recevabilité des questions, et décide sur les objections soulevées par l'une ou l'autre partie à cet égard ; mais il pose rarement lui-même des questions.»<sup>272</sup> L'article 20 ,paragraphe 6, du règlement de l'arbitrage de la LCIA, admet que les avocats des parties puissent conférer à l'avance avec les témoins en vue de préparer ceux-ci aux épreuves d'*examination* et de *cross-examination* qui se dérouleront lors de l'audience.<sup>273</sup> Par ailleurs, de plus en plus, selon Dominique HASCHER, la pratique arbitrale internationale favorise le mélange de la formule anglosaxonne - de manière dosée évidemment- à celle du droit civil dans la possibilité de convoquer les témoins et de les interroger. Il a eu à souligner que

Chaque partie est responsable de la comparution des témoins qu'elle a désignés, mais l'arbitre peut toujours prendre l'initiative de convoquer des témoins en dehors de ceux mentionnés sur la liste fournie par les parties s'il paraissait, par exemple, lors de l'audition des témoins cités par les parties, que des témoins de faits essentiels n'avaient pas été invités.<sup>274</sup>

Ainsi, l'initiative de convoquer les témoins n'est pas l'apanage des seules parties. L'arbitre est habilité à jouer ce rôle.

En outre, il y a lieu de constater que dans le déroulement et dans la production du témoignage, les instruments internationaux, nationaux et les règlements des centres d'arbitrage international accordent une latitude suffisamment vaste au tribunal arbitral pour trancher sur les modalités de la production du témoignage. Ceci revient à dire que l'arbitre n'est pas obligé d'appliquer dans leur totalité les règles de procédure de témoignage appliquées dans l'un ou dans l'autre régime juridique. Ainsi, l'art.20.3 du règlement de la CCI prévoit que *«le tribunal arbitral peut décider d'entendre des témoins, des experts commis par les parties, ou tout autre personne, en présence des parties ou en leur absence si celles-ci ont été dûment convoquées.»* Cet article ne dit pas qui peut convoquer le témoin. En revanche, la CCI reconnaît le droit aux parties de présenter des

---

<sup>272</sup> B. GOLDMAN, *préc.*, note 62, p.238

<sup>273</sup> D. HASCHER, *préc.*, note 38, p.100

<sup>274</sup> *Id.*, p.100

témoins à l'occasion d'un arbitrage. Il faut aussi souligner que ledit article ne fait pas d'obligation à l'arbitre, par le fait d'utiliser le verbe pouvoir : "Le tribunal peut".

Selon l'article 15, paragraphe 2 du *Règlement de la CNUDCI* «le tribunal organise une procédure orale pour la production de preuve par témoins.» L'article 25, paragraphe 6, dispose que : « Le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance des preuves présentées. » Ce règlement accorde la priorité à la production orale du témoignage. Ce qui est proche de la *Common Law*. Toutefois, selon l'article 25, c'est au tribunal qu'il appartient de recevoir ces preuves. Cette position est plus proche du droit civil.

C'est cette même approche qui est développée par l'AAA. L'article 20, paragraphe 6, de son Règlement, prévoit que: «*The Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered by any party.* »

L'article 25 du *Règlement Suisse* de l'arbitrage international de 2006 prévoit l'hybridité des deux régimes juridiques (*Common Law* et droit civil). Il envisage qu'« *En cas de procédure orale, le tribunal arbitral notifie aux parties suffisamment à l'avance la date, l'heure et le lieu de la procédure*<sup>275</sup>. » Toute personne peut être témoin ou expert-témoin. Si des témoins ou experts-témoins doivent être entendus, chaque partie communique, quinze jours au moins avant l'audience, au tribunal arbitral et à l'autre partie, les noms et adresses des témoins ou experts-témoins qu'elle se propose de produire en précisant l'objet des témoignages et la langue dans laquelle ils seront présentés<sup>276</sup>. Le tribunal arbitral est libre de fixer la manière dont les témoins ou experts-témoins sont interrogés<sup>277</sup>. La preuve par témoins ou par experts-témoins peut

---

<sup>275</sup> art.25.1

<sup>276</sup> art.25.2

<sup>277</sup> art.25.4

également être administrée sous la forme de déclarations écrites ou rapports signées par eux<sup>278</sup>. Il est admissible pour une partie, ses organes dirigeants, employés, conseils juridiques ou avocats d'interroger des témoins, témoins potentiels ou experts-témoins potentiels<sup>279</sup>. Le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance des preuves présentées<sup>280</sup>.

En vertu du droit français, «*les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont décidé autrement dans la convention d'arbitrage.*»<sup>281</sup> Dans ce sens, une fois de plus, le droit français est encore plus libéral. Il n'impose pas au tribunal arbitral une manière de faire. Qu'il plaise à l'arbitre de déterminer cette manière de procéder sans s'occuper du droit interne de la France.

Pour ce qui est des échanges entre les parties et les témoins, il semble que l'article 11.3 du *Règlement de la London Court of International Arbitration* correspond davantage à ce qui se pratique dans la procédure d'arbitrage international, puisqu'il présente la possibilité de l'*Examination* et de la *Cross-examination* dans la production du témoignage devant les arbitres. Il dispose que «*any witness who gives oral evidence may be questioned by each of the parties or their legal practitioners, under the control of the tribunal. The tribunal may put questions at any stage of the examination of the witnesses.* »

En effet, l'interprétation de cet article fait apparaître clairement que l'arbitre ne joue pas un rôle passif dans le déroulement du témoignage. Aussi bien que les parties, il doit intervenir, demander des éclaircissements, pour faire jaillir la lumière, afin de bien motiver sa décision. Ainsi, c'est la preuve que, même initiés dans un régime de la Common Law ou du droit civil, les règlements

---

<sup>278</sup> art.25.5

<sup>279</sup> art.25.6

<sup>280</sup> art.25.7

<sup>281</sup> n.C.p.c.,art. 1495, alinéa 1

d'arbitrage concernant la production du témoignage ne créent pas un faussé entre les deux régimes-droit civil et *Common Law*.

La doctrine a abordé la question dans le même sens. Yves DERAÏNS, en faisant la synthèse de la pratique du témoignage dans l'arbitrage commercial international, a précisé que « *l'arbitre demeure libre de refuser la preuve testimoniale présentée par une partie et par conséquent d'entendre le témoin s'il l'estime être suffisamment informé sur les points qui sont l'objet du témoignage proposé.* »<sup>282</sup> De plus, « *Le tribunal arbitral pourrait solliciter d'office de l'une ou l'autre des parties qu'elle produise un témoin qu'il estime essentiel à la compréhension de la cause.* »<sup>283</sup> En outre,

« La manière dont les témoins sont interrogés est également abandonnée à la discrétion du tribunal arbitral, à moins que les parties n'aient elles-mêmes réglé cette question d'un commun accord. L'interrogation peut être effectuée par le tribunal arbitral lui-même, comme le ferait le juge de tradition continentale, ou par les représentants des parties, comme c'est le cas dans la tradition de la *Common Law*. »<sup>284</sup>

Les témoins peuvent encore être soumis à l'interrogatoire des parties ou des arbitres suivant des modes moins formels.<sup>285</sup>

Ainsi, l'arbitre international est libre de ne pas totalement prendre en considération les règles de procédure pratiquée dans l'un ou l'autre système. Ce qui aboutit à l'originalité de l'arbitrage international, qui n'est totalement ni du droit civil ni de la *Common Law*. En effet, selon l'auteur, dans le cadre du témoignage,

« *La direct examinations* est réduite à sa plus simple expression sous la forme orale et remplacée par le dépôt d'une déclaration écrite du témoin, généralement soumise avec les mémoires des parties, en même temps que la preuve documentaire. Le conseil de la partie qui présente le témoin se contente de lui poser quelques questions pour en faire une brève présentation. On passe alors au

---

<sup>282</sup> Yves DERAÏNS, *préc.*, note 194, p. 798

<sup>283</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, p. 714

<sup>284</sup> *Id.*, p. 717

<sup>285</sup> *Id.*, p. 717

contre-interrogatoire, qui est le moment important du témoignage oral car il permet d'apprécier la crédibilité du témoin.<sup>286</sup>»

Par ailleurs, même dans la procédure ordinaire, l'acceptation de la procédure écrite dans les régimes de *Common Law* est reconnue. En effet, Berthold GOLDMAN, a affirmé que, dans la *Common Law*, «les procédures commerciales, judiciaires comme arbitrales, les écritures gagnent à présent beaucoup en importance.»<sup>287</sup> Pour Robert GOFF, «non seulement les déclarations signées par les témoins sont fréquemment admises, mais encore le tribunal arbitral rend souvent une sentence fondée seulement sur des documents [écrits].»<sup>288</sup> M. HOLZMAN va plus loin en soulignant que «Les documents fondamentaux, tels que les contrats ou la correspondance, qui sont clairs quant à leur signification et à leur rapport, et dont l'authenticité n'est pas contestée sont, assurément, la preuve par excellence». Il ajoute néanmoins que «lorsque le litige a trait à des faits, une importance primordiale est accordée dans les arbitrages américains aux déclarations des témoins faites en personne.»<sup>289</sup> Toutefois, en droit anglais, tout en accordant beaucoup d'importance à l'écrit, «La conviction profonde des juristes anglais est que, sur un point de fait contesté, la façon la plus satisfaisante d'aller au fond des choses est, dans la mesure du possible, de voir et d'entendre les témoins véritables et d'éprouver leurs témoignages par la *cross examination* à la lumière de l'ensemble de l'affaire en cause, y compris les documents contemporains.»<sup>290</sup> En effet, selon A. REDFERN et M. HUNTER

Les tribunaux arbitraux donnent également plus de poids à la déposition d'un témoin qui a été soumis à un contre-interrogatoire ou qui a été interrogé par le tribunal arbitral lui-même. De même, le témoignage d'une partie est rarement exclu dans les arbitrages du commerce international en dépit du fait que la déposition d'un témoin qui a un intérêt manifeste à la solution du litige peut avoir moins de force probante que la déposition d'un témoin véritablement indépendant.<sup>291</sup>

<sup>286</sup> Yves DERAIS, *préc.*, note 194, p.799

<sup>287</sup> Berthold GOLDMAN, *préc.*, note 62, p.236

<sup>288</sup> Robert GOFF, «La présentation de la preuve en droit anglais», (1974) *Rev. Arb.*123,p.125

<sup>289</sup> M. HOLZMAN, «Arbitrages et procédure judiciaire en common law »(1974) *Rev. Arb.* 128, p.133.

<sup>290</sup> R. GOFF, *préc.*, note 288, p.125

<sup>291</sup> A. REDFERN et M. HUNTER, *préc.*, note 95, p.273

«Aussi les arbitres préfèrent-ils diviser l'audience en trois tranches de temps. L'une allouée au demandeur, une autre, égale, au défendeur et une dernière, plus courte, au tribunal arbitral, pour poser ses propres questions et trancher les procédures qui se présentent ponctuellement au cours de l'audience.»<sup>292</sup>

Enfin, un tribunal d'arbitrage dans lequel les parties ou les arbitres sont d'origine des pays partageant les régimes de la Common Law et du droit civil, n'a pas à se préoccuper de la légitimité de la procédure du témoignage en ce sens, puisque les parties ne sont pas totalement éloignées de leur culture juridique et procédurale du fait de l'hybridité du processus. Le même constat peut s'effectuer dans le cadre de la procédure d'expertise dans le déroulement de l'arbitrage commercial international.

### **Section 3. Le rapprochement de la procédure arbitrale dans le cadre de l'expertise**

Dans la pratique de la procédure arbitrale commerciale internationale, il existe un rapprochement entre deux institutions de l'expert nommé par le tribunal, connue dans la tradition civiliste, et l'expert désigné par une partie, connue en *Common Law* sous la dénomination d'*expert-witness*<sup>293</sup>. Celui-ci est un témoin dans la procédure de la *Common Law*. Vu son rôle de professionnel accompagnant les parties afin d'éclairer le tribunal sur le sujet en débat dans la procédure, il porte le nom d'*expert-Witness*. Dans cette procédure, les arbitres ont aussi le droit de faire intervenir leur propre expert pour confronter les avis des experts-witness. Selon Dominique HASCHER, «Ce rapprochement peut consister soit à faire se compléter les expertises, l'expert nommé par le tribunal ayant pour mission d'assister et d'éclairer l'arbitre sur les avis des *expert-witnesses*, soit pour faciliter le contrôle par les conseils des parties du rapport

---

<sup>292</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, p.799

<sup>293</sup> D. HASCHER, *préc.*, note 38, p.98

de l'expert nommé par le tribunal.»<sup>294</sup> Cette étude portera sur la notion de l'expertise et le choix de l'expert (3.1) et sur le débat sur l'avis de l'expert (3.2).

### 3.1. La notion d'expertise et le choix de l'expert

L'expertise joue un rôle non négligeable en matière de preuve en arbitrage commercial international. Henri LEVY-BRUHL explique cet engouement dans les termes suivants :

« Leur raisonnement [des auteurs qui justifient les motifs pour lesquels les gens s'y intéressent] est le suivant : notre civilisation est de plus en plus technicienne ; les problèmes qu'elle provoque sont toujours complexes .Si cultivé, si instruit soit-il, un juge est dans l'incapacité absolue de les résoudre. Il faut de toute nécessité qu'il s'adresse à un spécialiste, à un technicien c'est-à-dire à un expert. Pour la même raison, il lui est impossible de critiquer valablement l'avis de cet expert. Si celui-ci fait l'objet d'un doute, une seule solution : désigner un contre-expert, et, s'ils ne peuvent se mettre d'accord, nommer un tiers expert, un super-arbitre. <sup>295</sup>»

D'où, «*La conséquence logique de ce raisonnement, ce serait, à plus ou moins longue échéance, la disparition du juge, tel que nous le connaissons et son remplacement par des techniciens qui, à sa place, diront le droit.*»<sup>296</sup>

Sans aller plus loin dans le débats, nous traiterons la notion d'expertise et le choix de l'expert dans respectivement le régime du droit civil et celui de la *Common Law* avant de l'étudier dans le celui de l'arbitrage commercial international.

#### A) Dans le régime du droit civil

Dans la tradition des pays de droit civil, la nomination d'un expert est une mesure d'instruction ordonnée par le juge, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative. Le juge définit sa mission. De plus, « *c'est le tribunal qui désigne effectivement le ou les experts, ce qui n'interdit*

---

<sup>294</sup> *Id.*, p.98

<sup>295</sup> Henri LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire : Étude sociologique*, Paris, Éditions Marcel Rivière et cie, 1964, p.116

<sup>296</sup> *Id.*, p.117 ; L'auteur reconnaît, toutefois, que «le juge n'est pas obligé de faire siennes les conclusions de l'expert.»p.117. Il poursuit que «Le juge est tout autre chose qu'un technicien : c'est un représentant de la collectivité. À ce titre, il est obligé de tenir compte d'un grand nombre d'éléments qui dépassent généralement le problème technique qui serait de la compétence de l'expert...À chacun son métier : l'expert résout un problème technique ; le juge un problème qui, en fin de compte, est un problème humain.»(p.117)



*évidemment pas aux parties de se servir de «leurs» propres experts pour discuter l'analyse et les avis de l'experts 'neutre'.*»<sup>297</sup> En outre, dans ce régime, «*L'expert choisi doit être indépendant des parties, faute de quoi il pourrait être récusé.*»<sup>298</sup>

En droit français, l'expertise n'est pas obligatoire ; elle doit être diligentée si besoin se fait sentir. L'art.263 n.C.p.c. prévoit formellement que «*l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où les circonstances ou une consultation ne pourrait suffire à éclairer le juge.*» En effet, il faut considérer certains préalables avant d'ordonner cette mesure d'instruction, surtout la recherche de la disponibilité des informations que les experts auraient pu donner sans une expertise. L'audition de l'expert n'est tellement pas une obligation que l'article 283 n.C.p.c. décide que «*le juge peut entendre l'expert*».<sup>299</sup> Roger PERROT a commenté cet article dans le sens que

« le législateur moderne ait voulu rappeler avec force que ,spécialement en matière d'expertise et malgré les habitudes, le juge ne doit pas hésiter à provoquer l'audition de l'expert, et qu'il ne doit pas se résigner à ordonner une expertise complémentaire longue et onéreuse ,qu'après avoir épuisé la possibilité d'obtenir des éclaircissements de sa part(art. 245 al.3, n.C.p.c., modifié par le décret n0.89-511 du 20 juillet 1989.Mais dans ce cas, il va de soi que la convocation des parties s'impose pour que soit respecté le principe de la contradiction.<sup>300</sup>»

Au fait, à notre avis, il semble que cette conception est plutôt orientée par l'idée de la recherche de la simplicité, du moindre coût, de la stricte nécessité par le juge qui doit ordonner l'expertise.<sup>301</sup>

## **B) Dans la *Common Law***

Dans la tradition de la *Common Law*, l'expert peut être choisi et amené par les parties. Certains experts sont appelés à éclairer le juge sur des problèmes techniques ; d'autres au contraire sur le contenu d'un droit étranger. En pratique, chacune des parties présente un ou plusieurs *experts-*

<sup>297</sup> Berthold GOLDMAN, *préc.*, note 62, p.242

<sup>298</sup> Ph. FOUCARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, p.719

<sup>299</sup> Voir Henry Solus et Roger PERROT, *préc.*, note 258, p.840

<sup>300</sup> *Id.*, p.840

<sup>301</sup> *Id.*, p.840

witnesses et l'on escompte que celui qui est le plus crédible et le plus convaincant emportera la conviction du juge. Étant *witness*, il fait partie d'une équipe, celle du demandeur ou celle du défendeur. Comme témoin, l'expert est soumis à une *direct examination*, une *cross examination* et un *re examination*.<sup>302</sup> Comment cette pratique se réalise-t-elle dans les pays de la *Common Law* ?

En analysant le rôle de l'expert en droit québécois, Denis FERLAND a eu à souligner que «Un expert qui, à cause de ses fonctions, ou parce qu'il est à l'emploi de la partie qui le convoque, peut paraître a priori partial n'est pas pour autant inapte à témoigner. Son témoignage est admissible. La partialité n'affecte pas la capacité de témoigner d'un expert, mais seulement le poids à accorder à son témoignage.»<sup>303</sup> Dans la cause de la MIUF<sup>304</sup>, la Cour supérieure était confrontée à l'opposition de l'une des parties au témoignage d'un expert produit par la Société canadienne d'hypothèque et de logement au motif qu'il avait déjà été à l'emploi du gouvernement fédéral. Ladite Cour a précisé que

*«j'ai l'impression qu'il y a eu une confusion entre l'admissibilité d'un témoin et sa partialité et/ou crédibilité. La lecture du Code de procédure civile est pourtant claire à ce sujet. L'article 295 C.P., dans son premier paragraphe énonce le principe général voulant que: "Toute personne est apte à déposer en justice [...] sauf exception, en l'espèce, le curriculum vitae du docteur Munro nous permet de le qualifier d'expert et de l'admettre à ce titre comme témoin.»*

De poursuivre, «De la même manière, une partie ne peut s'opposer à la déposition d'un témoin pour l'un ou l'autre des motifs prévus à l'article 234 C.p.c. soit notamment «s'il a quelque intérêt à favoriser l'une des parties» ou «s'il a déjà donné conseil sur le différend, ou s'il en a précédemment connu comme arbitre»<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> Yves DERAIS, *préc.*, note 194, p.800; Voir aussi Roger PERROT, *préc.*, note 226

<sup>303</sup> Denis Ferland et Benoît Emery, «De l'audition des témoins» dans *Témoignages au Québec, Précis de procédure civile du Québec, Volume 1 (Art. 1-481 C.p.c.)*, 4e édition, 2003, p.7; EYB 1988-62990 EYB 1990-83699 MIUF - 12, [1988] R.D.J. 455 (C.S.)

<sup>304</sup> MIUF signifie mousse isolante d'urée formaldéhyde

<sup>305</sup> Denis FERLAND et Benoît EMERY, *préc.*, note 303, p.7, La Cour cite l'affaire *Ouellette c. Shatz*, [1987] R.R.A. 652 (C.S.).

Par ailleurs, les arbitres utilisent les méthodes provenant des deux régimes juridiques quand besoin se fait sentir. Ainsi, une partie ne saurait exiger de l'arbitre qu'il ordonne une expertise dont l'opportunité doit être évaluée au regard de son utilité ou de sa pertinence pour la manifestation de la vérité. Dans une affaire qui se déroule à la Chambre de commerce de la CCI, le président de ce tribunal arbitral explique ainsi aux parties que les arbitres n'ont aucun besoin de l'assistance d'un expert réclamé par les parties demandereses, compte tenu des éléments d'information dont il dispose et du degré d'avancement de la procédure.<sup>306</sup>

En outre, dans le débat sur l'avis de l'expert dans le tribunal arbitral international, l'hybridité des deux régimes juridiques est plus manifeste.

### **3.2. Le débat autour de l'avis de l'expert au sein du tribunal arbitral**

Nous nous posons les questions suivantes pour développer ce point relatif au débat sur l'avis de l'expert au sein du tribunal arbitral commercial international. Premièrement, l'expert a-t-il l'obligation de présenter son avis pendant une audience en arbitrage international? Deuxièmement, son avis doit-il obligatoirement faire l'objet d'un débat contradictoire entre les parties et les autres experts?

Comme nous l'avons affirmé, la procédure arbitrale internationale favorise le rapprochement des deux systèmes – droit civil et *Common Law*. Les arbitres se servent de la contribution et de la richesse de ces deux régimes juridiques pour faire évoluer l'arbitrage, contribuant ainsi à l'harmonisation de la procédure relative à celui-ci. En effet, nous dit D. HASCHER, dans la pratique de l'arbitrage international «*Un rapport écrit est généralement remis par l'expert au tribunal qui le communique aux parties en vue d'une discussion contradictoire.[...] L'expert*

---

<sup>306</sup> JDI, 1994, p.1089 ; Voir Jean J. Arnaldez, Recueil des sentences de la CCI, 1991-1995, The Hague, Kluwer Law International, 1997, p.512

*nommé par le tribunal arbitral est souvent entendu à une audience à laquelle les parties sont éventuellement invitées à faire venir en qualité de témoins leurs propres experts pour discuter des conclusions du rapport d'expert.»*<sup>307</sup> Au cas où les experts auraient été choisis par les parties, *«The arbitral tribunal, however, retains the opportunity to appoint its own expert, for instance to advise on limited issues which remain open to doubt after assessment of the parties' expert evidence.»*<sup>308</sup> Il s'agit là, selon D. HASCHER, d'une phase de la procédure pour laquelle la fusion des systèmes civilistes et de Common Law est aisée.<sup>309</sup>

Un autre point qui facilite une fois de plus le rapprochement des deux systèmes, c'est le fait que les arbitres dans leur pratique d'arbitrage commercial international accueillent l'audition simultanée des experts des parties<sup>310</sup>. Ainsi, *« les experts s'assoient face à face devant le tribunal arbitral et chacun se voit demander de faire des commentaires et de répondre aux arguments des autres en fonction d'une liste préétablie.»*<sup>311</sup>

Le Règlement Suisse de l'arbitrage international de 2006, en son article 25 approche le rôle de l'expert dans cette même logique, en utilisant le concept d'expert et d'*expert-witness*, en acceptant les déclarations écrites ou orales des experts, en admettant pour une partie, ses organes dirigeants, employés, conseils juridiques ou avocats d'interroger des experts-témoins, tout en reconnaissant que le tribunal arbitral est le juge de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance des preuves présentées.<sup>312</sup> De plus, dans la procédure arbitrale, l'expertise peut être

---

<sup>307</sup> D. HASCHER, *préc.*, note 38, p.105

<sup>308</sup> G. Kaufman- KOHLER, *préc.*, note p.65, p.1330

<sup>309</sup> D. HASCHER, *préc.*, note 38, p.105

<sup>310</sup> A. REDFERN et M. HUNTER, *préc.*, note 195, p.277

<sup>311</sup> *Id.*, p.277

<sup>312</sup> «Article 25 du Règlement Suisse de l'arbitrage international de 2006

1. En cas de procédure orale, le tribunal arbitral notifie aux parties suffisamment à l'avance la date, l'heure et le lieu de la procédure ; 2. Toute personne peut être témoin ou expert-témoin. Si des témoins ou experts-témoins doivent être entendus, chaque partie communique, quinze jours au moins avant l'audience, au tribunal arbitral et à l'autre partie, les noms et adresses des témoins ou experts-témoins qu'elle se propose de produire en précisant l'objet des témoignages et la langue dans laquelle ils seront présentés ; [...] 5. La preuve par témoins ou experts-témoins peut également être administrée sous la forme de déclarations

à la fois écrite et orale. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN ont fait remarquer que dans la pratique de l'arbitrage international, «*En général, l'expertise donne lieu à l'établissement d'un document écrit. Les parties doivent être mises en mesure de le discuter contradictoirement. Le tribunal d'arbitrage peut également décider d'entendre les explications orales de l'expert*»,<sup>313</sup> dans le cadre d'un débat sur l'avis déposé par celui-ci.<sup>314</sup>

En outre, le principe du contradictoire doit être respecté par l'arbitre dans le déroulement de l'expertise, - surtout dans le cadre du choix des experts par les parties- en vue d'assurer l'efficacité de la procédure et de la sentence arbitrales. C'est une obligation inspirée de la *Common Law* et qui a peu d'importance dans le système civiliste<sup>315</sup>. C'est vrai que l'expertise du droit civil coûte moins cher aux parties, puisqu'il existe qu'un seul expert choisi par le juge pour le tribunal dont les frais sont partagés à égalité à chaque partie. De ce fait, les parties n'ont pas à amener un autre expert. Il revient aux avocats d'interroger les experts afin de vérifier la légalité de leurs méthodes pour obtenir les informations et les preuves. Et, le juge décide en tenant compte de l'avis du seul expert sans être évidemment esclave de cet avis.<sup>316</sup>

La pratique de la procédure révèle que parfois des experts peuvent se tromper, les outils qu'ils utilisent peuvent ne pas être fiables pour garantir l'exactitude des faits et la vérité sur lesquels les arbitres vont s'appuyer pour rendre leur sentence. Un échange entre les experts des parties et celui du juge, qui feraient valoir leurs points de vue contradictoire, critiqueraient les méthodes, les outils et les instruments utilisés, permettrait mieux de rendre une décision légitime, convaincante dans un arbitrage où les parties sont surtout de cultures juridiques différentes.

---

écrites ou rapports signées par eux;6.Il est admissible pour une partie, ses organes dirigeants, employés, conseils juridiques ou avocats d'interroger des témoins, témoins potentiels ou experts-témoins potentiels;7.Le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance des preuves présentées.»

<sup>313</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, p.720

<sup>314</sup> Yves DERAIS, *préc.*, note 194, p.800

<sup>315</sup> Puisque l'on sait l'expertise relève du pouvoir discrétionnaire du juge du droit civil.

<sup>316</sup> Parfois et les avocats et les juges sont pas formés pour critiquer et mettre en doute une expertise.

En revanche, cette procédure de choix d'experts par les parties laquelle favorisant cette confrontation, peut s'avérer très coûteuse pour les parties à faible revenu, notamment dans un arbitrage impliquant des consommateurs.

Le choix de l'un ou l'autre des deux méthodes n'est pas en soi une panacée. Poudret et BESSON font cette remarque en évoquant que

Le modèle anglo-saxon présente le risque d'une "bataille d'experts" livrant aux arbitres deux opinions techniques contradictoires qu'ils ne pourront départager, alors que l'expertise indépendante peut avoir pour inconvénients d'attacher une importance excessive à l'opinion d'expert dans la solution du litige ou, pour éviter ce reproche, à ouvrir la voie à des compléments d'expertise, voire à des contre-expertises aux résultats aléatoires.<sup>317</sup>

D. HASCHER, en se référant à la sentence CCI 6057 du 14 mai 1990, conseille aux arbitres de définir la manière dont l'expert doit s'acquitter de sa mission tout en assurant la contradiction dans le déroulement des opérations d'expertise car les limites aux pouvoirs des arbitres sont assignés par le respect des droits de la défense et du contradictoire. De plus, selon l'auteur, «Afin d'éviter tout reproche de violation du contradictoire, il est souhaitable de mettre à la disposition de la partie concernée les pièces et documents utilisés par l'expert, ainsi que le compte rendu des opérations effectuées sans elle pour lui ménager la faculté de présenter des observations. Ces documents peuvent être importants pour les échanges entre les *expert-witnesses*, les parties et pour que l'arbitre soit à même de produire une sentence légitime.

## **Conclusion du chapitre II**

L'analyse qui vient d'être faite a présenté des points communs entre la *Common Law* et le droit civil dans le cadre de l'administration de la preuve, notamment le témoignage et l'expertise en arbitrage commercial international. Dans certains cas, les arbitres réalisent une synthèse des diverses traditions juridiques. En outre, « [1] *a pratique de l'arbitrage international a donné*

---

<sup>317</sup> Jean François POUDRET et Sébastien BESSON, *préc.*, note 134, p.593

*naissance à des procédures de caractère composite, empruntant certains de leurs traits caractéristiques à chacune des deux grandes familles juridiques* »<sup>318</sup> si besoin se fait sentir. Ainsi, la *discovery*, la preuve écrite, documentaire et orale, l'expertise ou le témoignage et la participation active des parties et de l'arbitre dans le processus d'arbitrage qui différenciaient les deux systèmes juridique se sont rapprochés et harmonisés pour donner à l'arbitrage son statut international véritable. Aussi, les différents règlements d'arbitrage international (d'origine internationale, étatique ou des centres internationaux) contribuent-ils à cette standardisation.

La nécessité d'harmonisation les mesures d'instruction- témoignage, expertise, preuves documentaires - s'explique par le besoin de la sécurité juridique et de la certitude dans le processus d'arbitrage commercial international. Ainsi, l'admissibilité de la preuve, ou de la preuve préconstituée, de l'objet de la preuve, la force probante des moyens de preuve, ou du témoignage, des écrits ou non écrits; de l'interrogatoire des témoins, de la vérification d'écriture, etc. font l'objet de débats sur les lois applicables et sur les conflits de lois. Il suffit de lire les articles 3130 et 3133 du Code civil du Québec, qui offrent une panoplie de lois applicables pour chaque cas et qui, s'ils n'encouragent pas le dépeçage, tracent la voie à de véritable incertitude quant à la procédure de la preuve.<sup>319</sup> Ce qui met en cause les garanties de la sécurité juridique, nécessaires dans les relations économiques internationales.

De plus, tout procès met en jeu des intérêts, parfois très importants, et, le plus souvent, contraires. Il est donc normal que chacune des parties fasse valoir, pour défendre sa cause, des arguments variés. C'est pourquoi pour la légitimité du processus, l'arbitre n'a aucun intérêt de ne pas admettre les règles de preuves qui sont familières pour les parties, en trouvant un consensus sur

---

<sup>318</sup>Yves DERAÏNS, *préc.*, note 194, p.781

<sup>319</sup> Voir Gérald Goldstein et Éthel GROFFIER, *Traité de droit civil- droit international privé*, éd. Yvon Blais, 2003, p.884

l'application des méthodes provenant des régimes juridiques différents– la *Common Law* et le droit civil.



### Chapitre III. L'universalité du principe du procès équitable et l'harmonisation de la procédure arbitrale internationale

Les garanties d'un procès équitable se révèlent transversales à tous les systèmes juridiques et à toutes les pratiques de procédure, que celles-ci soient étatiques ou arbitrales, de la *Common Law* ou du droit civil. En effet, elles participent à l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international. Ainsi, Bruno OPPETIT a fait ressortir la valeur globalisante et universelle du principe du procès équitable. Il a précisé que

La justice, globalement considérée et quelles que soient les voies par lesquelles elle est rendue, tend à s'organiser de nos jours en fonction d'une éthique communément partagée : la notion de procès équitable ; [Celle-ci...] possède désormais une résonance universelle : elle apparaît comme une traduction d'exigences supérieures sans considération de la source (droit naturel, principes généraux du droit, ordre public" réellement " international) dont elle serait susceptible de découler ; cette philosophie du procès, sinon de la justice dans toutes ses modalités institutionnelles transcende progressivement les clivages nationaux et techniques et contribue largement à restituer une unité de but à la fonction de juger.<sup>320</sup>

En outre, les recherches sur le procès équitable ont démontré que ce principe s'universalise. Il gagne en influence dans les deux principaux systèmes juridiques de droit : la *Common Law* et le droit civil.

De plus, il faut se rappeler que dans un procès équitable, on cherche l'équité procédurale. Or, *«l'équité c'est le fait de traiter justement toutes les parties, c'est-à-dire non seulement le défendeur qui doit être suffisamment informé de ce qu'on lui reproche, mais aussi le ministère public ou le plaignant qui ont droit à ce que les intérêts public et privé qu'ils représentent soient soumis au tribunal et appréciés à leur juste mérite par ce dernier.»*<sup>321</sup> De plus, *«La référence au procès équitable exprime essentiellement la nécessité que le juge assure un équilibre satisfaisant de la totalité des principes jugés pertinents dans l'examen du cas soumis (par exemple le droit de*

<sup>320</sup>Bruno OPPETIT, «Justice étatique et justice arbitrale», dans *Études offertes à Pierre BELLET*, 1991, p.418.

<sup>321</sup> *Code de procédure pénale du Québec* annoté par Gilles LETOURNEAU et Pierre ROBERT, 4<sup>e</sup> édition, Montréal, Wilson Lafleur, 2004, chapitre 1, section dispositions introductives, p.2.

*l'accusé à interroger lors des débats le témoin, le droit du témoin ou la victime d'être protégée).*»<sup>322</sup> Cependant, le contenu du droit à un procès équitable et/ou l'idée de savoir s'il recouvre l'indépendance, les principes de la contradiction, du droit de la défense, divise le milieu de la recherche. Les écrits des chercheurs, qui s'intéressent au principe de l'équité dans la procédure arbitrale commerciale internationale ont fait apparaître ces divergences. Certains auteurs ont publié des articles ou des ouvrages sur, uniquement, le contradictoire<sup>323</sup> ou la contradiction<sup>324</sup> en arbitrage, d'autres sur l'indépendance<sup>325</sup> et l'impartialité. Certains auteurs, au contraire, ont mis dans le même panier les principes de justice naturelle, la *due process*, le droit d'être entendu, les principes du contradictoire ou de la contradiction, du droit de la défense, de l'égalité comme partie intégrante du procès équitable. Gabrielle Kaufman- KOHLER a fait ressortir cette similitude en précisant que «*The term "due process" here refers to a number of notions with varying names under different national laws, including natural justice, procedural fairness, the right or opportunity to be heard, the so-called principe de la contradiction and equal treatment.*»<sup>327</sup> Ph. FOUCHARD, dans ses suggestions pour accroître l'efficacité des sentences, a fait l'insertion dans le procès équitable ces différents principes «*fondamentaux de bonne justice.*» Il rappelle que

Leur dénomination varie selon les traditions et les sources : principe de justice naturelle selon la *Common Law*, principe de la contradiction selon la formule française, le respect du droit d'être entendu et des droits de la défense selon d'autres systèmes, le droit des parties à un traitement égal

---

<sup>322</sup> Sonet SAINT-LOUIS, *L'élaboration des règles de preuve et de procédure au niveau des tribunaux pénaux internationaux dans le contexte de la diversité des systèmes juridiques nationaux : le cas de l'oui-dire, mémoire de maîtrise présenté à l'Université du Québec à Montréal (UQAM)*, Mars 2006, p.19

<sup>323</sup> Lionel MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, L.G.D.J., 2008 ; Serge GUINCHARD, «L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996)» (1997) 2 Rev. arb.185.

<sup>324</sup> Catherine KESSEDJIAN, «Le principe de la contradiction et l'arbitrage»(1995)3 Rev. arb 381

<sup>325</sup> Philippe GRANDJEAN, «Indépendance de l'arbitre : élément de déontologie»(2000) 2 Rev arb.299 ; Marc Henry, **préc., note** 96

<sup>326</sup> La Common Law utilise le concept de *due process* ou de justice naturelle au lieu de procès équitable. Voir en ce sens Ph. Fouchard, «

<sup>327</sup> G. Kaufman-KOHLER, **préc., note** 65, p.1321

selon le règlement d'arbitrage exprimé de la CNUDCI : c'est en réalité l'exigence du procès équitable.<sup>328</sup>

En effet, à partir de ces analyses, nous retenons les dernières approches, qui insèrent dans le principe du procès équitable tous les autres principes d'une bonne justice ou de la justice naturelle. Pour ce faire, nous développerons ce chapitre en deux sections. Dans la première, nous analyserons la consécration universelle de l'obligation d'indépendance et d'impartialité comme outil d'harmonisation de la procédure arbitrale commerciale internationale, et la deuxième section portera sur la consécration universelle du principe de la contradiction comme moyen de l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international. En effet, nous regroupons en trois catégories, les entités qui reconnaissent les principes d'indépendance et/ou de l'impartialité : le système civiliste, (A) la Common Law (B) et les instruments juridiques internationaux et les règlements des institutions d'arbitrage(C).

### **Section 1. La consécration universelle de l'obligation d'indépendance et d'impartialité dans la pratique de l'arbitrage commercial international**

Pour expliquer la valeur juridique du principe de l'indépendance du tribunal arbitral, un auteur a affirmé que *«Nécessaire à une bonne administration de la justice ou à une saine relation juridique, l'indépendance de l'arbitre s'impose comme un standard juridique.»*<sup>329</sup> En effet, l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre dans la pratique de l'arbitrage commercial international accuse *une reconnaissance quasi-universelle.*<sup>330</sup> Elle est consacrée par *«divers ordres juridiques nationaux, que ce soit dans le cadre de lois ou dans le cadre de décisions judiciaires. Cette exigence se trouve également formulée à l'échelon international ainsi que dans la plupart des règlements des institutions d'arbitrages reparties aujourd'hui dans la*

---

<sup>328</sup>Philippe FOUCHARD, «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales»(1998)4 Rev. Arb.653, p.661.

<sup>329</sup>Nicolas BOUCHE, «L'indépendance de l'arbitre et les moyens de les garantir», dans Alexis Mourre (dir.), Les cahiers de l'arbitrage, préc., note 4, p.123

<sup>330</sup> Marc Henry, préc., note 96, p.45

plupart des grands pays du monde.»<sup>331</sup> Alan REDFERN et Martin HUNTER essaient de cerner le sens et la différence entre indépendance et l'impartialité par l'explication de la dépendance et de la partialité. Mais les auteurs n'arrivent pas vraiment à trouver des notions exactes, qui évitent la confusion pour définir les deux notions. Ils ont affirmé que *«La notion de "dépendance" concerne exclusivement les questions découlant de relations entre un arbitre et l'une des parties, qu'elles soient ou non d'ordre financier. En revanche, la notion de "partialité" peut concerner la prévention d'un arbitre soit en faveur de l'une des parties, soit par rapport aux questions à trancher.»*<sup>332</sup> De poursuivre, *« L'impartialité est donc une notion beaucoup plus abstraite que l'indépendance, dans la mesure où elle implique au premier chef un état d'esprit particulièrement difficile à cerner. La prévention réelle est quelque chose d'assez difficile à reconnaître mais de difficile à prouver pour la partie qui en est victime.»*<sup>333</sup> En outre, selon Serge GUINCHARD *«pour les juges, l'exigence d'indépendance se traduit par l'élaboration d'un statut protecteur, dont l'inamovibilité<sup>334</sup> est l'un des éléments essentiels, et par l'interdiction des immixtions dans l'exercice de leurs fonctions.»*<sup>335</sup> L'indépendance de la juridiction est à la fois organique et fonctionnelle. Plusieurs critères organiques permettent de déterminer l'indépendance ou non des membres d'une juridiction. Il s'agit, notamment du mode de désignation, de la durée du mandat et de l'inamovibilité des juges.<sup>336</sup> Le principe d'indépendance

---

<sup>331</sup>Id., p.45

<sup>332</sup>Alan REDFERN et Martin HUNTER, **préc.**, note 194, p.179

<sup>333</sup>Id., p.179

<sup>334</sup>S. GUINCHARD, *Traité de droit processuel. Droit commun du procès et droit comparé du procès*, Paris, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2003, p.707

<sup>335</sup>Selon Téléphore ONDO, « La protection de l'accusé devant les juridictions pénales internationales », dans *Rev. trim. Dr.h.* (73), 2007, pp. 87-86, « Le principe d'inamovibilité [...] résulte outre les conditions de nomination mais aussi et surtout de la restriction des hypothèse de révocation ou de remplacement », p.96. En conséquence, la nature privée de l'arbitrage permet-elle de défendre l'impossibilité pour une des parties de révoquer et de remplacer un des arbitres qu'elle a choisi? On analysera ce fait plus loin dans ce chapitre.

<sup>336</sup>Voir Cour eur. dr.h., 22 juin 1984, *Campbell et Fell c. R.U.*, par.77

fonctionnelle implique l'absence de pressions, d'injonctions ou d'immixtions tant de toute autre institution que des parties au procès.<sup>337</sup>

Par ailleurs, l'impartialité du tribunal est une des garanties essentielles du procès équitable<sup>338</sup>. Lorsqu'elle est violée, «l'acte même de juger est alors atteint dans son essence. Sans craindre la mesure des mots, l'on peut dire que le droit est alors détourné, substantiellement nié, et sa puissance livrée tout entière au caprice de la juridiction.»<sup>339</sup> S'il n'est pas aisé de définir l'impartialité du juge en raison du flou de son contenu, il convient de noter, toutefois, qu'elle est consubstantielle de sa fonction et exige de lui qu'il «*statue selon sa conscience, en tenant la balance entre demande et défense, en n'avantageant aucune des deux au détriment de l'autre [...] : l'impartialité est égalité, équité, justice.*»<sup>340</sup>

Enfin, ainsi que l'observe Serge Guinchard, «*si le principe de l'indépendance du juge tend à le protéger à l'égard des pressions qu'exerceraient les tiers ou les parties, le principe de l'impartialité tend à protéger les parties contre les dérives du juge.*»<sup>341</sup>

On se demande s'il est indispensable de se fourvoyer dans les méandres des définitions et dans la comparaison de ces concepts. Ne vaut-il pas mieux s'intéresser à leur application dans le souci de garantir une décision judiciaire efficace, légitime et au-dessus de tout doute de la part des arbitres? En effet, dans cette section, nous développerons la reconnaissance du principe d'indépendance et celui d'impartialité tels qu'ils sont intégrés dans les règlements nationaux, internationaux et institutionnels relatifs à l'arbitrage commercial international, d'abord dans les

---

<sup>337</sup> Art.44, al.6b du Statut de la Cour pénale internationale ; Voir dans ce sens, Jean CAMBACAU et Serge SUR, *Droit international public, Montchrestien*, Paris, 5<sup>e</sup> éd., 2001, pp. 579-580

<sup>338</sup> Voir entre autres, R. DE GOUTTES, «L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ?», R.S.C., n°1, 2003, pp.63-77. ; D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, Cujas, Paris, 1997

<sup>339</sup> M. A. FRISON-ROCHE, «L'impartialité du juge», Dalloz, 1999, Chron., p.53

<sup>340</sup> J. PRADEL, «La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français», R.S.C., 1990, p.693

<sup>341</sup> S. Guinchard, *Traité de droit processuel*, préc., note 334, p.707

pays de droit civil. Notre objectif consiste à démontrer que l'intégration de ces principes dans les règlements d'arbitrage ou dans la jurisprudence arbitrale constitue un outil d'harmonisation et d'efficacité de la procédure d'arbitrage commercial international.

## A) Le système civiliste

### 3.1.1. La consécration du principe d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre dans le droit belge

La Belgique, tout comme la Suisse et la France, intègre le principe d'indépendance et d'impartialité dans les droits reconnus aux parties à l'arbitrage commercial international. Les arbitres doivent en tenir compte pour rendre leurs sentences. La jurisprudence belge a soumis les arbitres aux mêmes conditions d'indépendance et d'impartialité que celles auxquelles sont astreints les juges étatiques sur la base de l'article 1640 du Code judiciaire.<sup>342</sup> Après la modification par la *Loi du 19 mai 1998* de l'article 1690 alinéa 1 du *Code judiciaire* qui portait sur les mêmes causes de récusation d'un arbitre qu'un juge étatique, l'article 1690 alinéa 1 de la nouvelle loi prévoit désormais que les arbitres peuvent être récusés « *s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur leur impartialité ou leur indépendance.* » Par cette réforme, la Belgique rejoint les pays qui ont modernisé leur règlement d'arbitrage, et qui ont consacré le principe d'indépendance et d'impartialité comme garanties de base d'une bonne administration de la justice.

---

<sup>342</sup>voir, G. HORSMANS «La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage (1999) Rev. arb. 475 ; G. KEUTGEN, «La nouvelle loi sur l'arbitrage»(1998), Journal des tribunaux, p. 761

### 3.1.3. Le principe d'indépendance dans le droit français

Les instruments légaux français- comme les codes ou les lois - n'avaient pas explicitement consacré ce principe. *«L'affirmation du devoir d'indépendance de l'arbitre s'est réalisée en France au travers de l'existence de causes de récusation des arbitres ainsi qu'au travers des conditions de validité des conventions arbitrales.»*<sup>343</sup> Ainsi, *«L'affirmation positive d'un devoir d'indépendance de l'arbitre fut le fait des tribunaux dans le cadre de la jurisprudence développée à propos de validité du compromis. En effet, très tôt, les magistrats ont reconnu l'importance qu'il y avait à consacrer ce principe d'indépendance, lequel n'était pas suffisamment pris en compte dans le cadre de l'article 1014»* de l'ancien Code de procédure civile de 1806).<sup>344</sup> Selon ce Code, l'indépendance de l'arbitre était requise au même titre que celle des magistrats professionnels. La jurisprudence française a comblé cette lacune. En conséquence, l'un des précédents significatifs fut un arrêt de la section commerciale de la Cour de cassation française du 16 juillet 1964 qui décida que si l'arbitre unique, représenté comme une personnalité indépendante, se trouvait être professionnellement l'associé du conseil de l'autre partie, l'ignorance de cette situation par la partie était de nature à entraîner la nullité du compromis pour erreur substantielle sur la personne.<sup>345</sup> La Cour pose ainsi l'obligation du respect du principe de l'efficacité du compromis. Subséquemment, l'ordre public procédural implique que le devoir d'indépendance de l'arbitre transcende l'autonomie de la volonté des parties, et de ce fait, de la liberté de l'arbitre d'accepter sa mission.<sup>346</sup> De même, *«Dans deux arrêts, respectivement rendu du 20 février 1974 et du 31 mars 1978, la Cour de cassation invoque la nécessaire indépendance et impartialité de l'arbitre ou de l'organisme*

---

<sup>343</sup> Marc Henry, *préc.*, note 96, p.46

<sup>344</sup> *Id.*, p.47

<sup>345</sup> *Id.*, p.47 ; Rev. arb. 1964, p.125 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 15 fév.1968, Bull. civ., II, n.57 ; voir aussi Philippe FOUCHARD, note sous Civ. 2<sup>ème</sup>, 31 mars 1978, Rev. ab. 1979, p.460

<sup>346</sup> Voir Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, sur la mission de l'arbitre.

*d'arbitrage.»*<sup>347</sup> C'est jusqu'en 1980, à l'occasion de la réforme du droit de l'arbitrage, que le législateur français, sans le consacrer expressément, a créé une nouvelle obligation pour l'arbitre qui le contraint, avant d'accepter sa mission, d'informer les parties de toute cause de récusation qu'il suppose sur sa personne.<sup>348</sup> Or, les principes d'indépendance et d'impartialité sont reconnus officiellement en France et par la jurisprudence et par les lois de ce pays. Les parties au procès d'arbitrage commercial international peuvent s'en prévaloir allégrement pour défendre leurs droits et intérêts devant les arbitres ou pour récuser ceux-ci, pour demander l'annulation ou le refus de l'*exequatur* d'une sentence arbitrale, comme il pourrait être le cas d'un jugement de cour de justice.

### **3.1.2. La consécration de l'indépendance de l'arbitre en droit suisse**

En droit suisse, le principe d'indépendance de l'arbitre trouve sa consécration constitutionnelle, légale et jurisprudentielle. Ce principe s'applique en matière d'arbitrage aussi bien interne qu'international.<sup>349</sup> L'article 58 de la Constitution fédérale suisse confère à chacun le droit d'être jugé par un juge indépendant et impartial. De plus, «*les tribunaux arbitraux devaient offrir, à cet égard, les mêmes garanties que les tribunaux ordinaires.*»<sup>350</sup> Ce principe reconnu dès l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 1989, de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1988 contient un chapitre consacré à «l'arbitrage international» (articles 176 à 194). C'est le chapitre 12. Celui-ci « fait [...] une application directe du principe constitutionnel d'indépendance dans le domaine qui est le sien, c'est-à-dire selon l'article 176, alinéa 1 pour tous

---

<sup>347</sup> Ce sont respectivement : Cass. 2<sup>ème</sup> Civ., 20 fév.1974, Forges et Ateliers Comroutry Oissel et autres c. Hydrocarbon Engineering et autres, Rev. arb. 1975, p.238 ; et Cass. 2<sup>ème</sup> Civ., 31 mars 1978, société Métal Profil c. Société Intercraft, Rev. Arb. 1979, p.457, note Ph. Fauchard

<sup>348</sup> Marc Henry, préc. note 80, p.49

<sup>349</sup> P. Lalive et E. GAILLARD, «Le nouveau droit de l'arbitrage en Suisse» (1989) JDI Clunet 933, note 17 ; P. Y. Tschanz, «Indépendance des arbitres en droit suisse»(2000) Rev. Arb. 523

<sup>350</sup> Voir l'affaire : ATF, 16 sept.1987, Liger c. Alpha Lancia, Rev. ab. 1989, p.505 ; Pour en savoir plus, voir : R. BUDIN, «La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international»(1988), Rev. Arb.51 ; P. LALIVE, « The new Suisse Law on International Arbitration»(1988), International Arbitration 2, p.2



les arbitrages ayant (i) leur siège en Suisse, et (ii) dans lequel l'une des parties avait son domicile ou sa résidence habituelle hors de Suisse au moment de la conclusion de la convention arbitrale.»<sup>351</sup> L'article 180 alinéa 1c de la LDIP dispose en effet à propos des causes de récusation de l'arbitre l'hypothèse où «les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance.» Le nouveau Règlement de l'arbitrage suisse de 2006<sup>352</sup> exige des arbitres qu'ils «doivent être et demeurer en tout temps impartiaux et indépendants.»<sup>353</sup> Ce document fait l'obligation aux arbitres de «signale[r] à ceux qui l'ont pressenti toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou sur son indépendance. Une fois qu'il a été nommé ou choisi, un arbitre signale lesdites circonstances aux parties, s'il ne l'a déjà fait.»<sup>354</sup> Il conçoit l'absence d'indépendance et d'impartialité comme motifs de récusation des arbitres.<sup>355</sup> Il prévoit qu'un arbitre peut être révoqué s'il n'exerce pas bien ses fonctions.

**En conclusion**, les pays de droit civil ont intégré les principes d'indépendance et d'impartialité dans la procédure d'arbitrage commercial international. Le respect de ces principes constitue un gage de sécurité juridique, de prévisibilité, de certitude des droits et de légitimité de ce processus. Les arbitres et les opérateurs du commerce international ne doivent pas écarter ces principes dans leurs sentences, dont l'ignorance peut affecter l'efficacité de tout le processus d'arbitrage.

---

<sup>351</sup> Marc Henry, préc., note 96, p.51

<sup>352</sup> Teresa GIOVANNINI, dans Alexis MOURRE, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, préc., note 4, 93, p.167

<sup>353</sup> Selon l'article 9 (1) : 1. Tous les arbitres siégeant sous les auspices du présent Règlement doivent être et demeurer en tout temps impartiaux et indépendants des parties.

<sup>354</sup> Ibid, article 9(2) : Tout arbitre dont la nomination est envisagée signale à ceux qui l'ont pressenti toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou sur son indépendance. Une fois qu'il a été nommé ou choisi, un arbitre signale lesdites circonstances aux parties, s'il ne l'a déjà fait.

<sup>355</sup> Article 10 : 1. Tout arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes sérieux sur son impartialité ou son indépendance.

2. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a désigné que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette désignation.

## B) Les pays de la *Common Law*

Dans la *Common Law*, les documents portant sur l'arbitrage commercial international, en particulier et sur la procédure en général, développent plutôt le principe d'impartialité. En outre, comme nous l'avons démontré au début du chapitre, une panoplie de concepts sont utilisés dans ce régime juridique pour exiger le respect de l'impartialité, notamment la *due process*, le principe de justice naturelle, etc.

### 3.1.4. La consécration du principe d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre en droit américain

Le principe d'indépendance et d'impartialité n'est pas absent en droit américain. Un État comme la Californie est strict sur l'exigence du respect de ce principe dans le cadre de l'arbitrage international. Le titre 9 (surtout à l'article 1281.9)<sup>356</sup> du Code de procédure civile de cet État exige de la part de l'arbitre qu'il divulgue des informations qui pourraient mettre sa neutralité en doute, et qui le rend ainsi partial envers une partie en cause. Ce doute pourrait entraîner l'inefficacité de la sentence arbitrale devant les juridictions de l'État. Toutefois, à la lecture de l'article 1286.2, «it is likely that where an international arbitrator failed to make a required disclosure under Title 9.3 any award should be subject to automatic vacatur.»<sup>357</sup>

---

<sup>356</sup> Selon l'art. 1281.9 : Persons nominated as international arbitrators must disclose "any information which might cause their impartiality to be questioned including, but not limited to any of the following instances": (a) The arbitrator has a personal bias or prejudice concerning a party or personal knowledge of disputed facts in the proceeding; (b) The arbitrator or someone with whom arbitrator is associated has served as lawyer in the matter or arbitrator is or has been a material witness in the matter; (c) The arbitrator served as arbitrator or conciliator in another proceeding involving one or more of the parties to the arbitration; (d) The arbitrator or family member has a financial interest in the subject matter in controversy or in a party to the proceeding, or any other interest that could be substantially affected by the outcome of the arbitration; (e) The arbitrator or family member is or has been a party to the arbitration, or an officer or director of a party, is or has acted as a lawyer in the arbitration, is known to have an interest that could be substantially affected by the outcome of the arbitration, or is likely to be a material witness in the arbitration; (f) The arbitrator has a close personal or professional relationship with a party to the arbitration or an officer or director of same, with a lawyer who has acted in the arbitration, with another nominated arbitrator, with someone who has an interest that is likely to be substantially affected by the outcome of the arbitration, or with a person likely to be a material witness in the arbitration.

<sup>357</sup> Scott Donahey , «California and Arbitrator Failure to Disclose .*The Long and Winding Road to Award and Enforcement in International Arbitration*» (2007)24(4), *Journal of International Arbitration, Netherlands, Kluwer Law International* 389, p.407

Par ailleurs, la *Federal Arbitration Act (FAA)* fait cette même obligation au niveau fédéral. Ce qui revient à dire que les États fédérés doivent en tenir compte dans leurs décisions. La section 10 du *Federal Arbitration Act (FAA)*, qui fixe les conditions selon lesquelles les sentences peuvent être annulées, vise en effet le cas où «*il y a une évidente partialité ou corruption des arbitres ou de l'un d'entre eux.*» Il n'est pas superflu de vous présenter le contenu de cette section.

*In either of following cases the US courts in and for the district wherein the award was made may make and order vacating the award upon the application of any party to the arbitration; Where the award was procured by corruption, fraud or undue means, Where there was evident partiality or corruption in the arbitration or either of them, Where the arbitrators were guilty or misconduct.*

Cette obligation d'impartialité est clairement affirmée à la charge de l'arbitre. La jurisprudence américaine s'attache, par ailleurs, à appliquer la *FAA* dans le sens de faire respecter le principe d'impartialité. Plusieurs arrêts ont été consacrés à ce principe. L'arrêt le plus significatif à cet égard, qui fait figure d'arrêt de principe, est l'arrêt du 18 novembre 1968 rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Commonwealth Coatings Cop. c. Continental Casualty Co. Et autres*<sup>358</sup>. La Cour y énonce clairement que «*les dispositions (de la section 10 du FAA) témoignent de la volonté du Congrès de ne pas disposer pour un arbitrage quelconque, mais pour un arbitrage impartial. Selon la Cour, le Congrès attend «une strict marality and fairness[...] de la part des arbitres.»*<sup>359</sup>

En outre, la fraction majoritaire de la Cour déduit que, indépendamment de la preuve d'un comportement réellement frauduleux ou partial de la part de l'arbitre en cause, l'annulation de la part de l'arbitre en cause, l'annulation de la sentence sur la base de la section 10 du *FAA* s'imposait, du seul fait que la preuve était rapportée que les relations d'affaires se traduisant par

---

<sup>358</sup> 393 US145, 21L Ed, 2d 305, 89 S Ct 337 (1968)

<sup>359</sup> L'arrêt est disponible en français dans la Rev. arb. 1969, p.69.

un avantage financier pour l'arbitre s'étaient instituées entre celui-ci et l'une des parties.<sup>360</sup> De plus, «[l]es Cours américaines ont, pour la plus grande part, considéré que le devoir d'impartialité de l'arbitre devait en outre se concrétiser dans une obligation positive à la charge de l'arbitre, édictée sous peine de nullité de la sentence arbitrale, de divulguer toute circonstance de nature à justifier une action fondée sur le défaut d'impartialité de l'arbitre.»<sup>361</sup> Il ne va sans dire que cette obligation est faite par la majorité d'instruments modernes de l'arbitrage commercial international.

### 3.1.5. Le principe d'indépendance et d'impartialité dans le droit anglais d'arbitrage

En droit anglais, «[l]'impartialité de l'arbitre est [...] élevé au rang de principe fondamental et incontournable de l'arbitrage anglais.»<sup>362</sup> L'un des devoirs exigés de l'arbitre par les législateurs anglais est «le devoir d'impartialité».<sup>363</sup> En revanche, «Si les Cours anglaises ont donc clairement exprimé le principe de l'impartialité des arbitres, ce n'est que récemment que le législateur britannique a expressément visé ce principe.»<sup>364</sup> Les lois anglaises imposaient la révocation ou le déport de l'arbitre et ignoraient catégoriquement le principe d'indépendance ou d'impartialité *expressis verbis*. «L'*Arbitration Act 1889* a à la fois (i) entériné la pratique (apparue en *Common Law*) de la «*revocation*» de l'arbitre sur autorisation préalable des Cours et (ii) créé une nouvelle forme de dessaisissement de l'arbitre appelé «*destitution*» («*removal*»)).<sup>365</sup>

« En 1934, la question de l'impartialité de l'arbitre a fait l'objet de dispositions législatives expresses. Le contenu de l'article 14 de l'*Arbitration Act 1934* repris dans l'*Arbitration Act 1950* sous l'article 24, était doublement significatif : l'alinéa 1 de l'article 24 visait expressément l'hypothèse d'une demande de révocation de l'arbitre pour non-respect par celui-ci de son obligation de l'impartialité.<sup>366</sup>»

---

<sup>360</sup> *Id.*, p.69

<sup>361</sup> *Id.*, p.69 ; voir le commentaire de Marc Henry, *préc.*, note 96, p.71

<sup>362</sup> Marc Henry, *préc.*, note 96, p.67

<sup>363</sup> *Id.*, p.65

<sup>364</sup> *Id.*, p.65

<sup>365</sup> *Id.*, p.65

<sup>366</sup> *Id.*, p.65

D'autre part, il renforçait ce même devoir d'impartialité en refusant d'assimiler le fait de désigner un arbitre dans la convention d'arbitrage, à une renonciation automatique implicite à se prévaloir une fois le litige né d'un défaut possible d'impartialité de l'arbitre ainsi désigné.<sup>367</sup>

L'*Arbitration Act* 1996 a consacré de la manière la plus nette, l'exigence d'impartialité de l'arbitre. L'article 24 de la loi prévoit parmi les causes de révocation(*removal*) des arbitres les hypothèses dans lesquelles les circonstances permettraient de mettre en doute leur impartialité.<sup>368</sup>

L'article 24 (1) de l'*Arbitration Act de 1996* prévoit que

:« A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties ,to the arbitrator concerned and to any arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of these following grounds : That circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality; That he does not possess the qualifications required by the arbitration agreement.»

Selon un auteur, «L'article 24 figure en outre parmi des dispositions de la loi auxquelles il est interdit de déroger»<sup>369</sup>

### **3.1.6. La consécration du principe d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre en droit canadien**

Le principe d'indépendance et d'impartialité qui est affirmé en droit canadien dans les lois internes vaut aussi pour l'arbitrage. Par ailleurs, avec l'adoption de la *Loi-type de la CNUDCI* du 21 juin 1985 sur l'arbitrage commercial international<sup>370</sup>, le Canada a ajouté un autre outil à son arsenal juridique, en s'engageant ainsi à respecter ou à faire respecter les principes d'indépendance et d'impartialité dans les décisions judiciaires. Commentant l'adhésion du Canada à la *loi-type*, un auteur a précisé que «La loi fédérale sur l'arbitrage commercial est une

---

<sup>367</sup> *Id.*, p.66

<sup>368</sup> Marc Henry, *préc.*, note 96, p.66

<sup>369</sup> *Id.*, p.67

<sup>370</sup> Voir la Loi sur l'arbitrage commercial, Sc. 22, en vigueur depuis 10 avril 1986

*retranscription quasiment identique des termes de la [L]oi-type de la CNUDCI »*<sup>371</sup>. Puisque l'ensemble des Provinces du Canada ont maintenant introduit dans leur législation respective sur l'arbitrage les dispositions de la *Loi-type* (sous réserve de quelques modifications, de plus en plus grande ampleur selon le cas), il y a lieu d'affirmer que «*Les dispositions relatives à l'indépendance de l'arbitre sont donc celles de la loi-type.*»<sup>372</sup> C'est pourquoi nous n'admettons pas la position de Marc Henry, selon laquelle, en droit québécois, «*Aucune cause de récusation visant de manière générale le défaut d'impartialité de l'arbitre ou la prévention manifeste de ce dernier, n'est consignée.*»<sup>373</sup> La lecture des instruments juridiques québécois révèlent tout à fait le contraire. En effet, le juriste québécois peut citer le passage de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Sport Maska* pour demander à l'arbitre qu'il soit impartial. En conséquence, les règles qui régissent l'arbitrage doivent être élaborées de façon à «*s'assurer que le processus garantirait aux justiciables la même mesure de justice que celle distribuée par les tribunaux, d'où l'élaboration de règles de procédure destinées à assurer l'impartialité de l'arbitre et le respect des règles justice fondamentales telle la règle audi alteram partem.*»<sup>374</sup> Dans cette affaire, la Cour suprême rappelait que les arbitres sont assujettis à la règle de l'impartialité et mentionnait certains facteurs: le fait qu'il (l'arbitre) détienne des liens particuliers avec l'une d'elles (les parties) ou encore qu'il soit rémunéré par l'une d'elles seulement qui, bien qu'il ne soient pas mentionnés en termes exprès aux articles 234 et 125 C.p.c., s'opposeraient à ce qu'ils entendent un différend et en décident.<sup>375</sup> Dans d'autres jugements, les tribunaux ont appliqué la règle de l'impartialité sans limiter sa portée aux seuls facteurs apparaissant aux articles 234 et 235 C.p.c. Ainsi dans l'affaire *Desbois c. Industries A.C. Davie Inc*, la Cour d'appel du Québec juge nulle

---

<sup>371</sup> Marc Henry, **préc.**, note 96, p.72

<sup>372</sup> *Id.*, p.72

<sup>373</sup> *Id.*, p.74.

<sup>374</sup> *Sport Maska Inc. C. Zitrer*, [1988] 1 R.C.S., p.581

<sup>375</sup> *Sport Maska Inc. C. Zitrer*, préc. note 332, p.581 ; Jean Denis GAGNON, **préc.**, note 10, p.7

une clause d'un contrat prévoyant l'arbitrage et habilitant une partie ou ses représentants ou mandataires à agir comme arbitres. Enfin, dans la cause *Kendrick c. Merling*, la Cour mentionne que l'arbitre dont la sentence était contestée avait manqué à la règle de l'impartialité, tout comme à la règle *audi alteram partem*, en acceptant d'entendre une partie qui lui avait soumis son point de vue avant même la tenue de l'audience, et en l'absence de l'autre partie.

Quant aux instruments juridiques, le *Code de procédure civile québécois* sanctionne le manquement d'un arbitre à l'obligation d'impartialité. Il prévoit aux articles 234 et 235 qu'un arbitre peut être récusé s'il ne possède pas les qualités dont les parties à la convention d'arbitrage avaient convenues.<sup>376</sup>

En outre, la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>377</sup>, dans son article 23, reconnaît aux justiciables le droit d'être jugés *par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé*, impose le respect de cette règle lors de l'arbitrage. La présence de cette obligation dans un instrument des droits de la personne est significative, puisque le contenu de la Charte est d'ordre public, donc s'impose au tribunal- judiciaire ou arbitral.

### **C. La consécration de l'indépendance et de l'impartialité à l'échelon international et selon la pratique des institutions d'arbitrage international**

Les institutions internationales participent aussi à l'harmonisation de la procédure d'arbitrage en reconnaissant le principe de l'indépendance et de l'impartialité dans des instruments qu'elles élaborent pour l'arbitrage commercial international. *La Loi-type de la CNUDCI*, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, les règles de l'*IBA*, et d'autres instruments des Nations Unies sont utilisés par certaines institutions arbitrales et peuvent servir de guide pour

---

<sup>376</sup> *Id.*, p.7

<sup>377</sup> *Charte québécoise des droits et libertés : L.R.Q. c. C-12*

exiger l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Nous présenterons dans les lignes qui suivent le contenu de ces instruments destinés à l'impartialité et à l'indépendance du tribunal d'arbitrage (AAA, CCI, CIRDI, LCIA.)

### 3.1.7. La consécration du principe d'indépendance et d'impartialité dans le règlement

#### d'arbitrage de la CCI

La CCI, depuis 1975, a consacré l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre. Ces deux principes ne cessent depuis lors d'être réaffirmés, ajoutés à la procédure de récusation insérée dans le Règlement de 1955. Une révision des documents de la CCI a démontré qu'

Aussi bien le règlement de 1922 que celui de 1955 ne contenaient aucune référence aux notions d'indépendance ou d'impartialité. Le règlement d'arbitrage de 1922 ne contenait aucune disposition sur le problème de la récusation des arbitres. Cette absence s'explique par le caractère honorifique qui était alors attribué à la mission arbitrale. Il eût été insultant pour la personne de l'arbitre de mettre en cause son intégrité au travers d'une procédure de récusation.<sup>378</sup>

Le Règlement de 1955 a introduit en son article 7(4) une procédure de récusation. Ce n'est qu'en 1975 que le principe d'indépendance fait son entrée à l'occasion de l'adoption du nouveau Règlement d'arbitrage à l'article 2(4). Jean Robert, le rapporteur de la Commission de la CCI sur l'arbitrage, a justifié l'introduction de ces principes en ces termes: *«This notion was introduced in order to enable the Court either not to confirm an arbitrator, or if need be, to challenge his nomination. The intention of the draftsmen of the rules was essentially preventive one, by encouraging the parties to choose arbitrators who are genuinely independent.»*<sup>379</sup> Le Règlement d'arbitrage de la CCI de 1988 a renforcé ce principe, en ajoutant un nouveau paragraphe contenu dans l'article 2(7) énonçant de manière directe et expresse un devoir d'indépendance à la charge de tous les arbitres : Il a précisé que *«Tout arbitre nommé ou confirmé par la Cour doit être et demeurer indépendant des parties en cause.»* Subséquemment, le Règlement de 1998 a confirmé

---

<sup>378</sup> voir : Craig, PARK et Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, Oceana Publication, 2000, p.210

<sup>379</sup> Marc Henry, *préc.*, note 96, p.106



cette obligation en énonçant à son article 7.1 que « *Tout arbitre doit être et demeurer indépendant des parties en cause.* » Ce même article a été reproduit en 2006 dans le Règlement suisse d'arbitrage international. La répétition de cette obligation dans différents instruments juridiques d'arbitrage témoigne le souci d'harmonisation au niveau international des règlements d'arbitrage commercial international, pour répondre aux enjeux de la compétition dans ce domaine. Le Règlement de 1998 de la CCI exclut clairement toute dérogation au principe de l'indépendance des arbitres, qu'il s'agisse des arbitres désignés par les parties ou des présidents de tribunal arbitral.<sup>380</sup> Une telle décision garantit l'efficacité de la sentence CCI quand les parties vont demander leur exécution dans un État quelconque.

### **3.1.8. La consécration du principe d'indépendance de l'arbitre dans le cadre du Règlement de la LCIA (*London Chamber of International Arbitration*)**

La LCIA garde dans sa tradition le respect du principe d'indépendance. L'ancien Règlement d'arbitrage applicable avant 1985, insistait déjà nettement sur ce principe. Il prévoyait, de manière claire et directe, un devoir d'indépendance à la charge de tous les arbitres. Dans son article 9(1), il disposait que: « *All arbitrators operating under these rules shall be independent and impartial. No such arbitrator shall act as advocates for or negotiator on behalf on any party.* » Les avocats des parties ne sont pas habilités à agir comme arbitres impliquant leurs clients. Le nouvel article 3.1 reprend cette même obligation. Selon le Règlement, l'indépendance de la volonté ne constitue pas un motif devant servir à la violation des principes d'indépendance et d'impartialité. L'article 3(3) dispose en effet que « *la Cour d'arbitrage de la LCIA pourra toujours décider de refuser ou de confirmer l'arbitre désigné par l'une ou l'autre partie si elle considère qu'il n'est pas indépendant ou impartial.* » La cause de récusation contenue dans le

---

<sup>380</sup> *Id.*, p.109

Règlement de la LCIA en cas de la violation de l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre vise toutes «*circumstances [...] that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence (art.3(7) du Règlement)*». Ainsi, selon Marc Henri, «*La rigueur du devoir d'indépendance de l'arbitre énoncé par le Règlement de la LCIA se retrouve dans la disposition imposant à tous les arbitres de signer, avant leur rentrée en fonction, une déclaration d'indépendance (une telle pratique se retrouve également dans le cadre des arbitres CCI)*»<sup>381</sup>

### **3.1.9. La consécration du principe de l'indépendance de l'arbitre dans le cadre du**

#### **Règlement de l'AAA (*American Arbitration Association*)**

L'AAA a adopté, en 1981, puis modifié en 1986, les *Supplementary Procedures* pour l'arbitrage commercial international. Ce document entend faire peser sur tous les arbitres un strict devoir d'indépendance.<sup>382</sup> La règle n° 2 de ces «*Supplémentary Procedures*» prévoit que «*Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that gives rise to justifiable doubts as the arbitrator's impartiality or independence*»<sup>383</sup>. En 1991, l'AAA a adopté un Règlement d'arbitrage international qui sera modifié en 1992. Ce Règlement consacre, à l'article 7, cette tendance en édictant à la charge des arbitres, directement et expressément, en l'absence de stipulations contraires des parties, «*un devoir d'impartialité et d'indépendance.*»<sup>384</sup>

Par ailleurs, nous avons constaté d'une similarité du Règlement de l'AAA avec les autres règlements d'arbitrage international. Ce qui explique que la nouvelle tendance vise à réduire de plus en plus les différences entre les différents règlements d'arbitrage commercial international.

---

<sup>381</sup> *Id.*, p.111

<sup>382</sup> *Id.*, p.113

<sup>383</sup> Voir F. Joly, «Le règlement d'arbitrage international de l'association américaine d'arbitrage»(1993) Rev. arb 401 et le texte du Règlement à la p. 486 ; Marc Henry, *préc.*, note 96, p.113.

<sup>384</sup> Voir l'article 7, Rev. arb. 1993, p.486

### **3.1.10. La consécration du principe d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre dans le cadre du CIRDI (Centre international pour le Règlement des Différends Relatifs aux investissements)**

La problématique de l'indépendance des arbitres est traitée à la fois dans le cadre de la Convention et dans celui du Règlement d'arbitrage.<sup>385</sup> L'article 14 de la Convention de Washington énonce les qualités exigées aux personnes figurant sur la liste d'arbitres tenue par le CIRDI. Pour les cas où les parties au litige décideraient de choisir des arbitres en dehors de cette liste, l'article 40 de la Convention prévoit que ces arbitres devront présenter les mêmes qualités que celles énoncées à l'article 14(1). L'indépendance figure parmi ces qualités exigées par ledit article. L'article 14(1) prévoit que les arbitres doivent offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. Il dispose que « *Toutes personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière, et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions.* » Le système d'arbitrage CIRDI, pour garantir l'indépendance de l'arbitre exige, selon l'article 6(2), qu'une déclaration préalable devant être signée par les arbitres par laquelle ces derniers confirment solennellement qu'il n'existe aucune raison susceptible de les empêcher de faire partie du tribunal arbitral (article 6(2) du Règlement d'arbitrage).<sup>386</sup>

---

<sup>385</sup> voir le Règlement dans JDI (Clunet) 1986, p.253, avec des annotations de E. GAILLARD

<sup>386</sup> «L'article 6(2) du Règlement du CIRDI : «Avant la première session du tribunal ou lors de cette session, chaque partie signe la déclaration suivante : «À ma connaissance, il n'existe aucune raison susceptible de m'empêcher de faire partie du tribunal arbitral constitué par la CIRDI à l'occasion d'un différend entre ... et ....

Je m'engage à tenir confidentielle toute information portée à ma connaissance du fait de ma participation à la présente instance, ainsi que le contenu de toute sentence prononcée par le tribunal.

Je m'engage à juger les parties de façon équitable, conformément au droit applicable et à ne pas accepter d'instruction ou de rémunération relativement à l'instance, quelle qu'en soit l'origine, à l'exception de celles prévues à la Convention et aux règlements adoptés en vertu de ladite Convention.

Une déclaration concernant mes relations professionnelles d'affaires et autres (s'il en existe) avec les parties est jointe à la présente.»

### 3.1.11. La consécration du principe d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre dans le cadre des *directives* de l'IBA

La question de l'indépendance intéressait tellement l'*International Bar Association*<sup>387</sup> que son Conseil décide d'adopter de façon spécifique des *directives* sur l'impartialité, l'indépendance et la révélation en matière d'arbitrage commercial international.

« Ces directives sont le résultat d'un long processus de travail d'un groupe<sup>388</sup> constitué par l'IBA, et dont les membres étaient d'éminents praticiens de l'arbitrage commercial international. Le groupe a consulté plusieurs organisations arbitrales et industrielles avant d'établir, après deux projets et plusieurs discussions, y compris au cours des deux derniers colloques annuels de l'IBA, son texte final. »<sup>389</sup>

L'objectif de ces *Directives* est de définir le cadre dans lequel l'impartialité doit être assurée, en proposant des standards généraux destinés à assister les arbitres, les parties, les organismes arbitraux et les tribunaux étatiques dans les décisions que ceux-ci doivent prendre en cas de conflits d'intérêts.<sup>390</sup> Ainsi, les membres du Conseil de l'IBA visaient, en réalisant ces *directives*, de contribuer à l'harmonisation de procédure d'arbitrage commercial international.

Nous avons aussi constaté que ce n'est pas la première fois que l'IBA s'intéresse à la question d'indépendance et d'impartialité de la part des arbitres. En 1987, cette organisation professionnelle avait adopté les *Rules of Ethics for International Arbitrators*, qui avaient établi une exigence de neutralité et un devoir pour les arbitres de révéler toute relation avec les parties

---

<sup>387</sup> Voir Th. CLAY, « Présentation des règles de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage commercial international » (2004) Rev. arb. 991

<sup>388</sup> Les membres du groupe ayant préparé le guide de l'IBA sont au nombre de 19 dont : Henri ALVAREZ (Canada) ; John BEECHY, Angleterre ; Jim CARTER, États-Unis ; Emmanuel GAILLARD, France ; Emilio GONZALES de CASTILLO, Mexique ; Bernard HANOTIAU, Belgique ; Michael HWANG, Singapour ; Albert Jan Van den Berg, Belgique ; Doug JONES, Australie ; Gabrielle Kaufmann-KOHLER, Suisse ; Arthur MARIOTT, Angleterre ; Tore Wiwen Nilson, Suède ; Hilmar RAESCHKE-KESSLER, Allemagne ; David W. Rivken, États-Unis ; Klaus SACHS, Allemagne ; Nathalie VOSER, Suisse (Rapporteur) ; David William, Nouvelle-Zélande ; Des William, Afrique du Sud ; Otto de Witt Wijnen, Pays Bas, Président), tirée de l'article de Ioannis VASSARDANIS, « Les directives de l'International Bar Association sur l'impartialité, l'indépendance et la révélation en matière d'arbitrage international » (2002) 3 Les Cahiers de l'arbitrage, sous la direction de Alexis MOURRE, Gazette du Palais, Editions juillet 2006, p.52

<sup>389</sup> Ioannis VASSARDANIS, « Les directives de l'International Bar Association sur l'impartialité, l'indépendance et la révélation en matière d'arbitrage international », dans Les Cahiers de l'arbitrage, préc., note 4, p.52

<sup>390</sup> Id., p.52 ; Nathalie VOSER (2005), préc., note 56, p.113, G. Kaufman-KOHLER, préc., note 65, p.1325

en cause. Les rédacteurs de cet instrument ont signalé que les directives prévalent sur les règles de 1987 dans les matières traitées par les deux.

« Le texte final des *Directives* est composé d'une introduction et de deux parties principales. La première partie contient sept standards généraux et leurs notes explicatives, concernant principalement l'indépendance et l'impartialité, les conflits d'intérêts, la révélation par l'arbitre et la renonciation par les parties. La deuxième partie contient trois listes d'application (avec des notes explicatives), qui peuvent jouer le rôle d'un guide d'interprétation et d'application par les parties, les arbitres, les organismes arbitraux et les tribunaux étatiques.<sup>391</sup> »

### **3.1.12. La consécration du principe d'indépendance de l'arbitre dans le cadre de la *Loi-type de la CNUDCI***

La *Loi-type* de la *CNUDCI* aborde les principes d'indépendance et d'impartialité et les consacre dans sa vocation universaliste et dans son but d'harmoniser la procédure d'arbitrage commercial international<sup>392</sup>. L'article 12 paragraphe 1 et 2 et l'article 11 paragraphe 5 sont consacrés aux principes d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre. Selon l'article 12 paragraphe 1 de la (I)

---

<sup>391</sup> Ioannis VASSARDANIS, préc. note 345, p.52 ; Selon le développement qu' a fait Ioannis VASSARDANIS «Le premier standard consacre un principe quasi universel du droit de l'arbitrage commercial international, selon lequel l'arbitrage doit être et demeurer impartial et indépendant des parties en cause, au moment de l'acceptation de sa mission, pendant toute la procédure arbitrale, et jusqu'au moment où la sentence arbitrale est rendue ou la procédure autrement terminée. Peu de lois nationales et de règlements d'arbitrage se réfèrent exclusivement, en cette matière, à l'exigence d'indépendance ou à celle d'impartialité. Les directives visent les deux notions. Il n'est toutefois pas aisé de les distinguer clairement. Selon la majorité des auteurs, l'indépendance viserait une situation objective interdisant certains liens, en particulier financier, entre l'arbitre et les parties intervenant dans la procédure arbitrale, et l'impartialité serait une notion plutôt subjective, faisant référence à l'absence de préjugés découlant d'un lien "privilegié" avec la cause à juger.», p.52 ; «Le deuxième, le troisième et le septième standards se réfèrent aux conflits d'intérêts. Selon le standard général 2 (a), un arbitre doit refuser la mission ou se déporter s'il a des doutes quant à son aptitude à rester indépendant et impartial. Le même principe s'applique, selon le standard général 2(b), si certains facteurs ou circonstances postérieures à la nomination de l'arbitre sont de nature à susciter chez un tiers des doutes raisonnables quant à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre. L'arbitre doit révéler ces circonstances avant d'accepter sa mission. Selon le principe sept, il revient aussi aux parties de révéler toutes informations pouvant affecter l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre.», p.53 ; «Les standards 5 et 6 portent sur le champ d'application des directives. Celles-ci sont applicables aux présidents des tribunaux arbitraux, aux arbitres uniques et aux arbitres nommés par les parties. (principe 5), aux relations entre l'arbitre, le cabinet ou le réseau professionnel auquel il appartient et les parties.», p.54 ; «Les listes d'application des standards, (divisées en trois parties dénommées Rouge, orange et verte) :A) «La liste rouge comporte deux parties : une liste rouge non susceptible de renonciation, et une liste orange susceptible de renonciation. Ces deux listes sont une énumération non exhaustive de situations qui, selon les circonstances d'une affaire, peuvent susciter des doutes quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre. La liste orange non susceptible de renonciation inclut des situations dans lesquelles l'arbitre serait en pratique juge et partie. [...] Ces situations sont donc considérées comme susceptibles de régularisations uniquement si les parties, ayant connaissance du conflit d'intérêts, déclarent de façon expresse leur volonté que la personne concernée agisse comme arbitre.», (p.54) B) «La liste orange est une liste qui reflète des situations qui sont prévues par le standard général 3 (a), et l'arbitre a par conséquent le droit de les révéler. Il s'agit essentiellement des services rendus à une partie dans les trois années précédant l'arbitrage. Il est présumé que les parties en cause ont accepté l'arbitre si, après la révélation, ils n'ont pas formulé d'objection dans le délai de 30 jours.», (p.54) ; «La liste verte contient une énumération non exhaustive de situations ne présentant pas de difficultés. Dans ces situations, l'arbitre n'a pas le devoir de révélation. Il s'agit par exemple du cas dans lequel l'arbitre détient une quantité non significative d'actions dans le capital d'une société cotée partie à l'arbitrage.», p.54

<sup>392</sup> Voir aussi Ph. FOUCHARD, «Observations relatives à la liste CNUDCI des questions sur l'organisation de la procédure arbitrale» (1998) Rev. Arb 273

*Loi-type*, tout arbitre, pressenti ou nommé, doit signaler toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou son indépendance.

Au paragraphe 2, il relate les causes générales de récusation visant toutes les circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur l'impartialité ou son indépendance de l'arbitre. L'article 11 au paragraphe 5 de la (I) *Loi-type* demande expressément aux juges chargés de nommer un arbitre de «*tenir compte de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial.*» S. JARVIN, dans ses commentaires a eu à souligner que *Loi-type* constitue «*un consensus de l'opinion internationale contemporaine dominante sur un certain nombre de questions importantes pour la conduite des arbitrages internationaux*»<sup>393</sup>.

### **3.1.13. La consécration de l'indépendance et de l'impartialité dans les instruments internationaux**

Au niveau international, les États se sont engagés à respecter les garanties procédurales telles l'indépendance du tribunal, l'impartialité des juges, l'accès à la justice, la prohibition du déni de justice, le principe d'égalité entre les parties, le principe du procès équitable, etc. La majorité des États du monde ont reconnu la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>394</sup>, ou ont inséré dans leurs lois internes (Constitution ou lois) des principes de garanties procédurales. D'autres instruments internationaux obligatoires pour les États font les mêmes exigences aux États Parties. L'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>395</sup> et l'article 6 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* défendent ces mêmes obligations<sup>396</sup>. En 1985, les Nations Unies ont élaboré un ensemble de *Principes fondamentaux*

---

<sup>393</sup> S. JARVIN, «La loi-type de la CNUDCI sur l'Arbitrage Commercial International» (1986) Rev. arb. 509

<sup>394</sup> Cet instrument n'est pas obligatoire pour les États, mais il joue un rôle fondamental dans l'orientation et dans le respect des droits de la personne

<sup>395</sup> DUDH, A/RES/217 A (III), 10 décembre 1948

<sup>396</sup> L'article 6&1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant, établi, par la loi, qui décidera,

*relatifs à l'indépendance de la magistrature*<sup>397</sup>. Ces Principes prévoient « *Considérant que la Déclaration universelle des droits de l'homme énonce des principes de l'égalité devant la loi, de la présomption d'innocence et du droit qu'a toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial créé par la loi*». De poursuivre, «*Considérant que l'organisation et l'administration de la justice, dans chaque pays, devraient s'inspirer de ces principes et que des efforts devraient être déployés pour les traduire pleinement dans la réalité.*» De plus, le Principe 5 est plus clair en ce qui a trait aux règles de prévisibilité de la procédure judiciaire : «*Chacun a droit d'être jugé par les juridictions ordinaires selon les procédures légales*». Le respect de ces libertés fondamentales et des garanties procédurales « *constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique.*»<sup>398</sup> En effet, Dominique HASCHER a constaté que «*les arbitres accordent en général assez peu d'attention à ces procédures internes, s'exposant par un manque de réflexion sur ces sujets à des récusations quand ils ne mettent pas en péril la validité de la sentence.*»<sup>399</sup>

Ainsi, certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme justifient la position de l'auteur et démontrent que l'efficacité de la sentence arbitrale passe par le respect de ces principes fondamentaux. C'est dans ce but que Jean-François FLAUSS a affirmé que

---

soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre ou de la sécurité nationale dans une société, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice »

<sup>397</sup> Principes fondamentaux relatives à l'indépendance de la magistrature, adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Milan (Italie) du 26 août au 6 septembre 1985, et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 septembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985

<sup>398</sup> Préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales de 1950, STE n° 155 ; en ligne : < <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=FRE>>, (consulté le 30 mai 2009)

<sup>399</sup> D. HASCHER, préc., note 38, p.65



« [l]a jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme étend de plus en plus l'emprise de la convention sur diverses branches du droit interne. Certaines matières réputées jusqu'à présent comme peu concernées par l'application de la convention, le sont désormais de manière très conséquente. Il en est tout particulièrement ainsi pour l'arbitrage.»<sup>400</sup>

Dans l'affaire Guinée à la Chambre arbitrale de Paris, le Tribunal de grande instance de Paris précise que dans son rôle d'organisation et de maintien de la police de l'instance arbitrale, l'institution arbitrale doit prendre des initiatives qui s'imposent <sup>401</sup> «pour donner à chacune des parties les garanties essentielles propres à assurer un "procès équitable" au sens du droit interne et des articles 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et 14 du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques». De même dans l'arrêt *Lihtgow et autres c. le Royaume-Uni* rendu par la Cour européenne, les requérants se plaignent de n'avoir pu saisir un tribunal indépendant et impartial chargé de déterminer les indemnités qui leur revenaient à la suite de la nationalisation de certains de leurs biens. Ces indemnités avaient été fixées par un organisme qualifié de "tribunal arbitral", composé d'un juriste nommé, pour le présider, par le *Lord Chancelier* et des deux assesseurs désignés par le ministre compétent. La Cour a considéré que les garanties de l'article 6.1 devaient être appliquées car on était, en réalité, en présence d'une juridiction d'un type particulier certes, mais établie par la loi au sens strict et où la procédure ressemblait à celles des juridictions ordinaires (par.201 de l'arrêt) et non d'un véritable arbitrage voulu par les parties en litige. La décision était rendue favorable aux requérants.<sup>402</sup>

Par ailleurs, en traitant l'arbitrage sur le terrain des droits de la personne, c'est la responsabilité de l'État qui est visée pour les faits et actes des arbitres. Par conséquent, Pierre LAMBERT, a relaté que

---

<sup>400</sup> Jean-François FLAUSS, «L'application de l'art.6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales»(1986)2 Gaz. Pal. 407

<sup>401</sup> Voir Charles JARROSSON, «L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme»(1989) Rev. arb.573

<sup>402</sup> Voir Pierre LAMBERT, «L'arbitrage et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.» dans Alessandra Gambi-Fabre BULLE (dir.), *L'arbitrage et la Convention européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.22



« précisément, l'État permet l'arbitrage, en fixe le cadre de compétence et les modalités de procédure; il prévoit également des recours devant les juridictions de l'ordre judiciaire –certes, dans les limites différentes d'un État à l'autre-mais donne à ces juridictions le pouvoir d'éventuellement annuler une sentence arbitrale; enfin, à moins d'exécution spontanée de la sentence arbitrale, celle-ci est dépourvue de toute effectivité en l'absence d'une décision judiciaire qui la revêt de l'exequatur; revêtue de la formule exécutoire, la sentence devient un acte judiciaire. Si, par hypothèse, la sentence a été rendue au mépris des garanties d'un procès équitable, l'État cautionnerait ces manquements et en deviendrait le complice. Par là même, il engagerait sa responsabilité.»<sup>403</sup>

Tenant compte de cette approche, et considérant l'harmonisation des droits étatiques dans la reconnaissance du principe du procès équitable, les arbitres n'ont pas le droit d'ignorer ce principe en rendant leurs sentences.

«Dans ses décisions *R. c. la Suisse et Nordström-Janzon c. Pays-Bas*, la Commission européenne des droits de l'homme a considéré que « *les juridictions ordinaires, lorsqu'elles font usage des compétences légales qui leur sont accordées, ne peuvent exequaturer une sentence arbitrale qui porterait atteinte aux garanties procédurales énoncées à l'article 6.1 de la Convention, à peine de violer celle-ci.*»<sup>404</sup> De ce fait, l'arbitre, à l'instar de tout autre juge, ne peut appliquer les clauses d'un contrat qui dérogent à une disposition d'ordre public.<sup>405</sup>

**En conclusion de cette section**, le développement qui précède a démontré que le principe d'indépendance et d'impartialité, dans la procédure arbitrale commerciale internationale revêt de reconnaissance universelle. Dans les instruments juridiques nationaux et internationaux ou dans la jurisprudence des tribunaux ou encore dans les règlements des centres d'arbitrage, il est considéré comme d'ordre public ou obligatoire dans le cadre du déroulement de l'arbitrage

---

<sup>403</sup> Voir aussi Pierre LAMBERT, Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme »dans *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques VÉLU*, T. 2<sup>ème</sup>, Bruxelles, éditions Bruylant, 1992, p.12

<sup>404</sup> Pierre LAMBERT, «L'arbitrage et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.», **préc. note** 402, p.22 ; voir aussi sur l'ordre public: Walter-Jean GANSHOP Van Der MEERSCH,«La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ?» **dans** *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Bruxelles,1968,p.155 ; Franz MATSSCHER,«L'arbitrage et la Convention», dans Edmond PETITI, Emmanuel DECAUX et Pierre Henri IMBERT (**dir.**), *La Convention européenne des droits de l'homme- Commentaire article par article*, Préface de Pierre Henri TEITGEN, éd. Economica, Paris,1995,p.450 ; Fabienne QUILLERE-MAJZOUB, *La défense du droit à un procès équitable*, Préface Edmond PETITI, éd. Bruylant, Bruxelles,1999,p.239

<sup>405</sup> Lambert MATRAY, «Quelques problèmes de l'arbitrage commercial international» **dans** *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur FETTWEIS*, éd. Story- Scientia, Bruxelles, 1999, p.238

commercial international. Sa violation pourrait entraîner l'échec de la sentence arbitrale et la récusation de l'arbitre. Au niveau international, certaines décisions de la Cour européenne avaient pour but d'engager la responsabilité (indirecte soit-elle) de l'État en cas de violation par les arbitres sur leur territoire, de ces principes. Tous les pays, qu'ils soient de traditions romaniste ou anglo-saxonne, font une référence plus ou moins directe à la question de l'indépendance de l'arbitre. Toutefois, nous nous demandons comment un arbitre choisi par les parties pourrait-il être totalement indépendant de cette partie, si l'on considère le caractère contractuel de la convention d'arbitrage ? Philippe Grandjean<sup>406</sup> désapprouve cette possibilité d'indépendance. Il ne nous revient pas dans le cadre de l'objet de notre étude de nous éterniser sur ce point.

## **Section 2. La consécration universelle du principe de la contradiction et l'harmonisation de la procédure arbitrale commerciale internationale**

Le principe de la contradiction<sup>407</sup> est universellement consacré et constitue l'une des règles-standard de la procédure arbitrale commerciale internationale. Comme l'a dit Lionel MINIATO «*le principe du contradictoire fait en effet partie de ces principes dont la simple évocation suffit à rendre compte de sa valeur quasi sacrée.*»<sup>408</sup> Il faut préciser d'avance que le vocable de principe de la contradiction et celui du contradictoire sont parfois interchangeables. Selon Gérard CORNU, le contradictoire est défini comme «*une opération judiciaire (judiciaire ou extrajudiciaire) à laquelle tous les intéressés ont été mis à même de participer, même si certains n'y ont pas été effectivement présents ou représentés, mais à la condition que tous y aient été régulièrement convoqués de telle sorte que le résultat de cette opération leur est à tous*

---

<sup>406</sup> Philippe GRANDJEAN, «Indépendance de l'arbitre : élément de déontologie»(2000) 2 Rev arb.299, note sous Cours d'appel de Paris 1<sup>ère</sup> Ch. Civ. 26 oct.1999, aff. SA Fretal c. SA ITM Entreprises.

<sup>407</sup> Appelé aussi principe du contradictoire. Les auteurs utilisent parfois l'un pour l'autre de ces concepts.

<sup>408</sup> Lionel MINIATO, Le principe du contradictoire en droit processuel, Paris, L.G.D.J., 2008, p.1

*opposable.»*<sup>409</sup> Le contenu de ce principe est très vaste. Il « *peut sans nul doute, être rapproché d'autres notions de droit processuel, consacrées par les textes ou mises en avant par la doctrine [...]: les droits de la défense, le droit d'être entendu, le principe de loyauté* ». <sup>410</sup> On peut également y intégrer la liberté de la défense en fonction de laquelle il est reconnu « *la possibilité, pour les parties ou leurs avocats, de contredire librement afin de pouvoir se faire entendre par le juge et tenter de le convaincre* ». <sup>411</sup> De plus, « *On peut enfin évoquer le droit à l'assistance, le principe de la publicité des débats, l'exigence de la motivation des décisions, l'exercice des voies de recours.* » <sup>412</sup> La contradiction implique aussi le droit de savoir en temps utile ; donc dans le délai. Par ailleurs, dans les manifestations de ladite notion en droit positif, la contradiction n'est jamais visée dans des cas où celui qui est intéressé par la décision ne bénéficie pas, à un moment ou à un autre de la procédure, du droit de prendre connaissance des éléments soumis à l'autorité qui décide. <sup>413</sup> En outre, « *Le principe d'égalité des parties se voit ainsi conférer une identité fonctionnelle avec le contradictoire, même s'ils doivent demeurer deux principes séparés. Ils sont cependant indissociables l'un de l'autre et font partie inhérente du principe de due process* ». <sup>414</sup> De plus, « *L'application du principe permettra donc de rendre compte des règles techniques qui viennent révéler la fundamentalité du contradictoire, en garantissant aux parties la possibilité d'un débat dans la procédure.* » <sup>415</sup> Comme l'a souligné E. Loquin, « *Rien de ce qui sert à fonder le jugement de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire des parties.* » <sup>416</sup>

---

<sup>409</sup> Gérard CORNU (Sous la direction de), Vocabulaire juridique 8<sup>ème</sup> édition, Association H. Capitant, Paris, PUF, 2007

<sup>410</sup> Lionel MINIATO, préc., note 408, p.5

<sup>411</sup> Id., p.7

<sup>412</sup> Id., p.8

<sup>413</sup> Lionel ASCENSIO, Le principe de la contradiction, Paris, L.G.D.J., 2007, p.73

<sup>414</sup> Lionel MINIATO, préc., note 408 ; voir aussi : P. LALIVE, «Ordre public transnational(ou réellement international) et arbitrage international»(1986) Rev. arb 329, p.348

<sup>415</sup> Selon Lionel MINIATO, (id.), p.13 ; «Le caractère fondamental du contradictoire ne dépend pas de la place du principe au sommet de la hiérarchie formelle des normes, mais que ce caractère se détermine avant toute consécration positive en fonction de la seule valeur intrinsèque du principe.»(p.17)(voir à ce sujet : E du 30 octobre 1998, affaire Sarran LAVACHER, LPA, 23 juillet 1999, p.11, note E. AUBIN pour qui «La valeur fondamentale [du] principe ne peut donc en aucun cas être assimilée à son rang privilégié au sein de la hiérarchie formelle des normes. Or ceci, à l'évidence, ne se conçoit guère au sein d'un système juridique

Il a fallu nous arrêter un peu sur le contenu –aussi varié qu’il soit- du principe du contradictoire. Dans les lignes qui suivent nous présenterons les garanties procédurales basées sur ce principe, lesquelles sont reconnues dans les instruments nationaux, internationaux et institutionnels d’arbitrage commercial international. Le modèle développé par Catherine KESSEDJIAN<sup>417</sup> pour présenter et analyser le contenu de ce principe guidera cette partie de la recherche. Elle a élaboré une liste de six (6) moyens de procédure dans lesquels s’applique le principe de la contradiction: la question des notifications<sup>418</sup>(1), le temps utile<sup>419</sup>(2), l’administration de la preuve<sup>420</sup>(3), la communication entre les parties et l’arbitre(4)<sup>421</sup>, la discussion des éléments de fait et de droit qui

---

influencé par le normativisme, puisque cette doctrine ne s’intéresse qu’à la question de la validité de la norme fondée sur la seule supériorité hiérarchique de cette dernière au sein d’une pyramide.»(p.19) ; Voir aussi : O. CAYLA, «Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit», Le Conseil constitutionnel a 40 ans, Colloque 27 et 28 oct. 1998, Paris, L.G.D.J., 1999, p.106] ; (voir aussi : D. COHEN, «Droit au procès équitable» dans D. COHEN, *L’avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Paris, Dalloz, Litec, PUF, 1999, p.139

<sup>416</sup> Dans une affaire Paris, 14 octobre 1993, Rev. arb. 1994, p.380 note P. BELLET ; J.D.I., 1994.446 note E. LOQUIN

<sup>417</sup> Catherine KESSEDJIAN, «Le principe de la contradiction et l’arbitrage»(1995)3 Rev. Ab 381, p.390 ou aux pp.391-396

<sup>418</sup> 1.- La question de notification«L’article 14 du n.C.p.c., premier texte de la section consacrée à la contradiction dispose : «nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée» (p.391). [Cette procédure est aussi prévue par la Convention de la Haye du 15 novembre 1965.C’est la Convention relative à la signification et à la notification à l’étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale.](Les pays ayant ratifié la Convention sont : l’Allemagne, la Belgique, la Canada, la Chine, le Chypre, le Danemark, l’Égypte, l’Espagne, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, l’Israël, l’Italie, le Japon, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la République slovaque, la Suède, la République tchèque, la Turquie, etc.

<sup>419</sup> 2. Temps utile : «C’est l’article 15 du n.C.p.c. français qui utilise cette expression. Elle est bien connue désormais dans les procédures internationales puisqu’on a pris l’habitude d’en contrôler l’application dans le cadre de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de son article 27.2 applicable seulement à la reconnaissance et à l’exécution des jugements rendus par défaut rendus dans le pays d’origine.»(p.393) ; «le principe d’égalité des parties aura une incidence sur l’appréciation du temps utile, chaque partie devant se voir attribuer le même délai que son adversaire pour organiser la défense de ses intérêts.»(p.393)

<sup>420</sup> L’administration de la preuve : «l’administration de la preuve fait bien partie de la contradiction ou de ce qu’on désigne par l’expression de la langue anglaise intraduisible en français, le principe de *due process*. C’est le cas au moins des États-Unis et du Royaume-Uni.»(p.394)[(Cette procédure est bien connue en arbitrage et pratiquée par dans des arbitrages dont la composition est formée de Common Lawyers, ou de Civil lawyers ou mixte. C’est de même pour la méthode de l’expertise contradictoire, par un expert nommé par le tribunal arbitral (.p.395) ; En France, dans le cadre de l’affaire *Société Unichips c. Gesnoux*, la Cour d’appel de Paris a exigé que le rapport effectué en dehors de la partie adverse soit soumis au débat contradictoire avant le prononcé de la sentence » (p.396) (Paris, 12 février 1993, Rev. arb., 1995, p.255, note D. HASCHER.)

<sup>421</sup> Les communications entre les parties et l’arbitre : «En droit français, les principes fondamentaux des communications entre les parties sont posés par l’article 16 du nouveau Code de procédure civile. [...]L’article 132 dispose que la communication de pièces doit être spontanée, ajoutant que« la partie qui fait état d’une pièce s’oblige à la communiquer à toute autre partie à l’instance.»Il n’est pas rare que des décisions soient cassées sur le fondement de ce texte, au motif qu’il n’apparaît ni des mentions de l’arrêt ni du dossier de procédure que les pièces ont été communiquées.»(p.396)(voir aussi Cass. com., 5 juillet 1994, Bull. IV, n° 256 ;

seront utilisés par les arbitres pour rendre leur décision (5)<sup>422</sup> et le droit à une procédure orale<sup>423</sup>(6).

## **A) Le principe de la contradiction dans les droits nationaux**

Comme il a été présenté dans les pages précédentes, les pays de droit civil(1) ainsi que ceux de la *Common Law* (2) accordent un contenu variable et divers au concept de la contradiction.

### **1.-Les pays de droit civil**

#### **En droit français**

En France, l'article 1495 n.C.p.c. incorpore les principes directeurs du procès par référence à l'article 1640 n.C.p.c. lorsque «*d'arbitrage international est soumis à la loi française* » sauf convention contraire des parties et sauf décision du tribunal arbitral conformément à l'article 1494. La deuxième branche du mécanisme mis en place, impose l'annulation de la sentence ou le refus de l'exequatur «*lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté*»<sup>424</sup>. Le respect des principes est clairement affirmé dans deux de ces arrêts, l'un du 7 novembre et l'autre 30 mai 1996<sup>425</sup> selon lesquels les arbitres, mêmes amiables compositeurs «*sont tenus de respecter les principes directeurs du procès et spécialement le principe de la contradiction, toujours applicable dans l'instance arbitrale*». Cela implique – d'une part, que les arbitres ont l'obligation

---

<sup>422</sup> La discussion des éléments de fait et de droit qui seront utilisés par les arbitres pour rendre leur décision. (Voir l'article 7 n.C.p.c.). De plus, «Si rien, dans les énonciations de la sentence, ne permet de contrôler si les parties ont été en mesure de débattre contradictoirement de tous les points de fait et de droit l'annulation de la sentence doit être prononcée.»(Paris, 25 janvier 1991, Rev. arb.651)

<sup>423</sup> 6) Le droit à une procédure orale : En France, certains auteurs ont fortement argumenté en faveur de l'oralité des débats au motif que « le droit à l'expression publique de la prétention des parties implique l'oralité des débats.»(p.405)(L. LEVY, «Oralité et contradiction en procédure écrite»(1990) II JCP, 3459] ; «C'est ainsi que l'annulation d'une sentence arbitrale internationale a été prononcée à propos d'une espèce dans laquelle les parties, pas plus que leurs conseils, n'avaient été entendus par le tribunal arbitral.»(p.406)(Paris, 19 janvier 1990, Rev. arb 1991. 125

<sup>424</sup> L'article 1502-4 n.C.p.c.)(p.383)[Voir aussi : Gérard CORNU, «Les principes directeurs du procès par eux-mêmes (Fragments d'un état des questions), dans Études offertes à Pierre BELLET, Paris, Litec, 199, p.83

<sup>425</sup> Voir Serge GUINCHARD<sup>425</sup>, «L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996) (1997) 2 Rev. arb.185 à la p.186

de veiller : « à ce que chaque partie ait été mise en demeure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter ; à ce qu'une écriture et qu'aucun document n'ait été porté à la connaissance du tribunal arbitral sans être également communiqué à l'autre partie. » ; d'autre part, « qu'aucun moyen de fait ou de droit ne soit soulevé d'office par le tribunal arbitral sans que les parties aient été invitées à le commenter. »<sup>426</sup> Dans l'arrêt *Dutco*, « la violation du principe d'égalité dans la formation du tribunal arbitral a conduit la Cour de cassation à censurer [cet] arrêt ayant rejeté un recours en annulation contre une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage multipartite. »<sup>427</sup>

Pour ce qui a trait au respect du droit d'être entendu, la jurisprudence française paraît imposer des débats oraux<sup>428</sup>. Toutefois, elle permet aux arbitres de se satisfaire de notes écrites lorsqu'il s'agit seulement d'obtenir la détermination des parties sur des preuves produites tardivement.<sup>429</sup>

En revanche, quant à l'accès aux documents et aux éléments d'information, Jean François POUDRET a affirmé que « même si le devoir de communiquer spontanément ses écritures à son adversaire est rattaché aux droits procéduraux fondamentaux, il ne saurait justifier l'annulation de la sentence ou son refus d'exequatur si la partie n'ayant pas reçu l'information transmise aux arbitres connaissait l'existence de cette transmission et n'a pas exigé d'en obtenir communication. »<sup>430</sup> C'est ainsi que la Cour de Versailles a décidé que « la déontologie des avocats n'impose pas la communication du dossier de plaidoirie [remis au tribunal arbitral] à

---

<sup>426</sup> Paris, 7 novembre 1996 ; Voir l'arrêt: *Société Arabian Construction c. Société SAIPEM*, 30 mai 1996, 4 Rev. arb. 1996, note Dominique Bureau ;

<sup>427</sup> Voir Alexis MOURRE, « Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1998 et du 20 février 2001 de la Cour de Cassation française » dans Alessandra Gambi-Fabre BULLE (Sous la direction de ), *L'arbitrage et la Convention européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp22-55, à la p.32 ; Voir aussi le commentaire de Charles JARROSSON, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme » (1989) Rev. arb. 573, p.602

<sup>428</sup> Voir Cass. française, Rev. arb. 1995, p.125

<sup>429</sup> *Id.* 500

<sup>430</sup> J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, éd. Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 2002, p.501

*l'adversaire, sauf demande expresse de ce dernier.»*<sup>431</sup> Elle a refusé d'annuler une sentence au motif qu'à l'issue de l'audience, un dossier de plaidoirie avait été acheminé aux arbitres, mais non à la partie adverse, du fait du silence de cette dernière sur le contenu de la plaidoirie et sur la réouverture des débats. La Cour accueillerait néanmoins la demande au cas où les notes de plaidoirie contiendraient des demandes nouvelles.<sup>432</sup> La Cour d'appel de Paris reconnaît la participation à l'administration de la preuve comme partie intégrante du principe de la contradiction. Elle souligne qu'«*Aucune pièce ne saurait être versée au dossier sans donner à la partie adverse la possibilité de la commenter.»*<sup>433</sup>

### **En droit suisse et en droit belge**

Le droit de la défense constitue une composante essentielle de la garantie d'un procès équitable. La loi suisse de droit international privé dispose que «*quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire.»*<sup>434</sup> Dans un arrêt rendu par la Cour suprême fédérale suisse, celle-ci a eu à préciser que le «*droit d'être entendu en procédure contradictoire*» combine deux notions :

- 1) le droit pour chaque partie d'exposer tous les moyens de fait et de droit sur l'objet du litige et de rapporter toutes les preuves nécessaires, ainsi que le droit de participer aux audiences et de se faire assister ou représenter devant les arbitres ;
- 2) la garantie pour chaque partie de se déterminer sur les moyens de son adversaire, d'examiner et de discuter les preuves rapportées par lui et de les réfuter par ses propres preuves.<sup>435</sup> Toutefois, «*le Tribunal fédéral attribue une portée plus*

---

<sup>431</sup> Cour d'appel Versailles, Rev. arb. 1995, note Jarroson

<sup>432</sup> J.-F. POUDRET et S. BESSON, préc., note 134, p.501

<sup>433</sup> Paris, Rev. Arb. 1995,

<sup>434</sup> L'article 182-3 de la loi du 18 décembre 1987

<sup>435</sup> C. KESSEDJIAN, préc. note 417, p.390-391 ; Voir aussi Bulletin ASA, 1990, p.51 Arrêt cité par J.-F. POUDRET, «Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international» dans *Études de droit international en l'honneur à Pierre LALIVE*, p.607 à la p.608 ; Le nouveau Règlement suisse de l'arbitrage de 2006 n'a pas changé cette obligation, qui peut être appliquée en dépit du



*restrictive au droit d'être entendu et considère, selon une jurisprudence constante, que les parties ne peuvent revendiquer le droit d'être entendu oralement.»*<sup>436</sup> De plus, dans le cadre d'une expertise, «*le Tribunal fédéral a considéré que la garantie essentielle est de pouvoir s'exprimer sur les conclusions de l'expert.»*<sup>437</sup>

Par ailleurs, le droit belge fait l'exigence du respect du principe de la contradiction tel qu'il est exprimé par l'article 1694 du Code judiciaire. Celui-ci dispose que les débats oraux s'imposent à moins que les parties y renoncent (art.1694 al.2 et 3 C.j.b.). La reconnaissance du respect des débats oraux dans un arbitrage commercial international est directement liée à l'exigence d'une procédure contradictoire dont on sait qu'elle est la clé de voûte du droit de la défense. Ce principe a pour but de garantir le caractère vivant et efficace de la discussion de la preuve et des moyens avancés par la partie adverse.

## **2.- Les pays de la *Common Law***

### **En droit anglais**

En Angleterre, la loi impose aux arbitres de donner l'occasion aux parties de s'exprimer sur tous les éléments de faits retenus à l'appui de la sentence.<sup>438</sup>

« La Cour d'appel a par exemple annulé une sentence ayant retenu la responsabilité d'un armateur pour des dégâts causés par son navire loué parce que les arbitres avaient retenu que l'espace de manœuvre était trop étiqué pour un navire de la taille de celui en cause, question non débattue. Elle a jugé que les arbitres avaient commis un «*misconduct*» et a cassé leur décision. Le nouveau droit a sans doute étendu les pouvoirs de l'arbitre en lui permettant d'établir les faits et le droit.<sup>439</sup> »

---

fait qu'elle n'est pas comprise dans un document d'arbitrage, mais qu'elle soit reconnue dans des règles procédurales d'ordre public.

<sup>436</sup> J.-F. POUDRET et S. BESSON, préc., note 134, p.500 ; voir Bull. ASA 1997, p.316 c. 2a.)

<sup>437</sup> T.F., Bull.ASA 1991, pp.562-563

<sup>438</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, préc., note 212, par. 1639

<sup>439</sup> sect.34 (1) (g) Arb. Act 1996



Comme l'ont rappelé POUDRET et BESSON, «l'arbitre doit indiquer aux parties les points sur lesquels il entend faire usage de connaissances particulières et provoquer un débat contradictoire au sujet de celles-ci.»<sup>440</sup>

Comme nous l'avons fait remarquer, la majorité des lois imposent le principe de la contradiction, en fonction des variantes du contenu de ce principe. Les règlements des institutions d'arbitrage international suivent le même parcours en garantissant le respect de ce principe comme gage de la prévisibilité et de l'efficacité de la sentence arbitrale internationale. En effet, la garantie du principe du procès équitable concerne toutes les étapes de la procédure, c'est-à-dire non seulement le moment où le procès doit commencer, mais aussi le moment où il doit s'achever et où le jugement doit être rendu

### **En droit canadien, spécifiquement au Québec**

Le droit québécois matérialise son bijuridisme (*Common Law* et droit civil) dans la reconnaissance et le respect du principe de la contradiction. Les textes légaux synthétisent et le modèle accusatoire et le modèle inquisitoire dans l'application de ce principe. Les dispositions du C.p.c. qui assurent le respect du contradictoire sont prévues à l'article 944.2 al 2 C.p.c. Elles prévoient la communication des documents entre les parties.<sup>441</sup> De même, selon l'article 944.2 al.3, tous les documents sur lesquels s'appuient les arbitres pour statuer doivent avoir été au préalable communiqués aux parties. Pour le respect des droits de la défense, l'art.944.4 C.p.c. dispose que les arbitres doivent donner aux parties un avis de la date de l'audition. De même, lors du procès et pour faire respecter la règle *audi alteram partem*, le fait d'empêcher erronément un plaideur de faire entendre un témoin ou de produire toute autre preuve concernant un fait lié au

---

<sup>440</sup> J.-F. POUDRET et S. BESSON, *préc.*, note 134, p.502

<sup>441</sup> Sabine THUILLEAUX, *préc.*, note 6, 1991, p.90

litige constitue un manquement à la règle de l'audition des parties, tout comme cette autre attitude qui consisterait à ignorer totalement une preuve portant sur un fait litigieux qui aurait été reçue lors de l'audition . La même règle permet aussi à chaque partie ou à son avocat de contre-interroger les personnes qui auraient témoigné à la demande de son adversaire<sup>442</sup>. L'inobservation de la règle de l'audition des parties peut entraîner l'annulation de la décision qui est par la suite rendue, sans que celui qui la conteste soit tenu de démontrer qu'il a subi un préjudice ou que la décision eût été différente si on s'y était conformé. De plus, les tribunaux et la Cour suprême en tête, ont déjà exprimé l'avis qu'on ne saurait invoquer des difficultés d'ordre administratif pour limiter la portée de l'obligation d'entendre les parties. L'audition arbitrale se déroulera habituellement à la manière d'un procès devant un tribunal civil et suivant le même ordre.<sup>443</sup>

## **B) La consécration du principe du contradictoire dans les règlements d'arbitrage des institutions internationales**

La *CNUDCI* à l'article 24 al. 3 de sa *Loi-type* impose à chacune des parties de communiquer spontanément à l'autre les écritures et les moyens de preuve soumis au tribunal arbitral. De plus, l'article 18 de la *Loi-type CNUDCI* intitulé «*égalité de traitement des parties* » complète les dispositions des articles 34 et 36. En vertu de ces articles, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits. On retrouve une telle décision aménagée dans le *Règlement de la CNUDCI*, à l'article 15 : «*le tribunal arbitral*

---

<sup>442</sup> J. D. GAGNON, « La convention d'arbitrage », *Droit spécialisé des contrats, Volume 2 : Les contrats relatifs à l'entreprise*, 1999, p.10 ; L'auteur s'appuie sur les arrêts suivants pour étayer sa thèse : *Le Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. L'Université du Québec à Trois-Rivières*, [1993] 1 R.C.S. 471, EYB 1993-67868 ; *Commission scolaire Crie (The Cree School Board) c. Fortier*, [1997] R.J.Q. 1625, RJEB 1997-00757 ; l'arrêt *Innisfil c. Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145.

<sup>443</sup> *Id.*, p.11 ; Voir à ce sujet : *Kane c. L'Université de la Colombie britannique* et *Le Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. L'Université du Québec à Trois-Rivières*, voir note 6, ci-dessus. ; *Singh et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

*peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à tout stade de la procédure, chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer des moyens.»*<sup>444</sup>

De même, l'article VI.b de la *Convention de New York*, pour faire respecter le principe de la contradiction, fait référence à : « *la partie contre laquelle la sentence est invoquée [qui] n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens.»*

Par ailleurs, dans la sentence CCI9302 de 1998, le tribunal arbitral précise que les délais fixés par le règlement d'arbitrage ou les arbitres ne sont pas une fin en soi, mais servent à assurer l'égalité entre les parties, la loyauté des débats et à permettre une bonne administration de la procédure.<sup>445</sup>

Enfin, cet exposé démontre clairement que, d'une manière ou d'une autre, le respect du principe de la contradiction est exigé universellement. Il contribue à harmoniser la procédure d'arbitrage commercial international. Leur violation de la part de l'arbitre peut entraîner l'inefficacité de la sentence arbitrale. Les principes du droit de la défense, de l'égalité de la partie devant l'arbitre, le droit d'être entendu et le principe de la publicité des débats doivent être traités avec la prudence nécessaire par les arbitres afin de favoriser l'exécution de la sentence arbitrale dans les États où son application pourrait être demandée.

### **Conclusion du chapitre III.**

Le développement de ce chapitre nous a amené à conclure que les principes universels du procès équitable avec ses variantes comme le principe de la contradiction, de l'indépendance, de l'impartialité, le droit à l'égalité, le droits de la défense, etc. sont communs à tous les instruments

---

<sup>444</sup> citée par C. KESSEDJIAN, *préc.*, note 375, p.385

<sup>445</sup> D. HASCHER, *préc.*, note 38, p.128

juridiques d'arbitrage qu'ils soient nationaux, internationaux, institutionnels, de la Common Law ou du droit civil. *«La latitude laissée en matière procédurale aux arbitres ne les dispensent pas d'observer les principes impératifs qui pourraient être imposés par la loi [...] dont dépendra notamment la validité de leur sentence.»*<sup>446</sup> Ces dispositions impératives applicables à un arbitrage international sont des principes fondamentaux partagés par le plus grand nombre de pays. Dans un contexte où différentes cultures juridiques sont en présence, l'équilibre de la justice arbitrale se traduit sur le plan procédural par le traitement équitable des parties. La LDIP de la suisse, la *Loi-type de la CNUDCI*, la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les règlements d'arbitrage des centres internationaux d'arbitrage (CCI, AAA, LCIA, etc.), les codes civils nationaux ou les règlements nationaux étatiques (belge, français, suisse, anglais, américain, canadien, québécois, etc.) exigent de l'arbitre une conduite dans le respect du principe du procès équitable. Selon Serge GUINCHARD, *«Ces attendus solennels ne font que traduire en effet, en droit positif, la valeur fondamentale (au sens d'un droit fondamental) du principe du contradictoire :-[ou] valeur de droit naturel enfin, qui s'impose dans tous ces nouveaux contentieux économiques, même lorsqu'il n'est pas expressément prévu par un texte.»*<sup>447</sup> En effet, ces principes d'ordre public pour les États auxquels les parties pourraient s'adresser pour demander l'exécution de la sentence arbitrale, participent à l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international. Le souci d'efficacité et de légitimité de la sentence arbitrale doit porter les acteurs du commerce international à rendre compte de ces principes dans la pratique de la procédure d'arbitrage international.

---

<sup>446</sup> D. HASCHER, *préc. note 38*, p.81

<sup>447</sup> Serge GUINCHARD, *préc., note 425*, p.186

#### Chapitre IV. L'harmonisation des instruments juridiques de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales internationales

La sentence arbitrale est définie comme « *l'acte par lequel, en vertu des pouvoirs dont la convention d'arbitrage les investit, les arbitres tranchent les questions litigieuses qui leur ont été soumises par les parties.* »<sup>448</sup> Elle constitue l'aboutissement de la procédure d'arbitrage. Une fois une sentence arbitrale rendue par les arbitres, une seconde étape est souvent nécessaire : elle consiste à obtenir son exécution dans une juridiction judiciaire bien déterminée. Or, « *Bien que les parties à une procédure d'arbitrage soit contractuellement tenues par les termes de la sentence qui a été régulièrement rendue entre elles et s'engagent à se conformer à la décision des arbitres, le respect de la sentence n'en est souvent obtenu que par la contrainte.* »<sup>449</sup> Jean-François POUURET et Sébastien BESSON ont signalé ce fait en affirmant que

« L'exécution de la sentence est la phase ultime de la procédure arbitrale. Elle n'implique plus les arbitres qui cèdent la place aux juridictions étatiques. Si l'on a pu observer que, dans le commerce international, les décisions des premiers étaient les plus souvent respectées spontanément par les parties, il ne faudrait pas y voir le signe d'une courtoisie propre au contentieux soumis à l'arbitrage. En réalité, l'exécution amiable fait place à une bataille acharnée –judiciaire cette fois– pour s'opposer à l'exequatur dès que la partie vaincue estime avoir une chance d'échapper à la condamnation énoncée dans la sentence.<sup>450</sup> »

Par ailleurs, les arbitres comme personnes privées ne disposent pas de l'*imperium*. Les sentences arbitrales ne peuvent ainsi faire l'objet d'exécution forcée qu'après reconnaissance par le juge étatique. L'*exequatur* permet alors à la sentence arbitrale d'acquérir une autorité égale à celle d'un jugement rendu par une juridiction étatique.<sup>451</sup> En revanche, l'un des conflits qui ne cessent d'alimenter le débat sur l'arbitrage, c'est l'imprévisibilité et l'incertitude des mécanismes de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrales étrangères. L'instrument ayant une

---

<sup>448</sup> Sophie CREPIN, Les sentences arbitrales devant le juge français, Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981, Préface de Philippe FOUCHARD, Paris, L.G.D.J. 1995, p.2

<sup>449</sup>C. ADAMS et Vanessa LIBORIO «L'exequatur des sentences aux Etats-Unis»(2004) 131(4) J.D.I. 1165, à la p.1166

<sup>450</sup>Jean-François POUURET et Sébastien BESSON, *préc.*, note 134, p.841

<sup>451</sup> C. ADAMS et V. LIBORIO, *préc.*, note 449, p.1166

portée réellement internationale pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères est dans la Convention de New York. Toutefois, même avec l'existence de celle-ci, l'harmonisation des mécanismes de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires étrangères en général et des sentences arbitrales internationales, en particulier fait l'objet des préoccupations des praticiens et de la doctrine du commerce international et du droit international privé. Les contradictions sur l'interprétation et l'application de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (section 1) et les convergences des mécanismes visant à juguler ces controverses traduisent la prise de conscience de la nécessité d'en trouver une solution (section 2).

### **Section 1.- Les contradictions sur l'interprétation et l'application de la Convention de New York.**

Les parties *«attendent que la décision que vont rendre les arbitres, la sentence arbitrale, soit l'aboutissement d'une procédure qui présente les mêmes garanties que celles de l'instance judiciaire, même si une certaine liberté est laissée aux arbitres, surtout amiables compositeurs, pour l'organisation de cette procédure.»*<sup>452</sup> Bruno LEURENT a, en effet, constaté que

« Les obstacles au développement de l'arbitrage international étaient alors de deux ordres. L'obstacle le plus immédiatement ressenti se rapportait à la circulation internationale des sentences arbitrales internationales qui était entravée par la nécessité du double exequatur. L'autre obstacle tenait à l'état général des droits nationaux qui n'autorisaient pas l'organisation de l'arbitrage selon une autre loi ("*curial Law*") que leurs propres lois internes, lesquelles ne contenaient pas de dispositions adaptées aux besoins de l'arbitrage international. La Convention [de New York] a aboli l'exigence du double exequatur. La sentence n'a plus à être définitive ("*final*") dans l'Etat d'origine. Il suffit qu'elle y soit obligatoire ("*binding*").<sup>453</sup> »

---

<sup>452</sup>Sophie CRÉPIN, *préc.*, note 448, p.2

<sup>453</sup>Bruno LEURENT, «Réflexion sur l'efficacité internationale des sentences arbitrales»(1996), *Trav. Com. fr. DIP 1993-1995*, p.13

De plus, «*La Convention*<sup>454</sup> [*de New York*) a [...] limité les motifs de refus de reconnaissance de la sentence "binding" aux seuls motifs énoncés à l'Article V.»<sup>455</sup>

Par ailleurs, selon Ph. Fauchard, la Convention de New York vise un but à atteindre : « *d'abord favoriser l'efficacité, donc la reconnaissance et l'exécution des sentences dans différents États où elle est invoquée. Mais en même temps améliorer les conditions de cette efficacité, de manière à ce que, si possible, une même sentence soit accueillie de la même manière(en principe favorable) dans tous les pays où elle pourrait être exécutée.*»<sup>456</sup>

On peut se demander «*Quelles décisions peuvent faire l'objet d'une procédure d'exequatur ? Les lois d'arbitrage sont muettes sur cette question.*»<sup>457</sup> La Convention de New York n'y donne non plus aucune réponse. De ce fait, on a constaté que la Convention de New York ne constitue en effet pas un code complet régissant l'arbitrage dans son ensemble, mais elle se limite à définir le cadre et, en particulier, les conditions de reconnaissance et d'exécution des sentences étrangères.<sup>458</sup> Cette flexibilité de la Convention a encouragé les rédacteurs des conventions multilatérales et des acteurs du commerce international à se référer à cette Convention simultanément pour accomplir l'ultime étape du procès arbitral, à savoir la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale.<sup>459</sup>

---

<sup>454</sup> « Dès ses premières conventions, *Convention du 14 novembre 1896 et Protocole additionnel du 22 mai 1897*, la *Conférence de la Haye* s'est intéressée aux questions de procédure. La Convention de 1896 a été remplacée par la Convention du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile portant sur la communication d'actes judiciaires et extrajudiciaires, les commissions rogatoires, la *cautio judicatum solvi*, l'assistance judiciaire gratuite et la contrainte par corps. »(p.239)( Voir : [www.hcch.net](http://www.hcch.net) (consulté le 30 mai 2009) ; «À peu près à la même époque où la Conférence de La Haye débutait son travail de faisabilité sur ce projet de convention, un organisme privé américain, l'American Law Institute, commençait une étude comparée et une rédaction d'un projet de code transnational de procédure civile.(*Transnational Rules of Civil Procedure*, the American Law Institute, Philadelphia, USA, (une version est datée du 1<sup>er</sup> avril 1999). Ressentant la nécessité de donner à ce travail un caractère véritablement international, l'*American Law Institute* a cherché un partenaire et l'a trouvé en la personne de l'Unidroit, à Rome, qui, par une décision du mois d'avril 1999, a accepté d'instruire à son programme de travail des prochaines années la préparation d'un code transnational de procédure civile.»(C. KESSEDJIAN et É LOQUIN (p.240)

<sup>455</sup> B. LEURENT, **préc.**, note 453, p.13. On verra plus loin les obligations de l'article V

<sup>456</sup> Ph. FOUCHARD, FOUCHARD, Ph., «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales»(1998)4 *rev. arb.* 653, p.658

<sup>457</sup> J-F. POUDRET et S. BESSON, **préc.**, note 134, p.861

<sup>458</sup> *Id.*, p.861

<sup>459</sup> Rola EL-MISTRAH, *Désignation et récusation des arbitres : Problèmes et perspectives* Mémoire de maîtrise présenté à la Faculté de droit de l'Université de Montréal en juin 2007, p.34

Toutefois, si beaucoup de pays « sont liés par la Convention de New York pour l'exécution des sentences étrangères<sup>460</sup>, ils ne l'appliquent pas pour autant de manière uniforme. Cela principalement en raison de la réserve de l'art.VII, dont la portée diffère d'un pays à l'autre.»<sup>461</sup>

En effet, certains États priorisent le respect de la loi du siège en édictant des dispositions plus favorables des législations nationales (1.1), d'autres du principe de l'autonomie de la volonté et de celui du caractère international et délocalisé de la procédure arbitrale internationale et celle des voies de reconnaissance et d'exécution y relatives(1.2).Ce clivage représente deux courants de pensée sur l'application et l'interprétation de la Convention de new York et sur la meilleure voie pour matérialiser l'exécution des sentences arbitrales étrangères. C'est le courant partagé par Jean-François POUDRET –pour le premier qui représente aussi l'approche Anglo-Saxonne, et le courant développé en France ayant à sa tête Ph. Fouchard (pour le second).<sup>462</sup>

### **1.1. Les dispositions plus favorables des législations du siège**

En vertu de la Convention de New York, «*La procédure d'exequatur demeure [...] régie dans une large mesure par la loi nationale des l'État requis. L'article III [de cet instrument international] permet en effet à chaque État membre de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale conformément à ses propres règles de procédure.*»<sup>463</sup> Les dispositions de l'article III de ladite Convention prohibent donc toute discrimination de procédure au détriment des sentences étrangères.<sup>464</sup> Par conséquent, dans les États Parties à la Convention, la procédure d'exequatur devrait, en principe, être considérablement facilitée.

---

<sup>460</sup>La Convention de New York de 1958 a été signée par la 137 États jusqu'en 2008, voir le texte < [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)>, en ligne, (consulté le 30 mars 2009); à ce jour, et le nombre d'adhérents augmente de plus en plus, vu le un gage de confiance internationale pour la bonne exécution de la sentence arbitrale dont elle inspire.

<sup>461</sup>Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *préc.*, note 134, p.944

<sup>462</sup> voir pour la position libérale française au chapitre un, l'analyse Ph. FOUCHARD, note 5 et note 107

<sup>463</sup> C. ADAMS et Vanessa LIBORIO, *préc.*, note 449, p.1166

<sup>464</sup> *Id.* 1167



### 1.2.1. Le cas de l'Allemagne

Le législateur allemand a renforcé le principe de la territorialité en prévoyant expressément que l'annulation à l'étranger d'une sentence déclarée exécutoire en Allemagne permet de demander l'annulation de l'exequatur dans ce pays.<sup>465</sup> Comme on l'a déjà dit, cette approche ne contrarie pas l'application de la Convention de New York qui, à l'article VII, dispose d'une clause donnant préférence à la législation interne si celle-ci est plus favorable à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence arbitrale étrangère. Ainsi, l'art 1064 ZPO, quoique visant les sentences étrangères, se trouve dans la partie « procédure étatique » et précise qu'il s'efface devant les traités interétatiques.

Par ailleurs, il faut rappeler que, du point de vue historique, l'Allemagne est partie à ladite Convention depuis le 30 juin 1961. Le texte est entré en vigueur le 28 septembre 1961<sup>466</sup>. Depuis, ce pays place la Convention sur le même pied d'égalité avec le droit interne.<sup>467</sup> La réforme de 1998 fait le retrait du principe de la réciprocité dans la réception et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère en application de l'article I(3) de la Convention.<sup>468</sup> L'article 1061 de la ZPO est consacré à la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère. Cependant, en gardant le principe de la territorialité, l'Allemagne se reconnaît la possibilité d'exécuter une sentence arbitrale étrangère si le droit allemand interne est plus favorable<sup>469</sup>. Wolfgang Kuhn a observé que

*« unlike some other countries, there is no possibility of recognising and enforcing a foreign arbitral award that has been set aside in the country of rendition. If the award ... has been set aside ... its recognition is to be denied. »*<sup>470</sup> Selon l'auteur, « The reason for such an understanding of Article V of the New York Convention is that the German doctrine takes the "territorialist" rather than "internationalist" side in the dispute concerning the character of arbitral

<sup>465</sup> Art. 1061 al.3 ZPO

<sup>466</sup> Voir à ce sujet : Wolfgang KÜHN, « Current Issues on the Application of the New York Convention. A German Perspective » (2008) 25(6), *Journal of International Arbitration, Netherlands, Kluwer Law International* 743, p.743

<sup>467</sup> *Id.*, p.748

<sup>468</sup> *Id.*, p.743

<sup>469</sup> Federal Supreme Court (BGH), IPRax 2006, p.266

<sup>470</sup> Wolfgang KÜHN, *préc.*, note 459, p.748

awards in international arbitration and considers a foreign award to be a “part of the procedural law of the country of rendition.[...]Thus, an award that has been set aside is considered to be “non-existent.»<sup>471</sup>

Cependant, selon l’article 11 de la ZPO, « *A legal transaction is valid in respect of its form if either the formal requirements of the law that is applicable to the legal relationship creating its substance, or the law of the state in which it is transacted, are fulfilled.* » En effet, en vertu de cet article, le libéralisme allemand est dosé. La permissivité ne va pas sans limite. La ZPO interdit la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales violant l’ordre public international. La Cour suprême fédérale allemande a eu à décider que

« [T]hat recognition should be refused due to infringement of the procedural *ordre public* when the revision requirements set out in section 580 of the German Civil Procedure Law are fulfilled. These include fraudulent proceedings; an award based on a forged document, a criminal infringement of the obligation to tell the truth by a witness or an expert, or an award effected by other criminal means; when the award is based on another legally binding decision that has been finally cancelled, subject to *res judicata* objections, among others.»<sup>472</sup>

### 1.1.2. - Le cas de l’Angleterre

L’Angleterre fait aussi partie des pays ayant adopté cette approche territorialiste pour la reconnaissance et l’exécution des sentences rendues à l’étranger. « *La doctrine et la jurisprudence anglaises attachent une importance particulière à la décision rendue par le juge du siège, et vont jusqu’à considérer que le rejet d’un recours contre la sentence est un élément en faveur de l’exequatur que le juge anglais doit aussi prendre en considération.* »<sup>473</sup>

Toutefois, rien n’empêche d’affirmer que les tribunaux anglais sont favorables à la reconnaissance et à l’exécution de la sentence arbitrale étrangère. Christopher KOCH a souligné – dans le cadre de l’application de la Convention de New York – que « The permissive language in Article V(1)(e) clearly allows the enforcement court to apply the pro-enforcement bias of the

---

<sup>471</sup> *Id.*, p.748

<sup>472</sup> *Id.*, p.752; voir aussi Federal Supreme Court (BGH), February 1, 2001, III ZR 332/99, 712–14; 29 Y.B. Com. Arb. Germany No. 60 (2004).

<sup>473</sup> *Id.*, p.899

New York Convention rather than the internal rules for recognizing foreign judgments. This does not mean that the enforcement court is second-guessing the “primary court’s” decision, but rather that it can examine the fairness of the foreign court’s decision in the light of annulment standards which are internationally accepted.»<sup>474</sup> C’est cette approche qu’avait adoptée la Cour d’appel anglaise dans l’affaire *IpcO (Nigeria) Ltd. v. Nigerian National Petroleum Corp.* En effet, en octobre 2008, la Cour d’appel anglais a autorisé l’exécution d’une sentence arbitrale alors qu’une action en annulation avait été exercée à son encontre devant la justice au Nigéria. Dans cet arrêt, le juge a déclaré que

«The purpose behind the Convention is reflected in the language of the 1996 Act. Enforcement “shall not be refused” except in the limited circumstances listed in section 103(2) where the court is not required to refuse but “may” do so. Under subsection (5) the court may adjourn but only if it considers it “proper” to do so. The enforcing court’s role is not therefore entirely passive or mechanistic. The mere fact that a challenge has been made to the validity of an award in the home court does not prevent the enforcing court from enforcing the award if it considers the award to be manifestly valid.»<sup>475</sup>

Une telle approche laisse un large pouvoir discrétionnaire au juge pour autoriser ou non la reconnaissance et l’exécution de la sentence arbitrale en Angleterre.

### 1.1.3.- Le cas des États-Unis d’Amérique

Selon un auteur, aux États-Unis,

«Alors que la majorité des sentences arbitrales reçoit volontairement exécution, il arrive, de plus en plus souvent semble-t-il, que le bénéficiaire d’une sentence arbitrale soit obligé de s’en prévaloir devant les tribunaux étatiques pour en obtenir l’exécution. Seules les juridictions nationales ont le pouvoir d’ordonner et de faire exécuter la sentence, la sentence arbitrale ne pouvant pas la doter de la force exécutive. Aux États-Unis, elle doit être confirmée par un jugement avant qu’un ordre d’exécution puisse être donné (*writ of execution*).»<sup>476</sup>

---

<sup>474</sup> Christopher KOCH, «The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin *The French and U.S. Experience*», *Journal of International Arbitration* (2009) 26(2), *Netherlands, Kluwer Law International* 267, p.291

<sup>475</sup> Affaire *IpcO (Nigeria) Ltd. v. Nigerian National Petroleum Corp.*, [2008] EWCA (Civ) 1157; Voir aussi *Soleh Boneh v. Uganda Government* [1993] 2 *Lloyds Rep.* 208, 212, p.66

<sup>476</sup> Laurent A. NEDJAR, «L’exécution des sentences arbitrales aux États-Unis» (1993) *Rev. Arb.* 13, p.17; Voir aussi 9 USC & 9 (sentences hors Convention de New York et 9 USC & 207 (sentences relevant de la Convention de New York))

De plus, il faut déterminer dans quelle mesure et dans quelles conditions le tribunal saisi est internationalement compétent pour connaître de l'action en exécution.

«S'agissant d'une action civile, il faut, selon les règles de procédure civile américaines de droit commun, que la juridiction saisie soit compétente à l'égard du défendeur (compétence *in personam*) [due process]. Cette compétence à l'égard du défendeur peut résulter par exemple de la résidence ou de la localisation des biens de ce dernier dans le ressort du tribunal ; ou encore de sa conduite ou de son acquiescement à cette compétence.»<sup>477</sup>

Ce principe procédural de la compétence de la juridiction saisie tenant compte du défendeur a été appliqué dans l'affaire *Transatlantic Bulk Shipping v. Saudi Chartering, SA*, où le Tribunal fédéral de première instance a refusé d'examiner une action en confirmation (*action for confirmation*) d'une sentence rendue à Londres au profit d'un transportateur maritime libérien, contre une société du Panama ayant son centre d'activité en Grèce.<sup>478</sup> Dans cette décision, le Tribunal précise que « *les juridictions fédérales américaines ne sont pas compétentes pour connaître de tout litige de par le monde, au seul motif que ces personnes ont conclu un accord d'arbitrage qui relèverait de la Convention de New York ; à l'absence d'une démonstration que la société défenderesse est sujette à la compétence du Tribunal, celui-ci est incompétent et ne peut pas connaître de l'action.* »<sup>479</sup>

De plus, aux États-Unis, un certain nombre de règles s'ajoutent à celles de la Convention de New York et peuvent rendre difficile, voire empêcher l'exécution des sentences arbitrales. Ces règles concernent généralement des principes procéduraux, tels que la théorie de *forum non conveniens*.<sup>480</sup> En outre, la jurisprudence récente, dans ce pays, fait apparaître la volonté de transposer dans l'arbitrage international des principes de droit interne ayant pour conséquence de

---

<sup>477</sup> *Id.*, p.19

<sup>478</sup> *Id.*, p.20

<sup>479</sup> *Id.*, voir aussi: *Transatlantic Bulk Shipping Saudi Chartering, SA*, 622F. Supp.25 (SDNY 1985) p.27 citant *International Shoe Co. v. State of Washington* 326 US 310 (1945).

<sup>480</sup> C. ADAMS et V. LIBORIO, *préc.*, note 449, p.1167

paralyser l'*exequatur* des sentences arbitrales.<sup>481</sup> En effet, les juridictions américaines écartent l'*exequatur* d'une sentence arbitrale en se livrant à une interprétation large du principe de *forum non conveniens* dans la décision de *Monégasque de Réassurances SAM v. Nak Naftogaz d'Ukraine*<sup>482</sup>. Dans cette affaire, « le Tribunal du district sud de New York retient que la Convention de New York n'empêchait pas un tribunal de refuser l'*exequatur* d'une sentence arbitrale au motif que le for de l'*exequatur* représentait une difficulté importante que l'on ne pouvait refuser à la partie contre laquelle l'*exequatur* est requis.»<sup>483</sup> Ainsi, «Le tribunal estima que l'objection de *forum non conveniens* était une 'règle de procédure' au sens de l'article III de la Convention et permettait ainsi de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale rendue à Moscou»<sup>484</sup>. Le Tribunal a souligné que «*The doctrine of forum non conveniens separately affords federal courts the discretion to decline jurisdiction if the balance of the parties' private interests and the public interests concerns of the courts makes it clear that trying the case in plaintiff's chosen forum would be inconvenient and just.*»<sup>485</sup>

La Cour essaie de justifier la décision à l'aide de la Convention de New York en son article III, qui prévoit expressément que

Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée [...]. Le tribunal se sentit ainsi obligé d'employer le terme 'procédure' afin de se conformer audit article de la Convention de New York. Le tribunal nota que les règles procédurales américaines-dont le *forum non conveniens* faisait partie- étaient applicables en vertu de l'article III de la Convention de New York puisqu'elles n'imposaient pas de 'conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales'.<sup>486</sup>

<sup>481</sup> *Id.*, p.1167

<sup>482</sup> *Monégasque de Réassurances SAM v. Nak Naftogaz d'Ukraine*, 158 F.Sup. 2d 377,2001 US. Dist. LEXIS 13512(SDNY 2001); voir C. ADAMS et V. LIBORIO, *préc.*, note 449, p.1172

<sup>483</sup> C. ADAMS et V. LIBORIO, *préc.*, note 449, p.1172

<sup>484</sup> *Id.*, p.1173 ; *préc.*, note 429, *Monégasque de Réassurances SAM v. Nak Naftogaz de Ukraine*, *préc.*, note 429

<sup>485</sup> *Monégasque de Réassurances SAM v. Nak Naftogaz de Ukraine*, *préc.*, note 429 ; C. ADAMS et V. LIBORIO *préc.*, note 407, p.1173

<sup>486</sup> *Id.*

La jurisprudence américaine semble fonder sa décision sur une approche territorialiste de la procédure d'arbitrage. Et cette approche n'est pas contraire à la Convention de New York, qui offre un boulevard à cette interprétation. Ainsi, «*L'art. V ch.1 let.e de cette disposition établit un lien entre le contrôle de la sentence par les autorités judiciaires du siège de l'arbitrage et l'exequatur à l'étranger.*»<sup>487</sup>

En outre, l'arrêt *Baker Marine*<sup>488</sup> renforce ce principe territorialiste du droit américain d'arbitrage international. La Cour d'appel pour le Second Circuit rejette l'action en exécution de la sentence arbitrale étrangère par l'argument tiré de l'article VII de la Convention de New York pour deux raisons principales: les parties n'avaient rien prévu ou suggéré dans leur contrat concernant l'application du droit américain et avaient décidé de faire arbitrer leurs litiges au Nigéria.

Il faut, toutefois, faire remarquer que l'ouverture de plus en plus des tribunaux américains pour la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère est incontestable. Selon Christopher KOCH,

« For a U.S. court to be able to ignore a foreign annulment decision, the party seeking enforcement would have to demonstrate that the foreign decision violated U.S. "public policy." This would be the case if the foreign judgment was "repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the State where enforcement is sought." If the foreign decision "tends clearly to undermine the public interest, the public confidence in the administration of the law, or security for individual rights of personal liberty or of private property" then one might find that it violated U.S. public policy.»<sup>489</sup>

---

<sup>487</sup>Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *préc.*, note 134, p.898

<sup>488</sup>*Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, Second Circuit, 1999. 191 F.3d 194. Présentation des faits: Affaire *Baker Marine* résulte d'un contrat entre deux compagnies pétrolières (*Baker Marine* et *Danos*) conclu pour obtenir un marché auprès d'une troisième (*Chevron*). Leur offre fut acceptée par *Chevron* et ces trois sociétés conclurent un contrat qui comportait une clause compromissoire renvoyant au règlement d'arbitrage de la CNUDCI ainsi que deux clauses selon lesquelles la procédure arbitrale (dans la mesure où celle-ci n'était pas régie par le règlement CNUDCI) et le contrat devaient être soumis au droit nigérian. Au cours de l'exécution du contrat, un litige survint qui fut soumis à deux panels d'arbitres au Nigéria, conformément aux stipulations contractuelles. Les panels rendirent deux sentences en faveur de *Baker Marine* qui tenta ensuite d'en obtenir l'exécution devant les juridictions nigérianes. Celles-ci au contraire les annulèrent. *Baker Marine* se tourna alors vers le Tribunal fédéral du District Nord de New York qui refusa de reconnaître lesdites sentences. La Cour d'appel pour le Second Circuit confirma ce jugement.

<sup>489</sup>Christopher KOCH, *préc.*, note 474, p.286

Il a aussi relaté que « the setting aside of an award in the place of origin would not automatically render that award unenforceable in the United States.»<sup>490</sup> L'arrêt *Chromalloy*<sup>491</sup> justifie la position de l'auteur.

On peut enfin souligner que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales annulées dans l'État du siège sont un autre aspect du débat qui est d'actualité et qui fait couler beaucoup d'encre. Nous avons vu comment la jurisprudence et la doctrine allemandes, anglaises et américaines ont traité la question. Ce sujet fait l'objet de plusieurs revues spécialisées sur l'arbitrage international en particulier. De plus, cette approche territorialiste reprend la vision westphalienne – en droit international public- de la souveraineté des États, dans le sens qu'un État souverain n'est pas enclin à appliquer la décision d'un autre État (à travers l'appareil judiciaire de celui-ci) sans le consentement de celui où l'exécution de la sentence est demandée. En outre, l'approche priorisant le siège de l'arbitrage défend l'idée que si l'ordre public du siège est violé et si les conditions de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale font défaut tenant compte de la loi du siège, la sentence ne doit pas être autorisée à être exécutée dans l'État où elle est invoquée.<sup>492</sup> Elle a trouvé une réplique de la part des tenants de l'approche de l'autonomie et délocalisée de la procédure et de la sentence arbitrale internationale.

## **1.2. L'approche de l'autonomie et délocalisée de la procédure et de la sentence arbitrale internationale**

Comme nous l'avons affirmé précédemment, l'article VII de la *Convention de New York*, de par sa flexibilité, «a pour effet d'admettre la coexistence d'au moins deux régimes d'exécution, celui

---

<sup>490</sup> *Id.*, p.268

<sup>491</sup> Dans la mesure où, le 31 juillet 1996, la *U.S. District Court for the District of Columbia*, dans cette affaire *Chromalloy v. Arab Republic of Egypt*, rejette l'action en annulation pour autoriser (selon l'article VII de la Convention de New York) l'exécution de la sentence arbitrale annulée par l'Égypte, État du siège de l'arbitrage. voir à ce sujet : 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996), 22 Y.B. Com. Arb. 1001-12 (1997)

<sup>492</sup> Voir Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *préc.*, note 134, p.903

de la Convention et, dans la mesure où il est plus favorable à l'exécution, celui du droit du juge de l'exécution.»<sup>493</sup> Cependant, Jan PAULSSON associe l'efficacité de la procédure de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale à l'harmonisation de ladite procédure. Il a précisé qu' «Il en découle que le but de l'harmonisation internationale du droit de l'arbitrage, pour souhaitable qu'il soit, n'est pas une priorité absolue, ceci n'est pas à déplorer. Si l'harmonisation veut dire alignement sur un régime ossifié et incapable d'évoluer en fonction des besoins du monde en mouvement, elle doit être rejetée.»<sup>494</sup> Dans le cadre d'un Congrès d'ICCA (International Council for Commercial Arbitration) tenu à Paris en mai 1998, l'auteur a affirmé que

«La Convention de New York ne définit pas les conditions d'exécution des sentences étrangères. Elle ne fait qu'établir un seuil. Les juridictions d'exécution liées par la Convention n'ont ainsi pas le droit de poser des conditions autres que celles admises par la Convention, mais elles sont parfaitement libres d'en poser moins. Un régime plus favorable à l'exécution peut apparaître de deux manières

-par des législations ou par des traités plus favorables, dont l'application des unes ou des autres est non seulement tolérée, mais obligatoire, en vertu de l'article VII de la Convention de New York qui dispose que toute partie se prévalant d'une sentence est en droit d'invoquer un régime plus favorable à l'exécution ; cette possibilité ne souffre pas de discussion –par voie prétorienne, le juge d'exécution usant de son pouvoir discrétionnaire pour ne pas tenir compte de l'un ou de plusieurs motifs de refus reconnus par l'article V de la Convention ; le caractère discrétionnaire de cet article a parfois été critiqué, mais nous pensons avoir démontré qu'il est textuellement incontestable.»<sup>495</sup>

C'est cette approche qu'ont adoptée, entre autres la Belgique(1.2.1) et la France(1.2.2). En effet, la jurisprudence permet de constater que les droits néerlandais, belge et français interprètent l'art. V ch.1 let.e dans le sens d'y attribuer une règle plus favorable à l'exequatur.

---

<sup>493</sup> Jan PAULSSON, «L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain»(1998)4 Rev. arb. p.637

C'est une citation tirée de M. GIARDINA, p.640

<sup>494</sup> *Id.*, p.640

<sup>495</sup> *Id.*, p.639



### 1.2.1. En Belgique

Le droit belge est encore plus favorable puisqu'il ne prévoit aucun motif d'opposition à l'exequatur liée à une procédure dirigée contre la sentence dans l'État du siège. Une sentence annulée ou suspendue à l'étranger peut ainsi obtenir l'exequatur dans ce pays comme l'illustrent plusieurs affaires fameuses.<sup>496</sup> Bernard Hanotiau et Olivier Caprasse nous ont révélé que «in Belgium, there is a growing consensus on the existence of a substantive rule of international law, a public policy principle, or even a transnational public policy principle, which prevents a public entity from invoking the law of its country to allege that it could not enter into an international arbitration agreement which it signed.»<sup>497</sup> Selon ces auteurs, en Belgique, « [I]t is now unanimously accepted that except in very limited situations, international commercial disputes may be referred to arbitration even if public policy is at stake or has been violated by the parties.»<sup>498</sup>

Par ailleurs, le Code judiciaire pose des limites qui sont plus favorables à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence que le rejet de celle-ci. Il est stipulé à l'article 1704 que «La sentence arbitrale ne peut être attaquée devant le tribunal de première instance que par la voie de l'annulation et ne peut être annulée que dans les cas de la violation de l'ordre public, de l'absence de convention d'arbitrage, d'omission de statuer sur les points litigieux, de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, de la non motivation de la sentence, du caractère contradictoire des dispositions de la sentence, de l'obtention de la sentence par fraude, etc.»<sup>499</sup> Ce sont des

---

<sup>496</sup>Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *préc.*, note 134, p.900

<sup>497</sup>Bernard Hanotiau and Olivier Caprasse, « Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention, *Belgian and French Perspectives* », (2008) 25(6), *Journal of International Arbitration, Netherlands, Kluwer Law International* 721, p.725

<sup>498</sup>*Id.*, p.726

<sup>499</sup>Article 1704. 0. La sentence arbitrale ne peut être attaquée devant le tribunal de première instance que par la voie de l'annulation et ne peut être annulée que dans les cas énumérés au présent article. 1. La sentence arbitrale peut être annulée :a) si la sentence est contraire à l'ordre public ;b) si le litige n'était pas susceptible d'être réglé par la voie de l'arbitrage ; c) s'il n'y a pas de convention d'arbitrage valable ; d)si le tribunal arbitral a excédé sa compétence ou ses pouvoirs ;e) si le tribunal arbitral a omis de statuer sur un ou plusieurs points du litige et si les points omis ne peuvent être dissociés des points sur lesquels il a été statué ;f) si la sentence a été rendue par un tribunal arbitral irrégulièrement constitué ;g) s'il n'a pas été donné aux parties la possibilité de faire valoir leurs droits et moyens ou s'il y a eu méconnaissance de toute autre règle impérative de la procédure arbitrale, pour autant que cette méconnaissance ait une influence sur la sentence arbitrale ; h) si les formalités prescrites à l'article 1701, alinéa 4, n'ont pas été remplies ; i)si la sentence n'est pas motivée ; j)si la sentence contient des dispositions contradictoires.

exigences communes à la majorité d'instruments d'arbitrage commercial international. Ainsi, en Belgique<sup>500</sup>, un jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles, en 1988, a accordé l'exequatur à une sentence arbitrale annulée par la Cour d'appel d'Alger en se fondant sur le droit interne belge (art.1723 C.j.b.).<sup>501</sup>

En effet, c'est cette approche libérale - à la mode dans beaucoup de pays, qui permet au tribunal national étatique de décider si son propre ordre public est bafoué dans la décision du tribunal arbitral et dans quelle condition la sentence rendue peut être autorisée à être exécutée, malgré son annulation dans l'État du siège de l'arbitrage.

### 1.2.2. En France

En France, une série d'arrêts de la Cour de cassation a confirmé le caractère libéral et favorable du droit français par rapport à la Convention de New York et la possibilité de reconnaître et d'exécuter en France une sentence annulée ou suspendue à l'étranger. *«Si un juge de cet État est saisi d'une requête d'exequatur, il appréciera tous les aspects de la validité de la convention d'arbitrage au regard de la lex fori, autrement dit au regard du seul droit français, lequel ne soumet la convention d'arbitrage à aucune exigence de forme.»*<sup>502</sup> Ainsi, nous disent J.F.

POUDRET et S. BESSON, puisque

La capacité de l'État à compromettre et la validité matérielle de la convention d'arbitrage sont soumises en droit français de l'arbitrage international à des principes très libéraux fondés sur l'ordre public international [,] ces principes seront bien souvent plus favorables que les

---

2.- La sentence peut également être annulée : a)si elle a été obtenue par fraude ; b)si elle est fondée sur une preuve déclarée fautive par une décision judiciaire passée en force de chose jugée ou sur une preuve reconnue fautive ; c)si, depuis quelle a été rendue, il a été découvert un document ou autre élément de preuve qui aurait eu une influence décisive sur la sentence et qui avait été retenu par le fiat de la partie adverse.

3.-Ne sont pas retenus comme causes d'annulation de la sentence les cas prévus à l'alinéa 2, lettres c), d) et f), lorsque la partie qui s'en prévaut en a eu connaissance au cours de la procédure arbitrale et ne les a pas alors invoqués;

4.-Les causes de récusation et d'exclusion des arbitres prévues aux articles 1690 et 1692 ne constituent pas des causes d'annulation au sens de l'alinéa 2, lettre f) du présent article, alors même qu'elles ne seraient connues qu'après le prononcé de la sentence.

<sup>500</sup> «L'amendement Storme avait rendu impossible en Belgique le recours en annulation contre une sentence internationale rendue en Belgique entre parties n'y ayant pas d'établissement. Il fut voté pour la raison annoncée qu'il ne convenait pas d'encombrer les juridictions belges de recours ne concernant aucunement des intérêts belges.» Voir Bruno LEURENT, **préc.**, note 453, p.5)

<sup>501</sup>Bull. ASA, p.213

<sup>502</sup>Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON,**préc.**, note 134, p.884

dispositions des lois désignées par l'article V ch.1 let. a. Aussi, le requérant aura-t-il intérêt à se fonder, en cas d'exequatur en France, sur ces dispositions du droit français (art. 1498 ss n.C.p.c.) en particulier l'art.1502 ch.1 n.C.p.c.) et non sur celles de la Convention de New York.<sup>503</sup>

De plus, dans l'affaire *Pabalk c. Norsolor*, la Cour de cassation a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui avait rejeté l'exequatur en appliquant l'art. ch.1 let.e de la *Convention de New York*, au motif que la sentence avait été partiellement annulée à Vienne. La plus haute juridiction de justice de la France a précisé que le juge français de l'exequatur devait " rechercher d'office, si le droit français ne permettait pas à la société Pabalk [bénéficiaire de la sentence] de se prévaloir de la sentence invoquée", devoir discutabile dès lors que l'article V ch.1 de la Convention de New York précise qu'il appartient à la partie intéressée de «se prévaloir» (avail himself) du droit national plus favorable.<sup>504</sup>

L'arrêt *Polish Ocean Line c. Jolasry* présente plus clairement la vision délocalisatrice du droit français. La Cour de cassation a décidé dans cette affaire que le juge français ne peut, lorsque la sentence a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel elle a été rendue, refuser l'exécution pour ce cas qui n'est pas au nombre de ceux énumérés par l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile, bien qu'il soit prévu par l'art. V 1 e) de la Convention de 1958. Elle a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Douai qui avait accordé l'exequatur à une sentence rendue en Pologne nonobstant suspension par une autorité de ce pays.<sup>505</sup>

L'affaire *Hilmarton* a ouvert une polémique entre Jean-François POUDRET et Ph. FOUCHARD sur le rôle du *for* dans la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Dans cette affaire, la Cour de cassation française a confirmé sa précédente jurisprudence et admis

---

<sup>503</sup>Id., p.885

<sup>504</sup>Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *préc.*, note 134, p.901 ; voir aussi l'arrêt *Norsolor* ; en ligne < <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/97d81.pdf> >, (consulté le 30 mai 2009)

<sup>505</sup> Voir cet arrêt à la *Rev. arb.* 1993, p. 255 (2<sup>ème</sup> espèce).

l'*exequatur* en France d'une sentence pourtant annulée à Genève. La Cour justifie sa décision par l'idée que *«la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeure établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international.»*<sup>506</sup> Cette affaire fait jouer un véritable tour aux parties. Ainsi, la première sentence, une fois annulée en Suisse, un second arbitrage a été engagé dans ce pays et une nouvelle sentence rendue en sens contraire de la première. Hilmarton, partie demanderesse dans cette affaire, a tenté d'obtenir l'*exequatur* en France de cette seconde sentence, ainsi que l'arrêt du Tribunal fédéral suisse qui avait confirmé entre-temps l'annulation de la première sentence en Suisse. Cette action a été intentée devant la Cour de Versailles qui a considéré que *«l'exequatur de cette sentence[la première], tel qu'obtenu avant qu'elle ne fût anéantie dans l'ordre juridique suisse, ne peut cependant avoir pour effet de figer le litige dans l'ordre juridique français au stade où il se trouvait à la date de cette sentence, et de rendre de la sorte inefficace en France les recours régulièrement formés dans l'ordre juridique étranger contre cette sentence.»*<sup>507</sup>

*«Elle ajoute que la contrariété de décisions qui en résulte pourra être levée par le recours en cassation prévu par l'article 618 n.C.p.c. La Cour de cassation a cependant cassé sans renvoi cette décision irrévocable portant sur le même objet entre les mêmes parties faisait obstacle à toute reconnaissance en France d'une décision judiciaire ou arbitrale rendue à l'étranger incompatible avec elle.»*<sup>508</sup>

---

<sup>506</sup> Cas. Rev. arb. 1994, p.327, note Jarrosson ; J.D.I. 1994, note GAILLARD

<sup>507</sup> Rev. arb. 1995,639, p.643 et 648, note Jarrosson ; J.D.I. 1996, p.120.note Gaillard

<sup>508</sup> *Id.*,

«En définitive, la première sentence déboutant Hilmarton a ainsi été définitivement accueillie en France en dépit de son annulation et de son remplacement par une seconde sentence statuant en sens contraire, laquelle a en revanche été reconnue en Angleterre.»<sup>509</sup>

De plus, «Dans l'affaire Chromolloy, [...] la Cour d'appel de Paris a repris pratiquement textuellement la formule du premier arrêt de la Cour de cassation dans la cause Hilmarton pour admettre l'exequatur en France d'une sentence annulée par les tribunaux égyptiens.»<sup>510</sup>

Par ailleurs, la doctrine se livre à des critiques acharnées (favorables ou défavorables) sur les pratiques françaises, belge et autres de reconnaissance des sentences annulées dans l'État du siège.

### 1.2.3. Positions de la doctrine

Il n'est pas sans étonnement de remarquer que même Jean-François POUDRET avance une opinion très favorable à la position française sur le principe de la délocalisation, malgré les réserves qu'il a formulées<sup>511</sup>. Il a affirmé que «La jurisprudence française admettant l'exequatur d'une sentence annulée à l'étranger fait une juste application de l'art.VII ch.1 de la Convention de New York et nous paraît conforme au droit positif.»<sup>512</sup> De poursuivre, «Il repose sur la conviction présomptueuse que là où les juridictions du lieu de l'exécution mériteraient une plus grande confiance que celle du siège choisi par les parties.»<sup>513</sup>

Par ailleurs, Jan Paulsson a proposé un angle de vue radicalement nouveau de l'article V ch.1 let.e de la Convention de New York tendant à éviter qu'une annulation de la sentence reposant

<sup>509</sup> voir aussi Bull. ASA 1999, p.368 ; Voir aussi Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, préc., note 99, p.902

<sup>510</sup> Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, préc., note 134, p.902 ; voir Rev. arb.1997, p.395, note Fouchard ; J.D.I. 1998, p.750, note Gaillard

<sup>511</sup> Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, (*Id.*) ont affirmé que «Depuis l'arrêt Menicucci de 1975, la jurisprudence française a tiré du principe d'autonomie une troisième règle, soit la validité de la convention d'arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique. Cette validité résulterait de la seule volonté des parties, mais cela dans les limites des règles impératives du droit français et de l'ordre public international. Cette solution conduit les juridictions françaises à appliquer exclusivement le droit français même si le siège de l'arbitrage est à l'étranger. Demeurée isolée, elle est un avatar de la *lex fori*. Dans tous les autres pays considérés, l'arbitrage est au premier chef régi par la loi d'arbitrage du siège, loi-cadre posant certaines règles impératives et traçant pour le surplus les limites de l'autonomie reconnue aux parties et aux arbitres.»p.926

<sup>512</sup> *Id.*, p.904

<sup>513</sup> *Id.*, p.904

sur des motifs propres au droit national de l'État du siège rende impossible la reconnaissance et l'exécution de la sentence à l'étranger. Selon cet auteur, seule une annulation prononcée pour des motifs internationalement reconnus (international standards annulment, «ISA»), par opposition au *local standards annulment*, («LSA»), justifierait le rejet de l'*exequatur* fondé sur l'art. ch. 1 let.e.<sup>514</sup> L'auteur se livre à une analyse approfondie du rôle du siège pour justifier la véracité de la reconnaissance des sentences annulées dans l'État du siège. Il a fait remarquer que «*Le sort d'une sentence annulée dans son pays d'origine repose sur l'idée qu'on se fait d'une question simple mais importante : quel est le rôle du siège de l'arbitrage ?* » Il a souligné que

Même aujourd'hui, il semble que la majorité des praticiens restent choqué par *Hilmarton* et *Chromolloy*, ce en quoi ils ont tort. En refusant d'imaginer qu'une sentence annulée dans son pays d'origine soit reconnue dans un autre pays, ils s'accrochent à une étroite notion territorialiste et exclusive de la genèse des créances, qui est aujourd'hui dépassée dans la théorie et dans la pratique internationale (comme nous avons essayé de le démontrer ailleurs, une annulation en fonction d'un critère local n'empêche pas fatalement l'exécution de la sentence dans un autre pays).<sup>515</sup>

Quant à l'harmonisation de la procédure de reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale étrangère, l'auteur a retenu qu'«*En matière d'exécution, ce ne sont pas les droits des sièges de l'arbitrage qu'il faut harmoniser. Cette idée est un leurre fondé sur une prétendue domination du droit du siège.*»<sup>516</sup> Jan PAULSSON a de plus fait remarquer que «*Si l'harmonisation en matière d'exécution il doit y avoir, elle se construira autour des règles applicables par les juges de l'exequatur.*»<sup>517</sup> À cet effet, l'auteur fait référence, selon la Convention de New York (art. et VII), au tribunal où la sentence est invoquée, c'est-à-dire celui devant lequel la demande d'exécution est formulée.

---

<sup>514</sup> Jan Paulsson, «L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local(ACL)», Bull. CCI, 1998, vol.9-1, p.14-32 ; voir aussi à ce sujet les commentaires de A.J. VEN DEN BERG, «L'exécution de la sentence arbitrale en dépit de son annulation», Bull. CCI 1998, Vol.9-2, pp15-21

<sup>515</sup> Jan PAULSSON, id. 645

<sup>516</sup> Id. 647

<sup>517</sup> Id. 647

Pour Bruno Laurent, avec la reconnaissance généralisée de la sentence arbitrale même annulée dans l'État du siège, «*l'universalisation devient sans risque.*»<sup>518</sup>

Albert Jan van den BERG, qui avait défendu le principe d'universalité de l'exécution de la sentence arbitrale étrangère, avait précisé que la flexibilité et la souplesse étaient nécessaires dans la rédaction de la Convention de New York de 1958 en vue de faciliter sa mise en œuvre par les États. Pour lui, le principe d'universalité s'exprime ainsi: «*An arbitral award made in the territory of State other than the State where the recognition and enforcement of such award is sought.*»<sup>519</sup> Ainsi, «*Under this principle of universality, awards made in contracting and non-contracting States are treated alike.*»<sup>520</sup> En revanche, «*The principle of universality was, and still is, not generally, accepted. For this reason the drafters of the Convention also gave way to a certain degree to more traditional view.*»<sup>521</sup> Pourtant, au Congrès de l'ICCA à Dublin en 2008,

« Albert Jan van den Berg, avec toute la crédibilité de quelqu'un qui a suivi pas à pas la Convention de New York depuis sa thèse, propose rien moins qu'une nouvelle convention qui aurait le mérite, affirme-t-il, de « combler les lacunes », de régler les problèmes d'application qui se sont fait jour et de codifier la meilleure jurisprudence sur son application pour tuer la « mauvaise jurisprudence. » »<sup>522</sup>

Comment aboutir à cet objectif ? Selon les panélistes, il faut d'une part, réunir périodiquement les juges des pays membres de la Convention d'horizons juridiques divers (*Common Law* et droit civil) pour partager leurs expériences ; et, d'autre part, un *restatement*, où sont réunies les autorités à partir desquelles les règles ont été forgées : décisions jurisprudentielles, sentences arbitrales, interprétations officielles, notamment.<sup>523</sup> Comme en droit américain, avec le

---

<sup>518</sup> Bruno LEURENT, *préc.* note 453, p.3

<sup>519</sup> Albert Jan Van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958- Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Denventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1981, p.12

<sup>520</sup> *Id.*, p.12

<sup>521</sup> *Id.*, p.12

<sup>522</sup> K. KESSEDJIAN, « En revenant de Dublin- L'éventuelle réforme de la Convention de New York » (2008) 26(3), ASA Bulletin, (Septembre 2008), p.644

<sup>523</sup> *Id.*, p.647

*restatement*, les spécialistes de l'arbitrage, qui ont analysé la Convention de New York de 1958, voulaient que la réforme favorise l'application du principe '*Judge made Law*' en arbitrage international. Donc, un arbitrage qui rend compte des pratiques quotidiennes des acteurs du commerce international tel qu'ils le font traditionnellement devant les institutions de justice. Toutefois, contrairement à A. J. Van den BERG, THOMAS CLAY a souligné qu'«*En outre, il apparaît que, pour parvenir à l'objectif d'harmonisation, il n'est nul besoin de modifier la Convention de New York, il suffit de relire la lettre du texte et d'en raviver l'esprit par une lecture à la fois fidèle et plus dynamique.*»<sup>524</sup> Ainsi, on l'adaptera aux règles modernes du commerce international, bref le libérera de toutes les contraintes qui veulent l'empêcher d'achever sa réalisation, loin des pressions locales.<sup>525</sup>

Par ailleurs, au-delà des divergences entre l'approche qui priorise les règles de conflits de lois de l'État du siège et celle qui s'intéresse à une approche délocalisée de la sentence arbitrale, certains rapprochements se créent constituant ainsi une certaine convergence dans la procédure de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales commerciales internationales.

## **Section 2.- Les convergences de la procédure de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales internationales**

Il est indéniable que nonobstant les controverses doctrinales et jurisprudentielles existant, tous les régimes juridiques – *Common Law* ou droit civil –disposent d'un dénominateur commun de règles et de conditions pour favoriser la reconnaissance et autoriser l'exécution des sentences arbitrales dans leur juridiction. Ils «*consacrent un contrôle de la sentence par la juridiction du siège de l'arbitrage.*»<sup>526</sup>Le droit français - tout comme le droit allemand et la *Loi-type de la CNUDCI-*, soumet aux mêmes motifs le refus de l'exequatur d'une sentence étrangère et

---

<sup>524</sup>THOMAS CLAY, «La Convention de New York vue par la doctrine française»(2008) 26(3), ASA BULLETIN, p.475

<sup>525</sup> *Id.*, p.473

<sup>526</sup> J.-F. POUURET et S. BESSON, *préc. note*, 134, p.931



l'annulation d'une sentence rendue en France en matière internationale. Les lois allemandes et la loi-type, contrairement à la loi française, ont repris intégralement les motifs de l'art. V de la Convention de New York, alors que les autres s'en sont inspirées tout en retenant d'autres causes d'annulation ou, comme les droits suisse et français, en excluant certaines d'entre elles.<sup>527</sup>

De plus,

*« Au delà des différences [...], il y a lieu de relever une étroite parenté de plusieurs motifs d'annulation. Ainsi, la constitution ou la composition irrégulière du tribunal arbitral entraînent partout l'annulation de la sentence. La plupart de nos lois sanctionnent, sous des appellations diverses, les principes fondamentaux de procédure, en particulier le droit d'être entendu, l'égalité des parties et/ou le principe de contradiction, et leur attribuent une portée proche, si ce n'est identique. Ainsi, les mêmes vices seront sanctionnés en France pour violation de la contradiction (art.1502 ch.4 n.C.p.c.) et en Angleterre au titre de sérieuses irrégularités (sect.68(2) let.a).<sup>528</sup> »*

Selon Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *«Ce rapprochement est dû autant à des emprunts faits d'autres lois qu'à des solutions imposées par les besoins identiques de l'arbitrage commercial international.»*<sup>529</sup>

Par ailleurs, Jean Thierry a relevé un ensemble de griefs similaires qui caractérisent les conditions de déterminer l'exécutabilité des sentences arbitrales étrangères.

«[Les griefs opposables directement à l'exequatur]. Pour lui, certains [griefs] n'impliquent pas un examen des faits et des mérites de la cause [forme=contrôle prima facie] (A), alors que les autres y conduisent même si ce n'est pas le fond de la sentence qui est critiqué (B).]

A) Dans le premier cas, ce sont *« l'examen de l'existence de la convention d'arbitrage, de la régularité de la composition du tribunal arbitral et enfin de la capacité de compromettre des parties.»*<sup>530</sup>

---

<sup>527</sup> *Id.*, p.931

<sup>528</sup> *Id.*, p.931

<sup>529</sup> *Id.*, p.932

<sup>530</sup> Jean THIERRY, « L'exécution des sentences arbitrales : éléments de droit comparé » (1983) Rev. arb. 424, p.431

B) Dans le second cas,

*«Un simple examen formel de la procédure ne suffit pas pour que le juge de l'exécution puisse apprécier si les arbitres ont respecté le principe de la contradiction. Il en est de même pour juger si les arbitres se sont conformés à leur mission. La non-arbitrabilité du litige et la violation de l'ordre public exigent aussi un examen du contenu de la sentence et des circonstances dans lesquelles elle a été prononcée. Cependant, le juge de l'exequatur se laisse très entraîner à rejuger le fond de la cause.»<sup>531</sup>*

L'auteur cite entre autres motifs d'examen approfondi dans ce cas, le principe de la contradiction, le respect de la mission conférée aux arbitres, la non-arbitrabilité du litige, l'ordre public.

Comme l'a évoqué Ph. FOUCHARD,

*« Tout en limitant le risque dilatoire, une autre règle matérielle est en passe d'être universellement reconnue consacrée. Pour la Loi-type de la CNUDCI (art.4), c'est la renonciation au droit de faire objection'' : la partie qui a connaissance des irrégularités de la procédure arbitrale et ne réagit pas immédiatement à celles-ci est présumé renoncer à s'en prévaloir ultérieurement pour contester la sentence qui lui déplaît. Manifestation du principe de l'estoppel ou exigence du respect d'un comportement de bonne foi dans la procédure arbitrale, cette règle est aujourd'hui consacrée dans de nombreux systèmes juridiques et dans tous les règlements d'arbitrage modernes.»<sup>532</sup>*

En effet, *«À l'évidence, toutes ces règles renforcent l'efficacité des sentences arbitrales, puisqu'elles restreignent la prise en considération des particularismes procéduraux nationaux et l'étendue des critiques recevables lors d'une procédure judiciaire d'exécution de celles-ci.»<sup>533</sup>*

Par ailleurs, depuis plusieurs années, les droits ici étudiés se sont sensiblement rapprochés et consacrent sur de nombreux points des solutions identiques ou, à tout le moins, analogues.

Du point de vue historique, les opérateurs du commerce international ont fourni beaucoup d'efforts et ont fait beaucoup de tentatives<sup>534</sup> pour aboutir à l'harmonisation des mécanismes de

---

<sup>531</sup> *Id.*, p.434

<sup>532</sup> Ph. FOUCHARD, «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales», *préc.*, note 456, p.661

<sup>533</sup> *Id.*, p.661

<sup>534</sup> C. KESSEDJIAN, «La modélisation procédurale», dans C. KESSEDJIAN et É LOQUIN, *La modélisation du droit*, *préc.*, note 48. Elle a souligné que «La Conférence de la Haye, qui est certainement l'organisation la plus ancienne à s'être intéressée aux questions de procédure, a lancé dès 1892 ? à la demande des États-Unis d'Amérique, une étude de faisabilité d'une convention mondiale portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements avec, si possible, un volet portant sur la compétence juridictionnelle directe Ce sujet, en tant que tel, n'avait jamais encore été mis à l'agenda de la Conférence de la Haye de droit international privé, bien que des très nombreuses conventions, certaines largement en vigueur, aient trait à des questions

reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales commerciales étrangères. L'historique de ces tentatives d'harmonisation de la procédure arbitrale commerciale internationale contribue à justifier l'existence et la convergence des efforts en vue de matérialiser les garanties procédurales dans la pratique de l'arbitrage international.

Ainsi, sous la pression des acteurs du commerce international pour harmoniser et unifier la procédure d'arbitrage commercial international, le Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage a été adopté. Il portait principalement sur la reconnaissance de la validité des Conventions d'arbitrage et sur la compétence des États pour régler la procédure d'arbitrage mais en tirait déjà la conséquence que chaque État contractant s'engage'' à assurer l'exécution, par ses autorités et conformément aux dispositions de sa loi nationale, des sentences arbitrales rendues en vertu des dispositions relatives à la convention d'arbitrage et à la compétence des arbitres.

En revanche, la Convention de Genève du 26 septembre 1927 va plus loin. Elle traite plus directement la question de l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

« Elle pose pour la première fois l'exclusion de la révision au fond des sentences par les juges chargés de leur exécution et formule certaines règles matérielles devenues classiques en la matière : exigence du respect des droits de la défense, du respect des limites de la convention d'arbitrage notamment. Pour le reste, la Convention subordonne l'exécution à des règles qui font encore une large place à des raisonnements en termes de la loi applicable ou de la répartition des compétences étatiques et ne pose pas elle-même les limites maximales du contrôle auquel la reconnaissance et l'exécution des sentences sont susceptibles d'être subordonnées.<sup>535</sup>»

Cependant, elle a été critiquée du fait qu'elle a favorisé l'émission d'un double exequatur : l'exequatur dans l'État du siège et un autre dans le pays où la sentence est invoquée. Les chercheurs ont fait ressortir cette possibilité du fait que cette Convention ne relate pas le caractère

---

de procédure et à la reconnaissance et à l'exécution de jugements dans divers domaines.»(p.239). Durant cette période, l'*International Bar Association* a mis en chantier un projet intitulé *Common Principles for Multijurisdictional Litigation on Commercial in Cases*. Ce projet traite notamment les questions suivantes : mesures provisoires et conservatoires, litispendance, *forum non conveniens*; *injunctions antisuit* ; preuve du droit étranger ; prescriptions.»(p.240)

<sup>535</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, p.976

obligatoire de la sentence, mais le caractère final de celle-ci pour son exécution à l'étranger. Comme nous l'avons déjà dit, la vision délocalisatrice de la Convention de New York y apporte une solution de principe en accordant le droit de reconnaître la sentence si elle est obligatoire, donc il n'est pas besoin d'un double *exequatur*.<sup>536</sup>

En 1950, l'*UNIDROIT* a adopté un document pour une loi uniforme de l'arbitrage en incluant des propositions pour l'établissement d'une Cour permanente d'arbitrage dont la mission est de décider des questions de l'interprétation de cette loi uniforme. Cette proposition n'a jamais été adoptée par aucun État. Elle était néanmoins soumise au Conseil économique et social (*ÉCOSOC*) des Nations Unies. Ce document a été acheminé au Comité d'experts du Conseil qui avait préparé la Conférence des Nations Unies, celle qui avait adopté la *Convention de New York de 1958*.<sup>537</sup>

En 1953, la CCI elle aussi avait établi, à l'intention des Nations Unies – à l'occasion de la Convention de New York de 1958, son avant-projet qui portait sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales<sup>538</sup>. Cet avant-projet a été soumis à l'*ECOSOC*<sup>539</sup>. Le Conseil d'Experts de cette institution a changé en partie le libellé de ce document et a présenté le projet sous le titre de Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. On constate que la différence réside entre internationales et étrangères. Celle-ci est due, à notre humble avis, au fait que ce texte relève du droit privé des États ; la Convention n'a pas une vocation universelle comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui exige certains engagements de la part des États, par exemple

---

<sup>536</sup> Voir Pieter SANDERS, «The making of the Convention» dans *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention, Experience and Prospects*, United Nations, New York, United Nations Publications, ISBN 92-1-133609-0, Sales N0. E.99. V.2, p.4, Texte publié à l'occasion du 40<sup>ème</sup> anniversaire de la Convention de New York en 1998.

<sup>537</sup> Voir V. PECHOTA, «The Future of the Law Governing International Arbitral Process: Unification and Beyond», (1992)3.1 *Am.Rev.Int'l Arb.* 17, p.19-20; voir aussi Katherine LYNCH, *préc.*, note 7, p.208

<sup>538</sup> Ph. FOUCHARD, «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales», *préc.*, note 456, p.667

<sup>539</sup> *Id.*, p.667 ; le texte de l'avant-projet vient d'être opportunément réédité par la CCI, *Bull. Intern. arb.*, mai 1998, p.33

l'exigence de rapport, la possibilité de surveillance de sa mise en application, la sanction en cas de violation.

Au niveau européen, la Convention de Genève du 21 avril 1961, dite convention européenne<sup>540</sup> en raison de sa portée essentiellement régionale, a développé de manière plus générale, quoique non systématique, de diverses questions relatives à l'arbitrage international. *«Elle n'aborde la question de reconnaissance et de l'exécution des sentences qu'indirectement, en limitant aux seuls griefs qu'elle détermine l'efficacité internationale des causes d'annulation de la sentence au lieu du siège de l'arbitrage ou dans l'État d'après la loi duquel la sentence a été rendue.»*<sup>541</sup>

En vertu de son article IX, qui écarte en cela les dispositions de l'article V de la Convention de New York, *«l'annulation de la sentence pour violation de l'ordre public ou pour défaut d'arbitrabilité n'est pas une cause de refus d'exécution de cette sentence dans les autres pays.»*<sup>542</sup>

Dans le cadre des *« sentences rendues en matière d'investissement sous l'égide du CIRDI : la Convention de Washington du 18 mars 1965 a prévu une procédure propre et unique en annulation (art.51) en interdisant corrélativement aux États d'exercer un contrôle sur leur régularité au moment de l'exécution (art.54).»*<sup>543</sup> Aussi, y-a-t-il lieu de rappeler qu'une

« suggestion [a été] faite en 1966 [en vue d'instituer] un bureau de l'exequatur européen auprès duquel auraient été délégués par les États membres des "commissaires à l'ordre public", mais le deuxième Congrès International de l'Arbitrage auquel cette suggestion était présentée, se contenta sagement de formuler le vœu, sans suite, que les conditions de reconnaissance des sentences

---

<sup>540</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212 ; «Il s'agit tout d'abord de la Convention interaméricaine sur l'arbitrage international signée à Panama le 30 janvier 1975. Celle-ci instaure des règles analogues à celles de la Convention de New York. D'autres conventions, de portée régionale, sont venues compléter les mécanismes de reconnaissance et d'exécution des sentences. [...] Elle s'applique incontestablement dans les rapports des États qui l'ont ratifiée et peut-être également, puisqu'elle ne comporte pas de condition de réciprocité, à l'exécution des sentences rendues dans des États non contractants.»(p.978) ; «Il s'agit ensuite de la Convention d'Amman [Jordanie] du 14 avril 1987 sur l'arbitrage commercial (Rev. arb. 1989. p.743, avec le commentaire de A. H. EL-AHDAB, p.631 ; M. JALILI, «Amman Arab Convention on Commercial Arbitration»(1990)7 J. Int. Arb. 139) qui instaure un Centre arabe d'arbitrage commercial siégeant à Rabat. La Convention prévoit que les sentences rendues sous l'égide du Centre ne pourront se voir refuser la force obligatoire par la Cour suprême de chaque État contractant que si la sentence est contraire à l'ordre public.»(art.35) (p.979)

<sup>541</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, p.978

<sup>542</sup> *Id.*, p.670

<sup>543</sup> *Id.*, p.671

arbitrales entre États membres des Communautés soient plus simplifiées que les conditions résultant de la Convention de New York.<sup>544</sup>»

De plus, à l'occasion du centenaire de la *LCIA*, MM Holtzmann et Schwebel ont imaginé une juridiction internationale spécialisée dans le contrôle des sentences commerciales internationales. Les décisions de cette instance s'imposeraient aux États. Mais il ne s'agit heureusement que de science-juridique fiction, de l'aveu des auteurs.<sup>545</sup>

Dans l'idée d'inciter les concernés par l'arbitrage international à harmoniser les instruments juridiques relatifs à ce processus de règlements de litiges,

« L'Assemblée générale des Nations unies, en 1976, en même temps qu'elle recommandait l'usage du Règlement d'arbitrage ad hoc de la CNUDCI, adopta à l'unanimité une résolution reconnaissant "la valeur de l'arbitrage comme moyen de règlement de litige survenant dans le cadre des relations commerciales internationales" et relevant que l'institution de systèmes d'arbitrage "acceptables dans les pays de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents contribuerait de façon significative au développement de relations économiques harmonieuses."<sup>546</sup>»

En 1985, la *Loi-type de la CNUDCI* aura été adoptée. Elle reconnaîtra l'actualité de la *Convention de New York de 1958* «puisque'elle se bornera à reprendre, sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des sentences étrangères, les dispositions de la Convention de New York.»<sup>547</sup>

Dans sa note explicative relative à la *Loi-type de la CNUDCI* sur l'arbitrage commercial international, le *Secrétariat de la CNUDCI* a précisé que

«Bien que les motifs d'annulation prévus au paragraphe 2 de l'article 34 soient quasiment identiques aux motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution prévus paragraphe 1 de l'article 36, il convient de noter une différence pratique. Une demande d'annulation fondée sur le paragraphe 2 de l'article 34 ne peut être présentée que devant une juridiction de l'État où la sentence a été rendue, alors qu'une demande d'*exequatur* peut l'être devant une juridiction de n'importe quel État. Aussi les motifs relatifs à l'ordre public et à

---

<sup>544</sup> B. LEURENT, *préc. note* 453, p.17

<sup>545</sup> Rev. Arb. 1966, p. 122 et suiv. ; Howard H. Holtzman, "A task for the 21st century : Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards", Stephen M. Schwebel, "The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards" in *The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, Arbitration International, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff*)

<sup>546</sup> B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage, préc.*, note 37, p.113

<sup>547</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, p.978

l'inarbitrabilité peuvent-ils varier quant au fond en fonction de la loi appliquée par le juge étatique (dans l'État d'annulation ou l'État d'exécution).»<sup>548</sup>

De plus, la Loi-type lève le conflit sur les vocables sentences internationales, sentences étrangères, sentences internes, en vue d'uniformiser le traitement des sentences indépendamment du pays d'origine. Le Secrétariat a évoqué que

«En traitant les sentences rendues dans le cadre de l'arbitrage commercial international de manière uniforme quel que soit le pays où elles ont été rendues, la Loi type substitue à la distinction traditionnelle entre sentences "étrangères" et sentences "internes" une distinction entre sentences "internationales" et sentences "non internationales". Cette nouvelle distinction est fondée sur des raisons de fond et non sur des critères territoriaux, qui sont inadéquats vu l'importance limitée du lieu de l'arbitrage dans les affaires internationales. Ce lieu est en effet souvent choisi par les parties pour des motifs de commodité et le différend n'aura parfois qu'un vague lien, voire n'en aura aucun, avec l'État où l'arbitrage a lieu juridiquement. Par conséquent, la reconnaissance et l'exécution des sentences "internationales", qu'elles soient "étrangères" ou "internes", devraient être régies par les mêmes dispositions.»<sup>549</sup>

De manière plus controversée, dans les années 1990, la CNUDCI a élaboré un projet de principes de procédure devant les tribunaux arbitraux internationaux. Ce projet a été publié en 1996 sous forme de lignes directrices, intitulées : "Aide-mémoire sur les procédures arbitrales".<sup>550</sup>

De plus, la CNUDCI, par une note du secrétariat, envisage de s'attaquer aux questions suivantes : conciliation, prescription de la forme écrite par la convention d'arbitrage, arbitrabilité, immunité de l'État souverain, jonction de la plusieurs instances arbitrales, confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales, demandes aux fins de compensation, décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets, responsabilité des arbitres, pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts, frais d'arbitrage, force

---

<sup>548</sup> La Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985 avec des amendements adoptés en 2006, Nations Unies, Vienne, 2008, ISBN 978-92-1-233443-1, **préc.**, note 48

<sup>549</sup> *Id.*, note 50 du Secrétariat

<sup>550</sup> É. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, **préc.**, note 48, p.242

exécutoire des mesures conservatoires, liberté d'exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine.<sup>551</sup>

Par ailleurs, en dépit de l'adoption de plusieurs instruments nationaux et internationaux pour appliquer d'autres principes et règles uniformes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères à vocation internationale, «*la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales est l'un des instruments internationaux les plus largement ratifiés.*»<sup>552</sup> «*Elle a pour objet de faciliter l'accueil des sentences dans les États parties à la Convention.*»<sup>553</sup> Le domaine d'application de la Convention ne dépend pas de la nationalité des parties à l'arbitrage. La Convention s'applique à toutes les sentences "étrangères", c'est-à-dire aux sentences rendues dans un autre État, ainsi, dans l'interprétation dominante, qu'aux sentences qui ne sont pas considérées comme nationales, en raison des éléments d'extranéité qui caractérisent la cause, même si elles sont rendues dans l'État dans lequel le bénéfice de la Convention est sollicité.<sup>554</sup> En effet, les dispositions de la Convention répondent aux objectifs d'harmonisation visant à être réalisés en droit comparé. Ces objectifs sont à la base de plusieurs réformes accomplies dans les lois étatiques et se décrivent ainsi : assurer et renforcer l'efficacité de la convention d'arbitrage ; séparer l'arbitrage international des droits étatiques ; tenter de limiter le contrôle judiciaire ; réduire le nombre de griefs recevables contre la sentence. De la sorte, «*Malgré les listes apparemment diverses, la régularité internationale de la sentence tient, en définitive, à deux conditions essentielles : l'existence du pouvoir de l'arbitre, le*

---

<sup>551</sup> Document A/CN.9/460 du 6 avril 1999 discuté à Vienne lors de la XXXIIe session du 17 mai au 4 juin 1999.

<sup>552</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, p.980 ;

<sup>553</sup> *Id.*, p.980

<sup>554</sup> Voir V.S. DASHPANDE, «Jurisdiction Over 'Foreign' and Domestic' Awards in the New York Convention, 1958» (1993)7 Arb. Int'l.123



*caractère acceptable de sa décision, sans que celle-ci puisse être révisé en droit ou en fait. Enfin, les voies de recours elles-mêmes sont restreintes.»*<sup>555</sup>

En effet, la doctrine et la jurisprudence deviennent de plus en plus majoritairement favorables à la vision délocalisatrice de la procédure d'arbitrage commerciale internationale ainsi qu'à celle de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Pour Ph. FOUCHARD, *«Il est acquis-puisque la Convention de New York ,[...] représente aujourd'hui une sorte de fonds commun du droit de l'exécution des sentences arbitrales en matière internationale-que les griefs recevables lors d'une procédure d'exécution sont limitatifs :la liste de son article V est en effet exhaustive.»*<sup>556</sup>

De plus, poursuit-il,

«Le trésor, l'idée géniale de la Convention, qui lui assure sa pérennité (même si cette pérennité est inutile...), c'est son article VII, al.1, selon lequel «les dispositions de la présente convention ...ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.»<sup>557</sup>

Il a précisé que «La *Convention de New YORK* s'est voulue modeste et réaliste. Ses auteurs ont cherché à harmoniser la circulation internationale des sentences, mais plus encore à la favoriser. Comme l'harmonisation réalisée en 1958 se révélait insuffisante au regard de cet objectif, rien n'interdisait aux États et aux juges de faire plus ou mieux pour l'exécution des sentences. La Convention de New York se présente comme une étape ou un instrument au service d'un but majeur : l'amélioration de l'accueil des sentences arbitrales dites étrangères. Toutes les réformes législatives qui ont eu lieu dans les années 1980 et 1990 sont compatibles avec ce véritable traité

---

<sup>555</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *préc.*, note 212, pp.111-112

<sup>556</sup> Ph. FOUCHARD, «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales», *préc.*, note 456, p.662

<sup>557</sup> Voir Ph. FOUCHARD, « la portée de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine»(1997) Rev. arb. 329

fondateur ; toutes les interprétations de celui-ci qui favorisent une meilleure efficacité internationale des sentences sont légitimes.<sup>558</sup>

#### **Conclusion du chapitre IV**

Ce chapitre a fait ressortir les contradictions au niveau de la doctrine et de la jurisprudence sur l'application et l'interprétation de la Convention de New York de 1958. Les États appliquent cet instrument juridique international selon deux approches opposées : une approche territorialiste privilégiant la loi du siège dont le respect doit guider la juridiction saisie pour l'exécution de la sentence arbitrale commerciale étrangère ; et l'autre une vision délocalisatrice du *for*, qui repose le sort de la sentence sur les lois de l'État où elle est invoquée, c'est-à-dire le *for* de l'*exequatur*. En revanche, l'historique des tentatives d'harmonisation des mécanismes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales commerciales étrangères et la doctrine majoritaire dans ce domaine se convergent de plus en plus en vue de reconnaître la nécessité de garantir une procédure harmonisée de l'arbitrage commercial international. Celle-ci serait un gage de l'efficacité, de la légitimité et de la prévisibilité des mécanismes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales commerciale étrangères. À l'occasion du quarantième anniversaire de la Convention de New York en 1998, Kofi ANNAN, Secrétaire général d'alors des Nations Unies, a eu à préciser-concernant cet instrument international, que

« [On this day 40 years ago] «This landmark instrument has many virtues. It has nourished respect for binding commitments, whether they have entered into by private parties or governments. It has inspired confidence in the rule of law. And it has helped ensure fair treatment when disputes arise over contractual rights and obligations.<sup>559</sup>»

---

<sup>558</sup> *Id.* 329. L'analyse est soulignée par l'auteur lui-même.

<sup>559</sup> Opening address commemorating the successful conclusion of the 1958 United Nations Conference on International Commercial Arbitration »United Nations, New York, 1999, United Nations Publication, Sales No. E. 99. V.2, ISBN 92-1-133609-0), p.2

Toutefois, les conflits d'interprétation et d'intérêts qui fusent de toute part sur l'application de cet instrument ne favorisent pas en réalité la constatation et la vérification de la justesse de l'idée de traitement juste conféré aux parties par cette Convention.

## **Conclusion générale**

Dans cette recherche portant sur “L’arbitrage commercial international et les garanties procédurales”, nous avons justifié notre hypothèse basée sur le rapprochement et l’harmonisation de la procédure d’arbitrage commercial international. En effet, l’effort de synthèse de la pratique arbitrale internationale a permis d’affirmer que la procédure arbitrale débouche de plus en plus sur le rapprochement entre traditions juridiques différentes grâce à la culture comparatiste des acteurs du procès arbitral. Ainsi, nous avons fait ressortir la nécessité de bannir la complexité et le formalisme qui obscurcissent la perception d’une bonne justice en vue de maintenir aux procédures arbitrales leur internationalité.

En conséquence, nous avons présenté la circularité des efforts d’harmonisation de la procédure d’arbitrage commercial international, qui s’explique par de nombreuses réformes législatives dans les années 80 et 90, qui ont influencé l’adoption de la *Loi-type de CNUDCI du 21 juin 1985* et du même coup par l’influence de cette Loi-type sur les réformes nationales et institutionnelles des années qui suivent 1985. Dans certains pays, la jurisprudence joue un rôle crucial dans la modernisation, dans le rapprochement et dans l’harmonisation de la procédure d’arbitrage commercial international. Aussi, les centres d’arbitrages ont-ils modernisé leurs règlements, en affirmant leur autonomie et en rapprochant leurs règles. Nous avons vérifié une sorte de convergence d’objectifs dans l’adoption des instruments juridiques d’arbitrage notamment dans le cadre des mesures d’instruction ou dans la recherche et l’administration de la preuve, dans les modes de communication des pièces et dans le déroulement du témoignage. De plus, c’est à travers l’harmonisation qu’on aboutira, à notre humble avis, aux garanties procédurales dans le cadre de l’arbitrage international. Cette pratique procédurale se conjugue avec les principes du

procès équitable, d'indépendance, d'impartialité, du respect du contradictoire et des droits de la défense. Bruno OPPETIT a en effet fait remarquer qu'

*«Ordonnées à la poursuite de fins identiques, justice étatique et justice arbitrale reposent sur un certain nombre de principes communs d'organisation et de fonctionnement : ceux que la Common Law qualifie de «justice naturelle», c'est-à-dire ceux qui transcendent tous les particularismes techniques et nationaux et en l'absence desquels on ne pourrait parler de justice. [...] En outre, arbitre comme juge étatique dégagent, quoique dans des proportions variables, leur ratio decidendi de sources identiques, qu'il s'agisse de la loi, des usages, de l'équité ou des principes généraux du droit, et supportent à un titre égal l'obligation de se conformer à l'ordre public.»<sup>560</sup>*

S'agissant de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, les arbitres n'ont aucun intérêt à produire un monstre qui fasse peur aux États au moment où l'application de la décision arbitrale est demandée. Dans ce sens, la Convention de New York, malgré son interprétation et son application divergentes par les États membres, joue un rôle fondamental. Elle exprime la volonté conjuguée des États et des institutions arbitrales internationales en vue d'harmoniser et de garantir les mécanismes d'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Au surplus, il était normal de produire une réflexion sur l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international dans une recherche du fait que la concurrence entre plusieurs lois qui ont vocation de s'appliquer par le biais de la règle de conflit de lois et l'incertitude qui en découle ne peuvent pas satisfaire les commerçants internationaux. La multiplicité de droits nationaux, des règles purement locales aussi obscures que disparates ne peuvent pas assurer la sécurité juridique dans le cadre du commerce international. Cette complication des règles de conflits de lois dans le cadre de la procédure constitue donc une entrave non négligeable à la libre circulation des investissements et aux transactions commerciales internationales et à l'exécution des sentences arbitrales internationales.

---

<sup>560</sup> B. OPPETIT «Justice étatique et justice arbitrale», dans *Études offertes à Pierre BELLET*, Paris, 1991, pp.415-426 à la p.422

De plus, malgré l'existence du droit international privé de l'État, qui s'occupe de régir les rapports à caractères internationaux entre les individus, la sécurité juridique demeure encore non assurée à cause de la diversité et de l'incertitude des règles de conflit. S'il s'agit d'une compétence de la loi étrangère, le problème se pose inévitablement sur la compréhension de cette loi étrangère.

Par ailleurs, une sentence ne constitue pas nécessairement un élément d'un simple rituel judiciaire<sup>561</sup> où les acteurs exercent un jeu de rôle comme dans un théâtre dans le but d'épater la galerie et de faire plaisir à des spectateurs. Elle accuse au contraire un caractère évidemment juridique puisqu'elle vise à appliquer le droit, mais aussi elle détient un caractère économique par le fait qu'elle peut affecter la fortune et même causer la faillite d'une entreprise, qui donne du travail ou qui paye des taxes dans un pays. Un État ne va pas accepter que se volatilise aussi facilement son économie par un document imposé par un juge extérieur à son système, peu enclin à ses problèmes sociaux et économiques. Voilà, entre autres, l'importance de la minutie avec laquelle les États analysent la possibilité d'accepter l'insertion d'une sentence arbitrale étrangère dans leur système juridique.

En revanche, l'harmonisation de la procédure arbitrale internationale est une évidence, car elle vise notamment à assurer la sécurité dans la vie juridique et à simplifier les droits.

Par ailleurs, ce mouvement d'harmonisation est loin d'être achevé ; les convergences sont encore insuffisantes. Beaucoup d'autres pratiques dans la procédure d'arbitrage commercial international sont encore restées sous les emprises des décisions et de la souveraineté de l'État et continuent de garder l'empreinte de la diversité des pratiques des grands systèmes juridiques internationaux (*Common Law* et droit civil). C'est la raison pour laquelle la richesse du débat sur les garanties procédurales à travers l'harmonisation et la prévisibilité de la procédure arbitrale commerciale

---

<sup>561</sup> Voir à ce sujet Antoine GARAPON, *L'âne portant des reliques : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, éditions Centurion, 1985

internationale nous porte à soulever plusieurs points, qui méritent de retenir l'attention des lecteurs de cette recherche. En effet, les théoriciens de l'harmonisation de la procédure arbitrale internationale font appel à la procédure des deux grands systèmes juridiques mondiaux (*Common Law* et droit civil) pour aboutir à la "communauté des règles de procédure en arbitrage". Ces chercheurs ont mis dans leur liste certains pays comme l'Angleterre, la Belgique, le Canada, les États-Unis, la France, la Suisse, etc. Cette approche fait fi de la reconnaissance de la culture juridique des peuples qui ne figurent pas dans cette liste. On peut se demander si les droits de ces pays cités peuvent traduire en réalité les aspirations, l'idéologie, les pratiques commerciales ou le sentiment de tous les peuples –au niveau juridique- du reste du monde. Ne s'agit-il pas plutôt d'un impérialisme juridique qui pourrait déboucher sur l'inefficacité de la procédure arbitrale qu'on croit, pourtant harmonisée ? Les textes sur la culture juridique<sup>562</sup> expliquent clairement l'impossibilité de globaliser le droit sans tenir compte de la diversité culturelle et nationale des acteurs du commerce international. Comme l'a précisé Katherine LYNCH,

«There is an inherent conflict between international values and universalism, on the one hand, and cultural and national diversity on the other. Which value prevail international commercial arbitration? Harmonization assumes a convergence of the "best" practice and procedure of international arbitration and tends to ignore (or discount) the persistence of the pluralism in arbitration practice and legal procedure. These assumptions may be misleading because although arbitration practice and procedure may look the same in England and France, a closer examination may reveal the existence of different processes and values (and there may much be to these differences however small). [...]The harmonization policy also underestimates the strength and the persistence of national differences and the degree of states' attachment to their own arbitration legislation and historical traditions. »<sup>563</sup>

Elle poursuit sa pensée en soutenant que

«The formal textual convergence of national arbitration law (particularly those based on the Model Law) may hide the reality of a wide divergence in actual practice or enforcement of national arbitration laws. Behavioral rules are rooted in fundamental values and beliefs and therefore it is uncommon to see widespread adoption of wholly foreign cultural approaches to the legal regulation of behavioral activities. It is not sufficient to simply make a textual comparison of

---

<sup>562</sup>Selon André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, L.G.D.J., 1993 «On peut considérer la culture juridique comme un élément de coutume d'une communauté soumise à des règles juridiques communes.»(p.139)

<sup>563</sup> K. LYNCH, *préc.*, note 7, p.259

national arbitration laws, it is also necessary to consider the supplementary textual analysis (judicial) and contextual (institutional and cultural) factors. There may be textual similarities but in practice, real contextual dissimilarities. »<sup>564</sup>

Ainsi, la reconnaissance des facteurs culturels et du contexte institutionnel de l'arbitrage pourraient mieux aider à résoudre les conflits d'interprétation et d'application des instruments juridiques visant l'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international. En effet, puisque beaucoup d'États sont socialement, culturellement, idéologiquement, technologiquement et économiquement différents, les uns par rapport aux autres, c'est naturel que leurs besoins dans la vie juridique soient aussi différents. Une même loi de procédure ne peut donc pas régir les sociétés de différent développement technologique et économique sans un consensus, qui exige des sacrifices énormes en termes de souveraineté de l'État. Dans de pareilles circonstances, -tout en reconnaissant l'existence d'un socle dans le respect de certains principes directeurs du procès dans les instruments juridiques des États - l'harmonisation du droit constitue un véritable défi à lever, car le rapprochement entre la loi du pays communiste avec celle d'un pays de démocratie libérale s'avère difficile. La mentalité dans le cadre du commerce international des citoyens des deux pays est complètement différente.

En revanche, les institutions comme l'*ONU* et la *CNUDCI* avec la *Convention de New York* ou les *Lois-modèles* constituent des moyens et lieux de dialogue entre les cultures juridiques et entre les acteurs du commerce international dans la détermination des règles de procédure, qui soient capables de transcender les querelles sur les approches procédurales devant permettre d'harmoniser la procédure arbitrale commerciale internationale et les garanties procédurales.<sup>565</sup>

---

<sup>564</sup> *Id.*, p.298

<sup>565</sup> Pour une analyse sur la globalisation du droit, voir David HELD, *Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty* (2002) 8 *Legal Theory* 1; ou Paul Schiff BERMAN, «*The Globalization of Jurisdiction*», (2002) 151 *University of Pennsylvania L. Rev.* 311



Toutefois, le rapprochement entre la *Common Law* et le droit civil peut être considéré comme un pas dans la direction de la résolution des obstacles de l'harmonisation, de la prévisibilité et de la certitude de la procédure d'arbitrage commercial international.

Enfin, il s'est avéré nécessaire de présenter le processus d'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international. Pour utile que cette recherche puisse paraître, elle ne peut pas être exhaustive, ni offrir de vérité absolue sur le sujet. Elle constitue néanmoins une réflexion personnelle et contribue au débat sur les incertitudes, l'imprévisibilité et la nécessité d'harmoniser davantage la procédure d'arbitrage commercial international, tenant compte de la richesse, de la diversité et de la contribution de chacun des systèmes juridiques.

Toutefois, le rapprochement entre la *Common Law* et le droit civil peut être considéré comme un pas dans la direction de la résolution des obstacles de l'harmonisation, de la prévisibilité et de la certitude de la procédure d'arbitrage commercial international.

Enfin, il s'est avéré nécessaire de présenter le processus d'harmonisation de la procédure d'arbitrage commercial international. Pour utile que cette recherche puisse paraître, elle ne peut pas être exhaustive, ni offrir de vérité absolue sur le sujet. Elle constitue néanmoins une réflexion personnelle et contribue au débat sur les incertitudes, l'imprévisibilité et la nécessité d'harmoniser davantage la procédure d'arbitrage commercial international, tenant compte de la richesse, de la diversité et de la contribution de chacun des systèmes juridiques.

## BIBLIOGRAPHIE

### Monographies

- ANTAKI, N. et A. PRUJINER, *Actes du 1<sup>er</sup> Colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, éditions Wilson & Lafleur, 1986
- ANTAKI, N., *Les modes alternatifs de règlement de litiges*, Cowansville, Québec, éditions Yvon Blais, 1998
- ANTAKI, N. et E. S. DARANKOUM, *La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage Collectif*, (Les journées Maximilien –Caron 2006), Montréal, éditions Thémis, 2007
- ARNAUD, A.-J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J., 1993
- BACHAND, F., *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Paris, L.G.D.J., 2005
- BÉGUIN, J., *L'arbitrage commercial international*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987
- BERG, A. J. V. d., *the New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Denventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1981
- BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage*, éd. Gide, Loyrette, Nouel, Paris, 1983
- BOISSÉSON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, éditions GLN Joly, 1990
- BUCHER, A., *Le nouvel arbitrage en Suisse*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Coll. Helbing et Lichtenhahn, 1988
- CAMBACAU, Jean et Serge SUR, *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 5<sup>e</sup> éd., 2001
- CRAIG, W. L., W. W. PARK et Jan PAULSSON, *International Chamber of commerce arbitration*, Oceana publications 3<sup>rd</sup> édition, 2000
- CREPIN, S., *Les sentences arbitrales devant le juge français. Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, Préface de Philippe FOUCHARD, Paris, L.G.D.J. 1995
- DIPLA, H., *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme –Problèmes d'imputation*, Paris, éditions Pedone, 1994

- FERLAND, D. et B. EMERY, *Témoignages au Québec, Précis de procédure civile du Québec*, Volume 1, 4e édition, 2003
- FOUCHARD P., E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage international*, Paris, Éditions Litec, 1996, p.709
- GAGNON, J. D. «*La convention d'arbitrage* », dans Denys-Claude Lamontagne (dir), *Droit spécialisé des contrats, Volume 2 : Les contrats relatifs à l'entreprise*, Cowansville, Québec, éditions Yvon Blais, 1999
- GARAPON, A., *L'âne portant des reliques : Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, éditions Centurion, 1985
- GLENN, H.P., dir. *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 1993
- GOLSTEIN, G. et É. GROFFIER, *Traité de droit civil- droit international privé*, éditions Yvon Blais, 2003
- GUINCHARD, S., *Traité de droit processuel. Droit commun du procès et droit comparé du procès*, Dalloz, Paris, 2è édition, 2003
- HENRY, M., *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Paris, L.G.D.J. 2001
- KASSIS, A., *L'autonomie de l'arbitrage commercial international- Le droit français en question*, L'Harmattan, 2005, l'introduction et la préface de Paul LAGARDE
- JACQUET, J.-M. et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, 3è édition Dalloz, 1997
- LALIVE, P., J.- F. POUDRET et C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989
- LECUYER, S., *Appréciation critique du droit international privé conventionnel: pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, L.G.D.J., 2007
- LÉVY-BRUHL, H., *La preuve judiciaire – Étude sociologique*, Paris, éditions Marcel Rivière et cie, 1964
- LOQUIN, É. et C. KESSEDJIAN, (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, Vol.19.
- LYNCH, K., *The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regimes of International Arbitration*, The Hague, Kluwer, 2003
- MALAURIE, Philippe, *loi uniforme et conflits de lois*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1964-1966

- MINIATO, L., *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, L.G.D.J., 2008
- Motulsky, H., *Écrits*, « la nature de l'arbitrage », II, 5, Paris, Dalloz, 1974
- Mustil and Boyd, *Commercial Arbitration*, Butterworths, 1988
- NAVARRO, J.-L. et G. LEFEBVRE, *L'acculturation juridique en droits des affaires*, Montréal, éditions Thémis, 2007
- OPPETIT, B., *Droit et modernité*, PUF, 1998
- OPPETIT, B., *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1999
- PETITI, E. et E. DECAUX et Pierre Henri IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme- Commentaire article par article* (Préface de Pierre Henri TEITGEN), éd. Economica, Paris, 1995
- POUDRET, J.-F. et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 2002
- QUILLERE-MAJZOUB, F., *La défense du droit à un procès équitable*, Préface Edmond PETITI, Bruxelles, Bruylant, 1999
- RACINE, J.-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, L.G.D.J., 1999
- REDFERN, A. et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2ème éditions L.G.D.J., 1994
- ROBERT, J., *Arbitrage civil et commercial en droit interne et international privé, suivi de formules pratiques*, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 1967
- ROETS, D., *Impartialité et justice pénale*, Paris, Cujas, 1997
- SAINT-LOUIS, S., *L'élaboration des règles de preuve et de procédure au niveau des tribunaux pénaux internationaux dans le contexte de la diversité des systèmes juridiques nationaux : le cas du oui-dire.*, mémoire de maîtrise présenté à l'Université du Québec à Montréal (UQÀM), Mars 2006
- SANDERS, P., *Quo Vadis Arbitration*, Kluwer, 1999
- SAVIGNY, F. K. V., *Traité de droit romain*, trad. Ch. GUENOUX, Tome I, Paris, 1855
- SOLUS, H. et R. PERROT, *droit judiciaire privé : Procédure de première instance*, Paris, éditions Sirey, 1991, Tome 3
- THUILLEAUX, S., *L'arbitrage commercial au Québec : droit interne- droit international privé*, Cowansville, Québec, éditions Yvon Blais, 1991, préface d'A.L.C. De MESTRAL

VATTEL, É., *Le droit des gens, ou Principe de la loi naturelle*, Lyon, Robert et Gauthier, 1802, t.II

**Articles de revues et d'ouvrages collectifs**

ADAMS, Ch. et V. LIBORIO, «L'exequatur des sentences aux États-Unis», (2004) 131-4 *J.D.I.*, 1165

ADELMANN, K. H., «Méthodes d'unification du droit international privé. La législation uniforme et les conventions internationales», (1958) *Rev. crit. DIP.*37

Antaki, N. N., «L'arbitrage collectif : pourquoi pas ?» dans Nabil ANTAKI et Emmanuel DARANKOUM, *La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, (Les journées Maximilien –Caron 2006), Montréal, éditions Thémis, 2007

Annuaire de l'Institut de droit international (1990) 63-II, Pedone

BELLEAU, Ch., « Les règles générales de la procédure civile québécoise et le déroulement de la demande en justice en première instance - Les principes d'interprétation, les concepts généraux et les règles fondamentales», dans S.F.PB.Q., Barreau du Québec, vol. 2, *Preuve et procédure*, EYB2007CDD1, Collection de droit 2007-2008, 2007,

BÖCKSTIEGEL, K.-H., «Perspectives of Future Development in International Arbitration» (2004), *Juris Publishing*, Newman, Lawrence W., Jill, Richard D. (Ed.), 495

BOUCHE, N., «L'indépendance de l'arbitre et les moyens de les garantir», dans Alexis Moure (dir.), *Les cahiers de l'arbitrage*, Paris, *Gazette du palais*, 2002

BRIERLY, J. E.C., « Une nouvelle loi pour le Québec en matière d'arbitrage» (1987) ,47 *R.du B.* 259

BUDIN, R., «La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international»(1988), *Rev. Arb.* 51

CARBONNEAU, TH. B. « L'arbitrage en droit américain»(1988), *Rev. arb.* 1988

CAYLA, O., «Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit», dans *Le Conseil constitutionnel a 40 ans, Colloque 27 et 28 oct. 1998*, Paris, L.G.D.J., 1999, p.106

CLAY, Th., «Présentation des règles de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage commercial international»(2004) *Rev.arb.* 991

CLAY, Th., « La Convention de New York vue par la doctrine française »(2008) ,26-3 *ASA Bulletin* 475

COHEN, D., «Droit au procès équitable» dans D. Cohen, *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. Terré, Paris, Dalloz, Litec, PUF, 1999

- CORNU, G., «Les principes directeurs du processus par eux-mêmes (Fragment d'un état des questions), dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, éd. Litec 1991
- DARANKOUM, E. S., L'arbitrage dans les échanges internationaux, dans Guy Lefebvre et Stéphane Rousseau (dir.), *Introduction au droit des affaires*. Centre de droit des affaires et du commerce international, Montréal, éditions Thémis, 2006
- DARANKOUM, E.S., «L'influence des normes transnationales et étrangères sur le droit québécois de l'arbitrage commercial international», dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE, *L'acculturation juridique en droits des affaires*, Montréal, éditions Thémis, 2007
- DASHPANDE, V.S., «Jurisdiction over 'Foreign' and Domestic' Awards in the New York Convention, 1958» (1993)7 *Arb. Int'l* 123
- DELMAS-MARTY, Mireille, La pénalisation internationale des activités économiques : Un espace à géographie variable»p.401
- DENOIX DE SAINT-MARC, V., « La réforme du droit allemand de l'arbitrage», dans Alexis MOURRE (dir.), *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Vol. I, éditions Gazette du Palais, 2006
- DERAINS, Y., «La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international»(2004) 4 *Rev. arb.*781
- FERLAND, D. et Benoît Emery , «De l'audition des témoins» dans *Témoignages au Québec, Précis de procédure civile du Québec, Volume 1 (Art. 1-481 C.p.c.)*, 4e édition, 2003,p.7; EYB 1988-62990EYB 1990-83699 MIUF - 12 , [1988] R.D.J. 455 (C.S.)
- FLAUSS, J.-F., «L'application de l'art.6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales»(1986)2 *Gaz. Pal.* 407
- FOUCHARD, Ph., «La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international»(1987)4 *Clunet* 861
- FOUCHARD, Ph., « Où va l'arbitrage international»(1989)34, *Revue de droit de McGill*, 435
- FOUCHARD, Ph., «Observations relatives à la liste CNUDCI des questions sur l'organisation de la procédure arbitrale»(1998), *Rev. Arb* 273
- FOUCHARD, Ph., «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales»(1998)4 *rev. arb.*653
- FOUCHARD, Ph., «La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001»(2001)3 *Rev. Arb.* 397

- FRISON-ROCHE, M. A., « L'impartialité du juge », Dalloz, Chron., 1999
- GAILLARD, E., « La question des facteurs de développement de l'arbitrage international et la diffusion de cette approche française » dans *L'arbitrage des conflits commerciaux en France et aux Etats-Unis* (LPA : Les petites affiches), 13 décembre 2007 n° 249, disponible en ligne < Voir [lextenso.fr](http://lextenso.fr) >, consulté le 30 mai 2009
- GANSHOP, W.-J. et V. D. MEERSCH, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? » dans *Les droits de L'homme en droit interne et en droit international*, Bruxelles, 1968, p.155
- GOFF, R., « La présentation de la preuve en droit anglais » (1974) *Rev. Arb.* 125
- GOLDMAN, B., « Instance judiciaire et instance arbitrale internationale » dans *Études offertes à Pierre BELLET*, Paris, Litec, 1991
- GOUTTES, R. DE, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », R.S.C., n°1, 2003.63
- GUILLEMARD, S., « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen », (2004) 8 *E.J.C.L.*, disponible sur internet < <http://www.ejcl.org/82/abs82-1.html> >, (consulté le 30 mai 2009)
- GUINCHARD, S., « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996) » (1997) 2 *Rev. arb.* 185
- HANOTIAU, B. et G. Block, « La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l'arbitrage » (1998), ASA Bulletin 528
- HANOTIAU, B., « Développements récents – législatifs et jurisprudentiels – en matière d'arbitrage commercial en Belgique », dans Alexis MOURRE (dir.), *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Vol. I, 2006.165
- HANOTIAU, B. and Olivier Caprasse, Arbitrability, « Due Process, and Public Policy under Article V of the New York Convention », *Belgian and French Perspectives*, 25(6) (2008) *Journal of International Arbitration, Netherlands, Kluwer aw International*, 721
- HASCHER, D., « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international » (1999), 279 R.C.A.D.I. 52
- HOLTZMANN, H., « A task for the 21st century: creating a new international Court for resolving disputes on the enforceability of arbitral awards », *The Internationalization of International Arbitration*, Éditions Graham and Trotman Dordrecht, 1995.
- HOLZMAN, M., « Arbitrages et procédure judiciaire en Common Law » (1974) *Rev. Arb.*, 133.



- HORSMANS, G. «La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage (1999) Rev. arb. 475
- HOUTTE, H.V. «La mondialisation substantielle », dans Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN, (dir.) dans *La mondialisation du droit*, Vol.19, Paris, Litec, 2000
- ILA, «International Commercial Arbitration, Final Report in lis pendens in Arbitration», Toronto, 2006.
- En ligne <  
<http://www.google.ca/search?source=ig&hl=en&rlz=&q=Litispence%2C+connexit%C3%A9+et+chose+jug%C3%A9+dans+l%27arbitrage+international%E2%80%9D%2C+&btnG=Google+Search&meta=lr%3D>> (consulté le 30 mai 2009)
- ILLMER, Martin and Ben Steinbrück, « U.S. Discovery and Foreign Private Arbitration: The Foreign Lawyer's Perspective U.S. Discovery and Foreign Private Arbitration», 2008, *Netherlands, Kluwer Law International*, 329
- JEAMMAUD, A. ,«Unification, uniformisation ,harmonisation : de quoi s'agit-il ?», dans F. Osman (dir.), *Vers un code européen de consommation-codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998
- JARROSSON, Ch., «L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme»(1989) *Rev. arb.*573
- JARVIN, S., «La loi-type de la CNUDCI sur l'Arbitrage Commercial International» (1986) *Rev. arb.* 509
- JOELSON, M. R. « The Interplay of International, Federal and State Law in US Arbitration» (2007) 24-4 *J.Int'l Arb.*, *Netherlands,Kluwer Law International*, 379
- JOLY, F., «Le règlement d'arbitrage international de l'association américaine d'arbitrage»(1993) *Rev. arb.*401
- Kassis, A., «L'arbitre, les conflits de lois et la *lex mercatoria*», dans ANTAKI et Alain PRUJINER, *Actes du 1<sup>er</sup> Colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, éditions Wilson & Lafleur, 1986
- KAUFMAN-KOHLER, G., «Globalization in Arbitration Procedure» (2003) 36 *Vanderbilt Journal Transnational Law* 1313
- KESSEDJIAN, C., «Le principe de la contradiction et l'arbitrage»(1995)3 *Rev. arb.* 381  
 ..... , .....« En revenant de Dublin- L'éventuelle réforme de la Convention de New York»(2008), 26-3 *ASA Bulletin* 644
- KEUTGEN, G, «La nouvelle loi belge sur l'arbitrage»(1998), *Journal des tribunaux*, 761

- KOCH, Ch., «The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin *The French and U.S. Experience*», *Journal of International Arbitration* 26(2)(2009), *Netherlands, Kluwer Law International* 267
- KÜHN, W., «Current Issues on the Application of the New York Convention. A German Perspective», *Journal of International Arbitration*(2008) 25(6), *Netherlands, Kluwer Law International* 743
- LALIVE, P., «L'importance de l'arbitrage commercial international», dans ANTAKI et Alain PRUJINER, *Actes du 1<sup>er</sup> Colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, éditions Wilson & Lafleur, 1986
- LALIVE, P., «The new Suisse Law on International Arbitration»(1988), *Int'l Arb.* 2
- LALIVE, P., et E. GAILLARD, Le nouveau droit de l'arbitrage en Suisse»(1989), *JDI Clunet* 933
- LAMBERT, P., «Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme» dans *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques VÉLU*, T. 2<sup>ème</sup>, Bruxelles, éditions Bruylant, 1992
- LAMBERT, P., «L'article et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.» dans Alessandra Gambi-Fabre BULLE (dir.), *L'arbitrage et la Convention européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2001
- LAURENT, B., «Réflexion sur l'efficacité internationale des sentences arbitrales» (1996), *Trav. Com. fr. DIP 1993-1995*
- LECUYER, Ch., «Les nouvelles lois des États américains sur l'arbitrage»(1989), *Rev. arb.* 43
- Lord Mustill, «La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : philosophie, inspiration, aspiration»(1997) 1 *Rev. arb* 29
- LOTBINIÈRE MCDOUGALL, A. et N. BOUCHARDIE : «L'arbitrage international et la preuve documentaire»(2008)4*R.D.A.I.* 511
- LURIE, P. - M., «Recent Revisions to the Uniform Arbitration Act in the United States» (2001) 18-2 *J. Int'l Arb.*4
- MALAURIE, Ph., «loi uniforme et conflits de lois», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1964-1966
- MARQUIS, L., «La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois» (1991-1992) ,37 *R.D.McGill* 448
- MARQUIS, L., «Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel», dans H.P.

- Glenn, (dir.) *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Québec, éditions Yvon Blais, 1993
- MARSEILLE, Cl. « L'arbitrage et les recours collectifs au Québec : où en sommes-nous? » (2006), dans *S.F.C.BQ*, Barreau du Québec, *Développements récents sur les recours Collectifs*, éditions Yvon Blais, 2006
- MATRAY, L., « Quelques problèmes de l'arbitrage commercial international » dans *L'arbitrage, Travaux offerts au professeur FETTWEIS*, Éditions Story- Scientia, Bruxelles, 1999
- MATSSCHER, F., « L'arbitrage et la Convention », dans Edmond PETITI, Emmanuel DECAUX et Pierre Henri IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme- Commentaire article par article*, Préface de Pierre Henri TEITGEN, éd. Economica, Paris, 1995
- MENDES, Ph., Canada: A New Forum to Develop the Cultural Psychology of International Commercial Arbitration, (1986/19987) *J. Int'l Arb.* 71
- MOURRE, A., « Réflexions sur quelques aspect du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1998 et du 20 février 2001 de la Cour de Cassation française » dans Alessandra Gambi-Fabre BULLE (dir.), *L'arbitrage et la Convention européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2001
- NEDJAR, L. A., « L'exécution des sentences arbitrales aux États-Unis » (1993) *Rev. Arb* 13
- NIBOYET, J.-P., « *L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de territorialité ?* » (1950), *Rev. critique* 506
- ONDO, Téléphore, « La protection de l'accusé devant les juridictions pénales internationales » (2007) 73 *Rev. trim. dr.h.* 87
- OPPETIT, B., « Justice étatique et justice arbitrale », dans *Études offertes à Pierre BELLET*, Paris, 1991
- PAULSSON, Jan, « L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain » (1998) 4 *Rev. arb.* 637
- POPESCU, T., « Commentaire de l'intervention de Antoine KASSIS sur L'arbitrage, les conflits de lois et la *lex mercatoria* », dans ANTAKI et Alain PRUJINER, *Actes du 1<sup>er</sup> Colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, éditions Wilson & Lafleur, 1986
- PRADEL, J. « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français » (1990), *R.S.C.* 693
- PRUJINER, A., « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », (1987) 3 *Rev. Arb.* 425

- RENÉ, D., « L'unification internationale du droit privé »(1928), *RTD. Civ.*11
- REYMOND,C., «L'Arbitration Act, 1996 : convergence et originalité»(1997) *Rev. arb.* 45
- SANDERS, Pieter, «The making of the Convention» dans *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention, Experience and Prospects*, United Nations, New York, United Nations Publications, ISBN 92-1-133609-0, Sales N0. E.99. V.2), 1992
- SUTTON, D., « Discovery and production of evidence in international proceedings: the US and England distinguished» dans *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales commerciales internationales*, ICC/Dossier de l'Institut, n° 8, 1989
- TALLON, D., « L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et de la Common Law»,*RIDC* 1990. 513
- THIBAUT, J., «Le centre d'arbitrage commercial national et international du Québec et son règlement général d'arbitrage commercial»(1994) *Rev. Arb.* 69
- THIERRY, J., «L'exécution des sentences arbitrales : éléments de droit comparé»(1983) *Rev. arb.* 424
- THORENS, J., «L'arbitrage international : un point de rencontre des traditions de droit civil et de la Common Law», dans *études de Droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993
- TSCHANZ, P. Y., «Indépendance des arbitres en droit suisse» *Rev. arb* 2000, p.523
- VASSARDANIS, I., Les directives de l'international Bar Association sur l'impartialité, l'indépendance et la révélation en matière d'arbitrage international»(2002) dans Alexis MOURRE (dir.), *Les Cahiers de l'arbitrage*, Vol.3, Gazette du Palais, 2006
- VEEDER QC, V.V., «La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : la naissance d'un magnifique éléphant»(1997)1 *Rev. Arb* 3
- VEN DEN BERG, A.J., «L'exécution de la sentence arbitrale en dépit de son annulation ?», *Bull. CCI* 1998, Vol.9-2, p15-21
- VOSER, N., « Harmonization by Promulgating Rules of Best International Practice in International Arbitration» (2005), 3 *German Arb. J.* 115
- VOSER, N., «Best Practice in International Arbitration. Best Practices: What has been achieved and what remains to be done», *Bulletin ASA*, vol.26, p.1, Supplément spécial, 2006

### **Instruments juridiques internationaux, nationaux et institutionnels**

AAA's Commercial Arbitration Rules, modifié en 1988, en ligne  
 <<http://www.imhoos-law.ch/doc/RCCI98.pdf>>, (Consulté le 30 mai 2009)

*Arbitration Act 1979*, ILM 1979, p.1248, Yb.Com.Arb. 1980, p.239, Rev Arb.1979, p.516

*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12

*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 décembre 1958, en ligne < [www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII1f.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII1f.pdf) >, (consulté le 10 mars 2009) [Convention de New York]

*Déclaration universelle des droits de l'homme* (DUDH), A/RES/217 A (III), Doc. off. A.G.N.U., 3e sess., suppl. n° 13, p.17, Doc. N.U. A/180 (1948)

*Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 avec les amendements adoptés en 2006*, Doc. Off. A.G.N.U. 40<sup>e</sup> sess.suppl. n° 17(A/40/17)annexe 1,61<sup>e</sup> sess. suppl.n° 17(A/6117)

*Décret suisse sur l'arbitrage de 2006*, en ligne < [www.swissarbitration.ch](http://www.swissarbitration.ch) >, (consulté le 30 mai 2009)

*Décret du 12 mai 1981 (complétant le nouveau Code de procédure civile français par les art. 1492 à 1502, Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 Journal Officiel du 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981*

*Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C., adopté le 12 février 1925 (43 Stat. 883)

*Code de procédure civile allemand*, en ligne

<[http://www.zivilprozessordnung.ch/uploads/Commentary\\_New\\_IBA\\_Rules\\_of\\_Evidence.pdf](http://www.zivilprozessordnung.ch/uploads/Commentary_New_IBA_Rules_of_Evidence.pdf)>, (Consulté le 30 avril 2009)

*IBA (International Bar Association), Rules of taking of evidence*, 1999

*ICC (International Court of Arbitration)*, Bulletin 2008 ; en ligne< <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id18648/index.html>>, (consulté le 10 mars 2009)

*Loi-type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, 21 juin 1985, (1985) XVI CNUDCI, Annuaire 401-414, Doc. N.U. A/40/17, annexe 1,409

*Loi fédérale (canadienne) sur l'arbitrage international*, S.C., 1986, c.21, art.5

*Loi modificatrice du Code civil et du Code de procédure civile du Québec*, L.Q. 1986, ch.73 (Projet de loi 1991)

*Loi belge du 19 mai 1998*, Moniteur belge du 7 août 1998

*Loi du 15 mai 2001*, (2001), JO du 16 mai 2001. 7776 (France)

*OHADA (Organisation d'harmonisation du droit des affaires en Afrique)* signée à Port-Louis (Ile Maurice), lie aujourd'hui 16 États ; - entrée en vigueur en 1995, J.O.Ohada du 1<sup>er</sup> novembre 1997

*Principes fondamentaux relatives à l'indépendance de la magistrature, adoptés par le septième Congrès des nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants*, tenu à Milan (Italie) du 26 août au 6 septembre 1985, et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 septembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985

*Règlement du CIRDI* ; en ligne « <http://www.worldbank.org/icsid> », (consulté le 30 mai 2009)

*Règlement d'arbitrage de la CCI*, en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1998, barème des frais en vigueur à dater du 1<sup>er</sup> janvier 2008, ICC 1/2008

*Revised Uniform Arbitration Act*, 16 March 2000, ; en ligne  
< <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm> > (consulté le 30 mai 2009)

## **Jurisprudences**

### *Jurisprudences européenne et française*

Civ. 2e, 20 fév.1974, Forges et Ateliers Commoutry Oissel et autres c. Hydrocarbon Engineering et autres, *Rev. arb.* 1975, p.238 ;

Civ.1<sup>ère</sup> 9 oct. 1984, Sté Pabalk Ticaret Sireketi c/ Sté Norsolor, *Rev. arb.* 1985. 431. Goldman

Civ.1<sup>ère</sup> 10 mars 1993, Sté Polish Linkers c. Sté Jolasry, *Rev.arb.*1993. 258, note Hascher.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1994, Hilmarton avec note B. Oppetit

Civ. 29 juin 2007, Putrabali

Civ. 2e, 31 mars 1978, société Métal Profil c. Société Intercraft, *Rev. arb.* 1979, p.457, note Ph. Fouchard

*Ipco (Nigeria) Ltd. v. Nigerian National Petroleum Corp.*, [2008] EWCA (Civ) 1157( Angleterre)

*Soleh Boneh v. Uganda Government* [1993] 2 Lloyds Rep. 208( Angleterre)

Federal Supreme Court (BGH), February 1, 2001, III ZR 332/99, 712–14; 29 Y.B. Com. Arb. Germany , No. 60 (2004)

*Jurisprudences américaine, canadienne et québécoise*

- Allied Bruce Terminix Cos. v. Dobson*, 513 U.S. 265 (1995)
- Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, Second Circuit, 1999. 191 F.3d 194
- Chromalloy Aeroservices c Rép. Arabe d’Egypte*, US District Court of Columbia, 31 juillet 1996, Rev. Arb. 1997. 339
- Coderre c. Coderre*, [2008] 5 R.J.Q. 1245 (COUR D’APPEL du Québec)
- Commission scolaire Crie (The Cree School Board) c. Fortier*, [1997] R.J.Q. 1625, RJEB 1997-00757
- Condominium Mont-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1980] R.J.Q.
- Doctor's Associates Inc. et al. c. Casarotto et ux.*, 517 U.S. 681 (1996) ;
- Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991)
- International Shoe Co. v. State of Washington* 326 US 310(1945)
- Liger c. Alpha Lancia* ,(1989) Rev. arb.505
- Monégasque de Réassurances SAM v. Nak Naftogaz de Ukraine*, 158 F.Supp. 2d 377,2001 US. Dist. LEXIS 13512(SDNY 2001),
- Singh et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177
- Société Arabian Construction c. Société SAIPEM*, 30 mai 1996, 4 Rev. Arb. 1996, note Dominique Bureau ;
- Sport Maska Inc. C. Zittner*, [1988] 1 R.C.S. 581
- Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. L'Université du Québec à Trois-Rivières*, [1993]1 R.C.S. 471, EYB 1993-67868
- Transatlantic Bulk Shipping v. Saudi Chartering,SA*,622F. Supp.25 (SDNY 1985)
- Viking Insurance Co. v. Rossdale*, [2002] 1 Lloyd’s Rep. 219.,par. 20
- Zodiac International Productions Inc. c. Polish People’s Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529

## Arrêts commentés

- BANDRAC, M., «L'irrecevabilité devant le juge d'annulation des moyens non invoqués devant l'arbitre», note sous Cass.civ. 2è, 11 juillet et 21 novembre 2002, juillet et 20 novembre 2003, *Rev. Arb.*, 2004. 283
- BOLARD, G., «Le principe de la contradiction dans l'instance arbitrale», note sous Paris.1<sup>ère</sup> Ch. C., 25 novembre 1997, *Rev. Arb.* 1998, p. 684
- BUREAU, D., « Dépassement de leur mission par les arbitres et non-respect du principe de la contradiction», note sous Paris, 1<sup>ère</sup> Ch. C., 11 avril 1996, *Rev. Arb.* 1996, p.645
- BROZOLO, Luca Radicati Di et Alexis Mourre( Commentaires de), La Belgique - Jugement du tribunal de Première instance de Bruxelles du 8 mars 2007 entre Société SNF SAS c/ Société Cytéc Industrie) *Rev Arb.* (2007)2, 303
- FOUCHARD, Ph., «Les limites de l'intervention du juge d'appui dans l'arbitrage international», note sous Trib. gr. Inst. Paris, jug. (ord réf.), 18 janvier 1991 et 15 février 1996
- FOUCHARD, Ph., «L'étendue de la responsabilité contractuelle de l'arbitre», note sous Paris, 1<sup>ère</sup> Ch. C, 12 octobre 1995, *Rev. Arb.* 1999, p.324
- FOUCHARD, Ph., «L'ordre public processuel dans la Convention de New York et l'article 1502-5 NCPC», notes sous Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 mars 1998, *Rev. Arb* 1999, p.255.
- GAILLARD, E., Refus d'exécution aux États-Unis de sentences annulées dans l'État d'origine, notes sous Cor d'appel des Etats-Unis,2è circuit, 12 août 1999, *Rev. Arb* 2000, p.135
- GRANDJEAN, Ph., « L'indépendance de l'arbitre : éléments de déontologie», note sous Paris, 1<sup>ère</sup> Ch. C, 28 octobre et 30 novembre 1999, *Rev. Arb.* 2000, p.299
- HORRY, A., « Compétence et sanction de l'incompétence du juge de l'exequatur des sentences arbitrales internationales», note sous Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 1994, *Rev Arb.* 400
- HORRY, A., «L'admission en appel contre l'ordonnance du juge d'appui affectée de vice grossier», note sous Paris, 1<sup>ère</sup> Ch., C, 19 décembre 1995, *Rev. Arb* 1996, p.110
- HORRY, A., « La sanction immédiate ou différée de la constitution irrégulière du tribunal arbitral», note sous Cass. Civ. 2è, 18 décembre 1996 et Versailles, 12 è., novembre 1996, *Rev. Arb* 1998, p.361
- HORRY, A., «Liberté des parties et dispositions impératives du NCPC relatives à la constitution du tribunal arbitrage», note sous Cass. Civ. 2è, 8 avril 1998, *Rev arb.* 1999, p.593
- IDOT, L., « L'appréciation de l'ordre public international aux fins d'exécution de la sentence», note sous Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 1991, *Rev. Arb.* 1992, p.76



LEVEL, P., «La compétence territoriale du juge de l'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger», note sous Paris 1<sup>ère</sup> Ch. C., 10 juillet 1992, Rev. Arb 1994, p.142

LOQUIN, É., «Le principe d'égalité entre les parties dans la constitution du tribunal d'arbitrage», note sous Rouen, (2<sup>e</sup> Ch. Civ.) 3 octobre 1996 ; Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1999 ; trib. gr. Inst. De Paris, (ord. Réf.), 7 décembre 1994, Rev. Arb 2000. 116

MOREAU, B., «La signification des sentences arbitrales», note sous cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 15 février 1995, Rev. Arb 1996, p.223

PELLERIN, J., «La saisine de la Cour après annulation de la sentence»(2005) Rev. Arb. 761, note sous Paris, 1<sup>ère</sup> Ch. Civ., 21 avril 2005.

RACINE, J.-B., «La validité d'une sentence ne comportant pas de dispositif, note sous Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 25 mars 1999, Rev. Arb. 1999, p.311

## **Annexe 1**

### **Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangère faite à New York, le 10 juin 1958**

#### **Article premier**

1. La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

2. On entend par "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.

3. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.

#### **Article II**

1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

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

3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

#### **Article III**

Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où

la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

#### **Article IV**

1. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande :

- a) L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité;
- b) L'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

2. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence aura à produire une traduction de ces pièces dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire.

#### **Article V**

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :

- a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
- b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou
- c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou
- d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :

a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou

b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

#### **Article VI**

Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1, e, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

#### **Article VII**

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

2. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage [2] et la Convention de Genève de 1927[3] pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères cesseront de produire leurs effets entre les États contractants du jour, et dans la mesure, où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention.

#### **Article VIII**

1. La présente Convention est ouverte jusqu'au 31 décembre 1958 à la signature de tout État Membre des Nations Unies, ainsi que de tout autre État qui est, ou deviendra par la suite, membre d'une ou plusieurs institutions spécialisées des Nations Unies ou partie au Statut de la Cour internationale de Justice, ou qui aura été invité par l'Assemblée générale des Nations Unies.

2. La présente Convention doit être ratifiée et les instruments de ratification déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

#### **Article IX**

1. Tous les États visés à l'article VIII peuvent adhérer à la présente Convention.

2. L'adhésion se fera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

#### **Article X**

1. Tout État pourra, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration produira ses effets au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État.

2. Par la suite, toute extension de cette nature se fera par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et produira ses effets à partir du quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification, ou à la date d'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État si cette dernière date est postérieure.

3. En ce qui concerne les territoires auxquels la présente Convention ne s'applique pas à la date de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, chaque État intéressé examinera la possibilité de prendre les mesures voulues pour étendre la Convention à ces territoires, sous réserve le cas échéant, lorsque des motifs constitutionnels l'exigeront, de l'assentiment des gouvernements de ces territoires.

#### **Article XI**

Les dispositions ci-après s'appliqueront aux États fédératifs ou non unitaires :

a) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative du pouvoir fédéral, les obligations du gouvernement fédéral seront les mêmes que celles des États contractants qui ne sont pas des États fédératifs;

b) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des États ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États ou provinces constituants;

c) Un État fédératif Partie à la présente Convention communiquera, à la demande de tout autre État contractant qui lui aura été transmise par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes, en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.

## **Article XII**

1. La présente Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion.
2. Pour chacun des États qui ratifieront la Convention ou y adhéreront après le dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion, elle entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion.

## **Article XIII**

1. Tout État contractant pourra dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prendra effet un an après la date où le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification.
2. Tout État qui aura fait une déclaration ou une notification conformément à l'article X pourra notifier ultérieurement au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies que la Convention cessera de s'appliquer au territoire en question un an après la date à laquelle le Secrétaire général aura reçu cette notification.
3. La présente Convention demeurera applicable aux sentences arbitrales au sujet desquelles une procédure de reconnaissance ou d'exécution aura été entamée avant l'entrée en vigueur de la dénonciation.

## **Article XIV**

Un État contractant ne peut se réclamer des dispositions de la présente Convention contre d'autres États contractants que dans la mesure où il est lui-même tenu d'appliquer cette convention.

## **Article XV**

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies notifiera à tous les États visés à l'article VIII :

- a) Les signatures et ratifications visées à l'article VIII;
- b) Les adhésions visées à l'article IX;
- c) Les déclarations et notifications visées aux articles premier, X et XI;
- d) La date où la présente Convention entrera en vigueur, en application de l'article XII;
- e) Les dénonciations et notifications visées à l'article XIII.

## Article XVI

1. La présente Convention, dont les textes anglais, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposée dans les archives de l'Organisation des Nations Unies.
2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies remettra une copie certifiée conforme de la présente Convention aux États visés à l'article VIII.

---

[1] Conformément à son article XII, la Convention est entrée en vigueur le 7 juin 1959, le quatre-vingt-dixième jour suivant la date du dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Les États ci-après ont déposé leurs instruments de ratification ou d'adhésion (a) aux dates indiquées ci-dessous :

Israël . . . . . 5 janvier 1959  
Maroc . . . . . 12 février 1959(a)  
République arabe unie . . . . . 9 mars 1959 (a)

Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 122, p. 346; vol. 134, p. 402; vol. 269, p. 384, et vol. 325.

## Parties à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ci-après la Convention de New York

### A

Afghanistan ; Afrique du Sud ; Albanie ; Algérie ; Allemagne ; Antigua-et-Barbuda ;  
Arabie saoudite ; Argentine ; Australie ; Autriche ; Azerbaïdjan

### B

Bahamas ; Bahreïn ; Bangladesh ; Barbade ; Bélarusse ; Belgique ; Bénin ; Bolivie ;  
Bosnie-Herzégovine ; Botswana ; Brésil ; Brunei Darussalam ; Bulgarie ; Burkina Faso

### C

Cambodge ; Cameroun ; Canada ; Chili ; Chine ; Chypre ; Colombie ; Costa Rica ; Côte d'Ivoire ;  
Croatie ; Cuba

### D

Danemark ; Djibouti ; Domíniqne

## **E**

Égypte ; El Salvador ; Emirats arabes unis ; Équateur ; Espagne ; Estonie ; États-Unis d'Amérique ; Ex-République yougoslave de Macédoine ;

## **F**

Fédération de Russie ; Finlande ; France

## **G**

Gabon , Géorgie ; Ghana ; Grèce ; Guatemala ; Guinée

## **H**

Haïti , Honduras ; Hongrie

## **I**

Îles Marshall ; Inde ; Indonésie ; Iran ; Irlande ; Islande ; Israël ; Italie

## **J**

Jamaïque ; Japon ; Jordanie

## **K**

Kazakhstan ; Kenya ; Kirghizistan ; Koweït

## **L**

Lesotho ; Lettonie ; Liban ; Libéria Lituanie ; Luxembourg

## **M**

Madagascar ; Malaisie ; Mali ; Malte ; Maroc ; Maurice ; Mauritanie ; Mexique ; Moldavie ; Monaco ; Mongolie ; Mozambique

## **N**

Népal ; Nicaragua ; Niger ; Nigéria ; Norvège ; Nouvelle-Zélande

## **O**

Oman ; Ouganda ; Ouzbékistan



## **P**

Pakistan ; Panama ; Paraguay ; Pays-Bas ; Pérou ; Philippines ; Pologne ; Portugal

## **Q**

Qatar

## **R**

République arabe syrienne ; République centrafricaine ; République démocratique populaire laos ; République de Corée ; République de Moldova ; République dominicaine ; République tchèque ; République-Unie de Tanzanie ; Roumanie ; Royaume-Uni

## **S**

Saint-Marin ; Saint-Siège ; Saint-Vincent-et-les-Grenadines ; Sénégal ; Serbie-et-Monténégro ; Singapour ; Slovaquie ; Slovénie ; Sri Lanka ; Suède ; Suisse

## **T**

Thaïlande ; Trinité-et-Tobago ; Tunisie ; Turquie

## **U**

Ukraine ; Uruguay

## **V**

Venezuela ; Viet Nam

## **Z**

Zambie ; Zimbabwe

**Nombre d'États parties : 142**

Sources : <http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/ny-convention/>

## ANNEXE 2

### **Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)** *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*

#### **Table des matières**

#### **RÉSOLUTION 31/98 DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE** **RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CNUDCI**

##### **Section I. Dispositions préliminaires**

Champ d'application (article premier) et libellé type de clause compromissoire

Notification, calcul des délais (article 2)

Notification d'arbitrage (article 3)

Représentation et assistance (article 4)

##### **Section II. Composition du tribunal arbitral**

Nombre d'arbitres (article 5)

Nomination des arbitres (articles 6 à 8)

Récusation d'arbitres (articles 9 à 12)

Remplacement d'un arbitre (article 13)

Répétition orale en cas de remplacement d'un arbitre (article 14)

##### **Section III. Procédure arbitrale**

Dispositions générales (article 15)

Lieu de l'arbitrage (article 16)

Langue (article 17)

Requête (article 18)

Réponse (article 19)

Modifications de la requête ou de la réponse (article 20)

Déclinatoire de compétence arbitrale (article 21)

Autres pièces écrites (article 22)

Délais (article 23)

Preuves et audiences (articles 24 et 25)

Mesures provisoires ou conservatoires (article 26)

Experts (article 27)

Défaut (article 28)

Clôture des débats (article 29)

Renonciation au droit de se prévaloir du présent règlement (article 30)

##### **Section IV. La sentence**

Décisions (article 31)

Forme et effet de la sentence (article 32)

Loi applicable, amiable compositeur (article 33)

Transaction ou autres motifs de clôture de la procédure (article 34)

Interprétation de la sentence (article 35)

Rectification de la sentence (article 36)

Sentence additionnelle (article 37)

Frais (articles 38 à 40)

Consignation du montant des frais (article 41)

## **Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial International**

### **RÉSOLUTION 31/98 ADOPTÉE PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE LE 15 DÉCEMBRE 1976**

*L'Assemblée générale,*

*Reconnaissant* l'utilité de l'arbitrage en tant que méthode de règlement des litiges nés des relations commerciales internationales,

*Convaincue* que l'établissement d'un règlement d'arbitrage ad hoc qui soit acceptable dans des pays ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents contribuerait sensiblement au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

*Consciente* que le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a été élaboré à l'issue de consultations exhaustives avec les institutions d'arbitrage et les centres d'arbitrage commercial international,

*Notant* que le Règlement d'arbitrage a été adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa neuvième session<sup>1</sup>, à l'issue de délibérations approfondies,

1. *Recommande* l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour le règlement des litiges nés des relations commerciales internationales, particulièrement par le renvoi au Règlement d'arbitrage dans les contrats commerciaux;

2. *Prie* le Secrétaire général d'assurer la plus large diffusion possible au Règlement d'arbitrage.

## **RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CNUDCI**

### **Section I. Dispositions préliminaires**

#### *CHAMP D'APPLICATION*

#### **Article premier**

1. Si les parties à un contrat sont convenues par écrit<sup>2</sup> que les litiges se rapportant à ce contrat seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications convenues entre les parties par écrit.

2. Le présent Règlement régit l'arbitrage, sous réserve cependant qu'en cas de conflit entre l'une de ses dispositions et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger, c'est cette dernière disposition qui prévaut.

#### *NOTIFICATION, CALCUL DES DÉLAIS*

#### **Article 2**

1. Aux fins du présent Règlement, une notification, y compris une communication ou une proposition, est réputée être arrivée à destination si elle a été remise soit en mains propres du destinataire, soit à sa résidence habituelle, à son établissement ou à son adresse postale, soit encore B aucune de ces adresses n'ayant pu être trouvée après une enquête raisonnable B à la dernière résidence ou au dernier établissement connu du destinataire. La notification est réputée être arrivée à destination le jour d'une telle remise.

2. Aux fins du calcul d'un délai aux termes du présent Règlement, ledit délai commence à courir le jour où la notification, la communication ou la proposition est arrivée à destination. Si le dernier jour du délai est un jour férié ou chômé au lieu de la résidence ou de l'établissement du

destinataire, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Les jours fériés et chômés qui tombent pendant que court le délai sont comptés.

#### *NOTIFICATION D'ARBITRAGE*

##### **Article 3**

1. La partie qui prend l'initiative de recourir à l'arbitrage (ci-après dénommée "le demandeur") communique à l'autre partie (ci-après dénommée "le défendeur") une notification d'arbitrage.
2. La procédure d'arbitrage est réputée commencer à la date à laquelle la notification d'arbitrage est reçue par le défendeur.
3. La notification d'arbitrage doit contenir les indications ci-après:
  - a) La demande tendant à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage;
  - b) Les noms et adresses des parties;
  - c) La mention de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage invoquée;
  - d) La mention du contrat duquel est né le litige ou auquel il se rapporte;
  - e) La nature générale du litige et, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle il porte;
  - f) L'objet de la demande;
  - g) Une proposition quant au nombre d'arbitres (c'est-à-dire un ou trois), à défaut d'accord sur ce point conclu précédemment entre les parties.
4. La notification d'arbitrage peut aussi contenir les indications suivantes:
  - a) Les propositions tendant à nommer un arbitre unique et une autorité de nomination, visées à l'article 6, paragraphe premier;
  - b) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 7;
  - c) La requête visée à l'article 18.

#### *REPRÉSENTATION ET ASSISTANCE*

##### **Article 4**

Les parties peuvent se faire représenter ou assister par des personnes de leur choix. Les noms et adresses de ces personnes doivent être communiqués par écrit à l'autre partie; cette communication doit préciser si la désignation est faite en vue d'une représentation ou d'une assistance.

## **Section II. Composition du tribunal arbitral**

#### *NOMBRE D'ARBITRES*

##### **Article 5**

Si les parties ne sont pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres (c'est-à-dire un ou trois) et si, dans les quinze jours de la réception par le défendeur de la notification d'arbitrage, les parties ne sont pas convenues qu'il n'y aura qu'un seul arbitre, il sera nommé trois arbitres.

#### *NOMINATION DES ARBITRES (ART. 6 À 8)*

##### **Article 6**

1. S'il doit être nommé un arbitre unique, chaque partie peut proposer à l'autre:
  - a) Le nom d'une ou plusieurs personnes susceptibles d'exercer les fonctions d'arbitre unique; et b) Si aucune autorité de nomination n'a été choisie par les parties d'un commun accord, le nom d'une ou plusieurs institutions ou personnes susceptibles d'exercer les fonctions d'autorité de nomination.
2. Si, dans les trente jours de la réception par une partie d'une proposition faite conformément au

paragraphe 1, les parties ne se sont pas entendues sur le choix d'un arbitre unique, celui-ci est nommé par l'autorité de nomination choisie par les parties d'un commun accord. Si aucune autorité de nomination n'a été choisie par les parties d'un commun accord ou si l'autorité de nomination choisie par elles refuse d'agir ou ne nomme pas l'arbitre dans les soixante jours de la réception de la demande d'une partie en ce sens, chaque partie peut demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye de désigner une autorité de nomination.

3. L'autorité de nomination, à la requête d'une partie, nomme l'arbitre unique aussi rapidement que possible. Elle procède à cette nomination en utilisant le système des listes conformément à la procédure suivante, à moins que les deux parties ne s'entendent pour écarter cette procédure ou que l'autorité de nomination ne décide, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, que l'utilisation du système des listes conformément à cette procédure ne convient pas dans le cas considéré:

a) À la demande de l'une des parties, l'autorité de nomination communique aux deux parties une liste identique comprenant au moins trois noms;

b) Dans les quinze jours de la réception de cette liste, chaque partie peut la renvoyer à l'autorité de nomination après avoir rayé le nom ou les noms auxquels elle fait objection et numéroté les noms restants dans l'ordre de ses préférences;

c) À l'expiration du délai susmentionné, l'autorité de nomination nomme l'arbitre unique parmi les personnes dont le nom figure sur les listes qui lui ont été renvoyées et en suivant l'ordre de préférence indiqué par les parties;

d) Si, pour une raison quelconque, la nomination ne peut se faire conformément à cette procédure, la nomination de l'arbitre unique est laissée à l'appréciation de l'autorité de nomination.

4. L'autorité procède à la nomination en ayant égard à des considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et en tenant également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

#### **Article 7**

1. S'il doit être nommé trois arbitres, chaque partie en nomme un. Les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième qui exerce les fonctions d'arbitre-président du tribunal.

2. Si, dans les trente jours de la réception de la notification du nom de l'arbitre désigné par une partie, l'autre partie ne lui a pas notifié le nom de l'arbitre de son choix:

a) La première partie peut demander à l'autorité de nomination antérieurement désignée par les parties de nommer le deuxième arbitre; ou

b) Si aucune autorité de nomination n'a été antérieurement désignée par les parties ou si l'autorité de nomination désignée antérieurement refuse d'agir ou ne nomme pas l'arbitre dans les trente jours de la réception de la demande d'une partie en ce sens, la première partie peut demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye de désigner l'autorité de nomination. La première partie peut alors demander à l'autorité de nomination ainsi désignée de nommer le deuxième arbitre. Dans l'un et l'autre cas, la nomination de l'arbitre est laissée à l'appréciation de l'autorité de nomination.

3. Si, dans les trente jours de la nomination du deuxième arbitre, les deux arbitres ne se sont pas entendus sur le choix de l'arbitre-président, ce dernier est nommé par une autorité de nomination, conformément à la procédure prévue à l'article 6 pour la nomination de l'arbitre unique.

#### **Article 8**

1. Lorsqu'il est demandé à une autorité de nomination de nommer un arbitre conformément à l'article 6 ou à l'article 7, la partie qui fait cette demande lui adresse une copie de la notification d'arbitrage, une copie du contrat duquel est né le litige ou auquel il se rapporte et une copie de la

convention d'arbitrage si celle-ci ne figure pas dans le contrat. L'autorité de nomination peut demander à l'une ou l'autre partie des renseignements dont elle estime avoir besoin pour s'acquitter de ses fonctions.

2. Lorsque la candidature d'une ou plusieurs personnes est proposée pour une nomination en qualité d'arbitre, les noms et adresses complets des intéressés ainsi que leur nationalité doivent être indiqués, accompagnés d'une description de leurs titres.

#### *RÉCUSATION D'ARBITRES (ART. 9 À 12)*

##### **Article 9**

Tout arbitre dont la nomination est envisagée signale à ceux qui l'ont pressenti toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou sur son indépendance. Une fois qu'il a été nommé ou choisi, un arbitre signale lesdites circonstances aux parties, s'il ne l'a déjà fait.

##### **Article 10**

1. Tout arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes sérieux sur son impartialité ou son indépendance.

2. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a désigné que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette désignation.

##### **Article 11**

1. Toute partie qui souhaite récuser un arbitre doit notifier sa décision dans les quinze jours suivant la date à laquelle la nomination de cet arbitre lui a été notifiée ou dans les quinze jours suivant la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées aux articles 9 et 10.

2. La récusation est notifiée à l'autre partie, à l'arbitre récusé et aux autres membres du tribunal arbitral. La notification se fait par écrit et doit être motivée.

3. Lorsqu'un arbitre a été récusé par une partie, l'autre partie peut accepter la récusation. L'arbitre récusé peut également se déporter. Cette acceptation ou ce déport n'impliquent pas reconnaissance des motifs de la récusation. Dans ces deux cas, la procédure prévue aux articles 6 ou 7 est appliquée à la nomination du remplaçant même si une partie n'a pas exercé son droit de nommer ou de participer à la nomination de l'arbitre récusé.

##### **Article 12**

1. Si la récusation n'est pas acceptée par l'autre partie et que l'arbitre récusé ne se déporte pas, la décision relative à la récusation est prise:

a) Si la nomination initiale a été faite par une autorité de nomination B par ladite autorité;

b) Si la nomination initiale n'a pas été faite par une autorité de nomination mais qu'une telle autorité a été désignée antérieurement B par ladite autorité;

c) Dans tous les autres cas, par l'autorité de nomination qui doit être désignée conformément à la procédure de désignation d'une autorité de nomination prévue à l'article 6.

2. Si l'autorité de nomination admet la récusation, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure applicable à la nomination ou au choix des arbitres qui est prévue aux articles 6 à 9; toutefois, dans le cas où cette procédure implique la désignation d'une autorité de nomination, la nomination de l'arbitre est faite par l'autorité de nomination qui s'est prononcée sur la récusation.

#### *REMPLACEMENT D'UN ARBITRE*

##### **Article 13**

1. En cas de décès ou de démission d'un arbitre pendant la procédure d'arbitrage, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure prévue aux articles 6 à 9 qui était applicable à la nomination ou au choix de l'arbitre devant être remplacé.

2. En cas de carence ou d'impossibilité de droit ou de fait d'un arbitre de remplir sa mission, c'est la procédure relative à la récusation et au remplacement des arbitres prévue aux articles précédents qui s'applique.

#### *RÉPÉTITION ORALE EN CAS DE REMPLACEMENT D'UN ARBITRE*

##### **Article 14**

En cas de remplacement de l'arbitre unique ou de l'arbitre-président en vertu des articles 11 à 13, la procédure orale qui a eu lieu avant le remplacement doit être répétée; en cas de remplacement d'un autre arbitre, la décision de répéter cette procédure est laissée à l'appréciation du tribunal arbitral.

#### **Section III. Procédure arbitrale**

##### *DISPOSITIONS GÉNÉRALES*

##### **Article 15**

1. Sous réserve des dispositions du Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens.
2. À la demande de l'une ou l'autre partie et à tout stade de la procédure, le tribunal arbitral organise une procédure orale pour la production de preuves par témoins, y compris des experts, ou pour l'exposé oral des arguments. Si aucune demande n'est formée en ce sens, le tribunal arbitral décide s'il convient d'organiser une telle procédure ou si la procédure se déroulera sur pièces.
3. Toutes les pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées en même temps par elle à l'autre partie.

##### *LIEU DE L'ARBITRAGE*

##### **Article 16**

1. À défaut d'accord entre les parties sur le lieu de l'arbitrage, ce lieu est déterminé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'arbitrage.
2. Le tribunal arbitral peut fixer l'emplacement de l'arbitrage à l'intérieur du pays choisi par les parties. Il peut entendre des témoins et tenir des réunions pour se consulter, en tout lieu qui lui conviendra, compte tenu des circonstances de l'arbitrage.
3. Le tribunal arbitral peut se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié aux fins d'inspection de marchandises ou d'autres biens et d'examen de pièces. Les parties en seront informées suffisamment longtemps à l'avance pour avoir la possibilité d'assister à la descente sur les lieux.
4. La sentence est rendue au lieu de l'arbitrage.

##### *LANGUE*

##### **Article 17**

1. Sous réserve de l'accord des parties, le tribunal arbitral fixe sans retard, dès sa nomination, la langue ou les langues de la procédure. Cette décision s'applique à la requête, à la réponse et à tout autre exposé écrit et, en cas de procédure orale, à la langue ou aux langues à utiliser au cours de cette procédure.
2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces jointes à la requête ou à la réponse et toutes les pièces complémentaires produites au cours de la procédure qui ont été remises dans



leur langue originale soient accompagnées d'une traduction dans la langue ou les langues choisies par les parties ou fixées par le tribunal arbitral.

### *REQUÊTE*

#### **Article 18**

1. Si la requête n'a pas été exposée dans la notification d'arbitrage, le demandeur adresse, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral, sa requête écrite au défendeur et à chacun des arbitres. Une copie du contrat et de la convention d'arbitrage, si elle ne figure pas dans le contrat, doit être jointe à la requête.

2. La requête comporte les indications ci-après:

- a) Les noms et adresses des parties;
- b) Un exposé des faits présentés à l'appui de la requête;
- c) Les points litigieux;
- d) L'objet de la demande.

Le demandeur peut joindre à sa requête toutes pièces qu'il juge pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'il produira.

### *RÉPONSE*

#### **Article 19**

1. Dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral, le défendeur adresse sa réponse écrite au demandeur et à chacun des arbitres.

2. Le défendeur répond aux alinéas *b*, *c* et *d* de la requête (art. 18, par. 2). Il peut joindre à sa réponse les pièces sur lesquelles il appuie sa défense ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'il produira.

3. Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle fondée sur le même contrat ou invoquer un droit fondé sur le même contrat comme moyen de compensation.

4. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 18 s'appliquent à la demande reconventionnelle et au droit invoqué comme moyen de compensation.

### *MODIFICATIONS DE LA REQUÊTE OU DE LA RÉPONSE*

#### **Article 20**

Au cours de la procédure arbitrale, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa requête ou sa réponse à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser ledit amendement en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait à l'autre partie ou de toute autre circonstance. Cependant, une requête ne peut être amendée au point qu'elle sorte du cadre de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage.

### *DÉCLINATOIRE DE COMPÉTENCE ARBITRALE*

#### **Article 21**

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur les exceptions prises de son incompétence, y compris toute exception relative à l'existence ou la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage.

2. Le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Aux fins de l'article 21, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée



comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

3. L'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse ou, en cas de demande reconventionnelle, de la réplique.

4. D'une façon générale, le tribunal arbitral statue sur l'exception d'incompétence en la traitant comme question préalable. Il peut cependant poursuivre l'arbitrage et statuer sur cette exception dans sa sentence définitive.

### *AUTRES PIÈCES ÉCRITES*

#### **Article 22**

Le tribunal arbitral décide quelles sont, outre la requête et la réponse, les autres pièces écrites que les parties doivent ou peuvent lui présenter; il fixe le délai dans lequel ces pièces doivent être communiquées.

### *DÉLAIS*

#### **Article 23**

Les délais fixés par le tribunal arbitral pour la communication des écritures (y compris la requête et la réponse) ne devraient pas dépasser quarante-cinq jours. Toutefois, ces délais peuvent être prorogés par le tribunal arbitral si celui-ci juge que cette prorogation est motivée.

### *PREUVES ET AUDIENCES (ART. 24 ET 25)*

#### **Article 24**

1. Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse.
2. S'il le juge nécessaire, le tribunal arbitral peut prier une partie de lui fournir ainsi qu'à l'autre partie, dans le délai qu'il fixe, un résumé des pièces et autres preuves que la partie intéressée a l'intention de produire à l'appui des faits qui constituent l'objet du litige et qui sont exposés dans sa requête ou dans sa réponse.
3. À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet.

#### **Article 25**

1. En cas de procédure orale, le tribunal arbitral notifie aux parties suffisamment à l'avance la date, l'heure et le lieu de la procédure.
2. Si des témoins doivent être entendus, chaque partie communique, quinze jours au moins avant l'audience, au tribunal arbitral et à l'autre partie, les noms et adresses des témoins qu'elle se propose de produire en précisant l'objet des témoignages et la langue dans laquelle ils seront présentés.
3. Le tribunal arbitral prend des dispositions pour faire assurer la traduction des exposés oraux faits à l'audience et établir un procès-verbal de l'audience, s'il juge que l'une ou l'autre de ses mesures s'impose eu égard aux circonstances de l'espèce ou si les parties en sont convenues et ont notifié cet accord au tribunal arbitral quinze jours au moins avant l'audience.
4. L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander que des témoins se retirent pendant la déposition d'autres témoins. Il est libre de fixer la manière dont les témoins sont interrogés.
5. La preuve par témoins peut également être administrée sous la forme de déclarations écrites signées par les témoins.
6. Le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance des preuves

présentées.

### *MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES*

#### **Article 26**

1. À la demande de l'une ou l'autre partie, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises litigieuses, en prescrivant par exemple leur dépôt entre les mains d'un tiers ou la vente de denrées périssables.
2. Ces mesures provisoires peuvent être prises sous la forme d'une sentence provisoire. Le tribunal arbitral peut exiger un cautionnement au titre des frais occasionnés par ces mesures.
3. Une demande de mesures provisoires adressée par l'une ou l'autre partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention.

### *EXPERTS*

#### **Article 27**

1. Le tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport par écrit sur les points précis qu'il déterminera. Une copie du mandat de l'expert, tel qu'il a été fixé par le tribunal arbitral, sera communiquée aux parties.
2. Les parties fournissent à l'expert tous renseignements appropriés ou soumettent à son inspection toutes pièces ou toutes choses pertinentes qu'il pourrait leur demander. Tout différend s'élevant entre une partie et l'expert au sujet du bien-fondé de la demande sera soumis au tribunal arbitral, qui tranchera.
3. Dès réception du rapport de l'expert, le tribunal arbitral communique une copie du rapport aux parties, lesquelles auront la possibilité de formuler par écrit leur opinion à ce sujet. Les parties ont le droit d'examiner tout document invoqué par l'expert dans son rapport.
4. À la demande de l'une ou l'autre des parties, l'expert, après la remise de son rapport, peut être entendu à une audience à laquelle les parties ont la possibilité d'assister et de l'interroger. À cette audience, l'une ou l'autre des parties peut faire venir en qualité de témoins des experts qui déposeront sur les questions litigieuses. Les dispositions de l'article 25 sont applicables à cette procédure.

### *DÉFAUT*

#### **Article 28**

1. Si, dans le délai fixé par le tribunal arbitral, le demandeur n'a pas présenté sa requête et n'a pu invoquer un empêchement légitime, le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale. Si, dans le délai fixé par le tribunal arbitral, le défendeur n'a pas présenté sa réponse, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral ordonne la poursuite de la procédure.
2. Si l'une des parties, régulièrement convoquée conformément au présent Règlement, ne comparait pas à l'audience, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut poursuivre l'arbitrage.
3. Si l'une des parties, régulièrement invitée à produire des documents, ne les présente pas dans les délais fixés, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

## *CLÔTURE DES DÉBATS*

### **Article 29**

1. Le tribunal arbitral peut demander aux parties si elles ont encore des preuves à présenter, des témoins à produire ou des déclarations à faire, faute desquels il peut déclarer la clôture des débats.
2. Le tribunal arbitral peut, s'il l'estime nécessaire en raison des circonstances exceptionnelles, décider, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, la réouverture des débats à tout moment avant le prononcé de la sentence.

## *RENONCIATION AU DROIT DE SE PRÉVALOIR DU PRÉSENT RÈGLEMENT*

### **Article 30**

Toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions ou des conditions énoncées dans le présent Règlement n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection.

### **Section IV. La sentence**

## *DÉCISIONS*

### **Article 31**

1. Lorsque les arbitres sont au nombre de trois, toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral est rendue à la majorité.
2. En ce qui concerne des questions de procédure, à défaut de majorité ou lorsque le tribunal arbitral l'autorise, l'arbitre-président peut décider seul sous réserve d'une éventuelle révision par le tribunal arbitral.

## *FORME ET EFFET DE LA SENTENCE*

### **Article 32**

1. Le tribunal arbitral peut rendre non seulement des sentences définitives, mais également des sentences provisoires, interlocutoires ou partielles.
2. La sentence est rendue par écrit. Elle n'est pas susceptible d'appel devant une instance arbitrale. Les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence.
3. Le tribunal arbitral motive sa sentence, à moins que les parties ne soient convenues que tel ne doit pas être le cas.
4. La sentence est signée par les arbitres et porte mention de la date et du lieu où elle a été rendue. Lorsque les arbitres sont au nombre de trois et que la signature de l'un d'eux manque, le motif de cette absence de signature est mentionné dans la sentence.
5. La sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties.
6. Des copies de la sentence signées par les arbitres sont communiquées par le tribunal arbitral aux parties.
7. Si la loi en matière d'arbitrage du pays dans lequel la sentence est rendue impose au tribunal arbitral l'obligation de déposer ou de faire enregistrer la sentence, le tribunal satisfera à cette obligation dans le délai prévu par la loi.

## *LOI APPLICABLE, AMIABLE COMPOSITEUR*

### **Article 33**

1. Le tribunal arbitral applique la loi désignée par les parties comme étant la loi applicable au fond du litige. À défaut d'une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

2. Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'"amiable compositeur" (*ex aequo et bono*) que si le tribunal arbitral y a été expressément autorisé par les parties et si ce type d'arbitrage est permis par la loi applicable à la procédure arbitrale.

3. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

#### *TRANSACTION OU AUTRES MOTIFS DE CLÔTURE DE LA PROCÉDURE*

##### **Article 34**

1. Si, avant que la sentence ne soit rendue, les parties conviennent d'une transaction qui règle le litige, le tribunal arbitral rend une ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou, si les deux parties lui en font la demande et s'il l'accepte, constate le fait par une sentence arbitrale rendue d'accord parties. Cette sentence n'a pas à être motivée.

2. Si, avant que la sentence ne soit rendue, il devient inutile ou impossible pour une raison quelconque non mentionnée au paragraphe 1 de poursuivre la procédure arbitrale, le tribunal arbitral informe les parties de son intention de rendre une ordonnance de clôture de la procédure. Le tribunal arbitral est autorisé à rendre cette ordonnance à moins que l'une des parties ne soulève des objections fondées.

3. Le tribunal arbitral adresse aux parties une copie de l'ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou de la sentence rendue d'accord parties, dûment signée par les arbitres. Les dispositions des paragraphes 2 et 4 à 7 de l'article 32 sont applicables aux sentences arbitrales rendues d'accord parties.

#### *INTERPRÉTATION DE LA SENTENCE*

##### **Article 35**

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral d'en donner une interprétation.

2. L'interprétation est donnée par écrit dans les quarante-cinq jours de la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence, et les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 lui sont applicables.

#### *RECTIFICATION DE LA SENTENCE*

##### **Article 36**

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature. Le tribunal arbitral peut, dans les trente jours de la communication de la sentence aux parties, faire ces rectifications de sa propre initiative.

2. Ces rectifications sont faites par écrit et les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 leur sont applicables.

#### *SENTENCE ADDITIONNELLE*

##### **Article 37**

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure d'arbitrage mais omis dans la sentence.

2. Si le tribunal arbitral juge la demande justifiée et estime que l'omission peut être rectifiée sans nécessiter de nouvelles audiences ou de nouvelles preuves, il complète sa sentence dans les soixante jours qui suivent la réception de la demande.

3. Les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 sont applicables à la sentence additionnelle.

*FRAIS (ART. 38 À 40)*

#### **Article 38**

Le tribunal arbitral fixe les frais d'arbitrage dans sa sentence. Les "frais" comprennent uniquement:

- a) Les honoraires des membres du tribunal arbitral, indiqués séparément pour chaque arbitre et fixés par le tribunal lui-même conformément à l'article 39;
- b) Les frais de déplacement et autres dépenses faites par les arbitres;
- c) Les frais encourus pour toute expertise ou pour toute autre aide demandée par le tribunal arbitral;
- d) Les frais de déplacement et autres indemnités des témoins, dans la mesure où ces dépenses ont été approuvées par le tribunal arbitral;
- e) Les frais en matière de représentation ou d'assistance juridique encourus par la partie qui triomphe, lorsque ces frais constituent l'un des chefs de la demande d'arbitrage et dans la mesure où le tribunal arbitral en juge le montant raisonnable;
- f) Le cas échéant, les honoraires et frais de l'autorité de nomination, ainsi que les frais du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye.

#### **Article 39**

1. Le montant des honoraires des membres du tribunal arbitral doit être raisonnable, compte tenu du montant en litige, de la complexité de l'affaire, du temps que les arbitres lui ont consacré et de toutes autres circonstances pertinentes de l'espèce.
2. Si une autorité de nomination a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et si cette autorité a publié un barème pour les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux qu'elle administre, le tribunal arbitral fixe le montant de ses honoraires en tenant compte de ce barème dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.
3. Si cette autorité de nomination n'a pas publié de barème pour les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux, chaque partie peut, à tout moment, prier l'autorité de nomination d'établir une note indiquant la base de calcul des honoraires qui est habituellement appliquée dans les litiges internationaux dans lesquels l'autorité nomme les arbitres. Si l'autorité de nomination accepte d'établir cette note, le tribunal arbitral fixe le montant de ses honoraires en tenant compte des renseignements ainsi fournis dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.
4. Dans les cas visés aux alinéas 2 et 3, lorsqu'à la demande d'une partie l'autorité de nomination accepte cette mission, le tribunal arbitral ne fixe le montant de ses honoraires qu'après avoir consulté l'autorité de nomination, qui peut adresser au tribunal arbitral toutes observations qu'elle juge appropriées concernant ces honoraires.

#### **Article 40**

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.
2. En ce qui concerne les frais en matière de représentation ou d'assistance juridique visés au paragraphe e de l'article 38, le tribunal arbitral peut, eu égard aux circonstances de l'espèce,

déterminer la partie à la charge de laquelle seront mis ces frais ou les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié.

3. Lorsque le tribunal arbitral rend une ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou une sentence d'accord parties, il fixe les frais d'arbitrage visés aux articles 38 et paragraphe 1 de l'article 39 dans le texte de cette ordonnance ou de cette sentence.

4. Le tribunal arbitral ne peut percevoir d'honoraires supplémentaires pour interpréter ou rectifier sa sentence ou rendre une sentence additionnelle, conformément aux articles 35 à 37.

### *CONSIGNATION DU MONTANT DES FRAIS*

#### **Article 41**

1. Dès qu'il est constitué, le tribunal arbitral peut demander à chaque partie de consigner une même somme à titre d'avance à valoir sur les frais visés à l'article 38, paragraphes *a*, *b* et *c*.

2. Au cours de la procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral peut demander aux parties de consigner des sommes supplémentaires.

3. Si une autorité de nomination a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et lorsqu'à la demande d'une partie l'autorité de nomination accepte cette mission, le tribunal arbitral ne fixe le montant des sommes ou sommes supplémentaires à consigner qu'après avoir consulté l'autorité de nomination qui peut adresser au tribunal arbitral toutes observations qu'elle juge appropriées concernant le montant de ces consignations.

4. Si les sommes dont la consignation est requise ne sont pas intégralement versées dans les trente jours de la réception de la requête, le tribunal arbitral en informe les parties afin que l'une ou l'autre d'entre elles puisse effectuer le versement demandé. Si ce versement n'est pas effectué, le tribunal arbitral peut ordonner la suspension ou la clôture de la procédure d'arbitrage.

5. Après le prononcé de la sentence, le tribunal arbitral rend compte aux parties de l'utilisation des sommes reçues en dépôt; il leur restitue tout solde non dépensé.

#### Notes

1 *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17)*, chap. V, sect. C.

#### 2 *Libellé type de clause compromissoire*

Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

*Note.* - *Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes:*

a) L'autorité de nomination sera ... [nom de la personne ou de l'institution];

b) Le nombre d'arbitres est fixé à ... [un ou trois];

c) Le lieu de l'arbitrage sera ... [ville ou pays];

d) La langue (les langues) à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera (seront) ...



## ANNEXE 3

### Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements adoptés en 2006

#### Table des matières

##### Pages

Résolutions adoptées par l'Assemblée générale. . . . .	vii
Résolution 40/72 (11 décembre 1985) . . . . .	vii
Résolution 61/33 (4 décembre 2006) . . . . .	viii

##### Première partie

#### LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL

INTERNATIONAL . . . . .	1
<i>Chapitre premier. Dispositions générales</i> . . . . .	1
Article 1er. Champ d'application . . . . .	1
Article 2. Définitions et règles d'interprétation. . . . .	2
Article 2 A. Origine internationale et principes généraux . . . . .	3
Article 3. Réception de communications écrites . . . . .	3
Article 4. Renonciation au droit de faire objection . . . . .	3
Article 5. Domaine de l'intervention des tribunaux . . . . .	4
Article 6. Tribunal ou autre autorité chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage . . . . .	4
<i>Chapitre II. Convention d'arbitrage</i> . . . . .	4
Article 7. <i>Option I.</i> Définition et forme de la convention d'arbitrage . . . . .	4
<i>Option II.</i> Définition de la convention d'arbitrage . . . . .	5
Article 8. Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal . . . . .	5
Article 9. Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal . . . . .	6
<i>Chapitre III. Composition du tribunal arbitral</i> . . . . .	6
Article 10. Nombre d'arbitres . . . . .	6
Article 11. Nomination de l'arbitre ou des arbitres . . . . .	6
Article 12. Motifs de récusation . . . . .	7
Article 13. Procédure de récusation . . . . .	7
Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre . . . . .	8
Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant . . . . .	8

iv

##### Pages

<i>Chapitre IV. Compétence du tribunal arbitral</i> . . . . .	9
Article 16. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence . . . . .	9
<i>Chapitre IV A. Mesures provisoires et ordonnances préliminaires</i> . . . . .	9
Section 1. Mesures provisoires . . . . .	9
Article 17. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires . . . . .	9
Article 17 A. Conditions d'octroi des mesures provisoires . . . . .	10
Section 2. Ordonnances préliminaires . . . . .	10
Article 17 B. Requêtes aux fins d'ordonnances préliminaires et conditions d'octroi des ordonnances préliminaires . . . . .	10

Article 17 C. Régime spécifique applicable aux ordonnances préliminaires . . . . .	11
Section 3. Dispositions applicables aux mesures provisoires et aux ordonnances préliminaires . . . . .	12
Article 17 D. Modification, suspension, rétractation . . . . .	12
Article 17 E. Constitution d'une garantie . . . . .	12
Article 17 F. Information . . . . .	12
Article 17 G. Frais et dommages . . . . .	12
Section 4. Reconnaissance et exécution des mesures provisoires . . . . .	13
Article 17 H. Reconnaissance et exécution . . . . .	13
Article 17 I. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution . . . . .	13
Section 5. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal . . . . .	14
Article 17 J. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal . . . . .	14
<i>Chapitre V. Conduite de la procédure arbitrale</i> . . . . .	14
Article 18. Égalité de traitement des parties . . . . .	14
Article 19. Détermination des règles de procédure . . . . .	14
Article 20. Lieu de l'arbitrage . . . . .	15
Article 21. Début de la procédure arbitrale . . . . .	15
Article 22. Langue . . . . .	15
Article 23. Conclusions en demande et en défense . . . . .	15
Article 24 Procédure orale et procédure écrite . . . . .	16
Article 25. Défaut d'une partie . . . . .	16
Article 26. Expert nommé par le tribunal arbitral . . . . .	16
Article 27. Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves . . . . .	17
<i>Chapitre VI. Prononcé de la sentence et clôture de la procédure</i> . . . . .	17
Article 28. Règles applicables au fond du différend . . . . .	17
Article 29. Prise de décisions par plusieurs arbitres . . . . .	18
v	
<i>Pages</i>	
Article 30. Règlement par accord des parties . . . . .	18
Article 31. Forme et contenu de la sentence . . . . .	18
Article 32. Clôture de la procédure . . . . .	19
Article 33. Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle . . . . .	19
<i>Chapitre VII. Recours contre la sentence</i> . . . . .	20
Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale . . . . .	20
<i>Chapitre VIII. Reconnaissance et exécution des sentences</i> . . . . .	21
Article 35. Reconnaissance et exécution . . . . .	21
Article 36. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution . . . . .	22
<b>Deuxième partie</b>	
NOTE EXPLICATIVE DU SECRÉTARIAT DE LA CNUDCI RELATIVE À LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL DE 1985 TELLE QU'AMENDÉE EN 2006 . . . . .	25
A. Historique de la Loi type . . . . .	26
1. Inadaptation des lois nationales . . . . .	26
2. Disparités entre les lois nationales . . . . .	27



B. Principales caractéristiques de la Loi type .....	27
1. Régime procédural spécial pour l'arbitrage commercial international .....	27
2. Convention d'arbitrage .....	30
3. Composition du tribunal arbitral .....	32
4. Compétence du tribunal arbitral .....	32
5. Conduite de la procédure arbitrale .....	34
6. Prononcé de la sentence et clôture de la procédure .....	36
7. Recours contre la sentence .....	37
8. Reconnaissance et exécution des sentences .....	39

**Troisième partie**

RECOMMANDATION RELATIVE À L'INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE II ET DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE VII DE LA CONVENTION POUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ÉTRANGÈRES, CONCLUE À NEW YORK LE 10 JUIN 1958, ADOPTÉE PAR LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL LE 7 JUILLET 2006 À SA TRENTE-NEUVIÈME SESSION .....	41
--	----

**Résolutions 40/72 adoptées par l'Assemblée générale**

***Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international***

*L'Assemblée générale,*

*Considérant* l'intérêt que présente l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends survenant dans les relations commerciales internationales,

*Convaincue* que l'établissement d'une loi type sur l'arbitrage rencontrant l'assentiment d'États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents contribue au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

*Notant* que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a adopté à sa dix-huitième session la Loi type sur l'arbitrage commercial international<sup>1</sup>, après en avoir dûment délibéré et avoir longuement consulté des institutions d'arbitrage et divers spécialistes de l'arbitrage commercial international,

*Convaincue* que ladite Loi type, conjointement avec la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>2</sup> et le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international<sup>3</sup>, dont l'application a été recommandée par l'Assemblée générale dans la résolution 31/98 du 15 décembre 1976, contribue notablement à la création d'un cadre juridique unifié pour le règlement juste et efficace des différends survenant dans les relations commerciales internationales<sup>566</sup>,

<sup>566</sup> 112e séance plénière ; 11 décembre 1985,

<sup>1</sup>Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17), annexe I.

<sup>2</sup>Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 330, n° 4739, p. 39.

<sup>3</sup>Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.77.V.6.

1. *Prie* le Secrétaire général de communiquer le texte de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, conjointement avec les travaux préparatoires de la dix-huitième session de la Commission, aux gouvernements et aux institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés, tels que les chambres de commerce;

2. *Recommande* que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international.<sup>567</sup>

*L'Assemblée générale,*

*Reconnaissant* la valeur de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends survenant dans le cadre des relations commerciales internationales,

*Rappelant* sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985 concernant la Loi type sur l'arbitrage commercial international<sup>568</sup>,

*Reconnaissant* qu'il faut que les dispositions de la Loi type relatives à la forme de la convention d'arbitrage et aux mesures provisoires correspondent aux pratiques actuelles du commerce international et aux méthodes modernes de conclusion des contrats,

*Estimant* que des articles révisés de la Loi type sur la forme de la convention d'arbitrage et les mesures provisoires correspondant à ces pratiques actuelles amélioreront de manière significative le fonctionnement de la Loi type,

*Notant* que l'élaboration d'articles révisés de la Loi type sur la forme de la convention d'arbitrage et les mesures provisoires a fait l'objet des délibérations voulues et de larges consultations avec les gouvernements et les milieux intéressés et contribuera sensiblement à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé propice au règlement efficace et équitable des différends commerciaux internationaux,

*Estimant* que, dans le cadre de la modernisation des articles de la Loi type, la promotion d'une interprétation et d'une application uniformes de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 19582, est particulièrement opportune,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir formulé et adopté les articles révisés de sa Loi type sur l'arbitrage commercial international relatifs à la forme de la convention d'arbitrage et aux mesures provisoires, dont le texte est reproduit à l'annexe I du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session, et recommande à tous les États d'envisager d'adopter les articles révisés de la Loi type, ou la Loi type révisée sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, lorsqu'ils adopteront ou réviseront leurs lois, étant entendu qu'il est souhaitable d'uniformiser le droit de l'arbitrage et de tenir compte des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international;

---

<sup>567</sup> [sur le rapport de la Sixième Commission (A/61/453)] 61/33. *Articles révisés de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, et recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958*

<sup>568</sup> 1Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17), annexe I.  
2Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 330, n° 4739. Ix

2. *Remercie également* la Commission des Nations Unies<sup>569</sup> pour le droit commercial international d'avoir formulé et adopté la recommandation reproduite à l'annexe II du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session<sup>3</sup> concernant l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958;

3. *Prie* le Secrétaire général de ne ménager aucun effort pour que les articles révisés de la Loi type et la recommandation soient portés à la connaissance et mis à la disposition du plus grand nombre.

### *Première partie*

#### **Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international**

(Documents A/40/17, annexe I, et A/61/17, annexe I) (telle qu'adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985, et amendée par elle le 7 juillet 2006)

### **CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES**

#### **Article premier. Champ d'application**

1) La présente Loi s'applique à l'arbitrage commercial<sup>2</sup> international; elle ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent État.

2) Les dispositions de la présente Loi, à l'exception des articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État.

*(L'article 1-2 a été amendé par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)*

3) Un arbitrage est international si:

a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou ((Les titres des articles sont destinés uniquement à faciliter la lecture du texte et ne doivent pas être utilisés à des fins d'interprétation.))

Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:

i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention;

---

<sup>569</sup> 64e séance plénière  
4 décembre 2006

<sup>3</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17).

- ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit;
  - c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.
- 4) Aux fins du paragraphe 3 du présent article,
- a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage;
  - b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.
- 5) La présente Loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent État en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que celles de la présente Loi.

#### **Article 2. Définitions et règles d'interprétation**

Aux fins de la présente Loi:

- a) Le terme "arbitrage" désigne tout arbitrage que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage;
- b) L'expression "tribunal arbitral" désigne un arbitre unique ou un groupe d'arbitres;
- c) Le terme "tribunal" désigne un organisme ou organe du système judiciaire d'un État;
- d) Lorsqu'une disposition de la présente Loi, à l'exception de l'article 28, laisse aux parties la liberté de décider d'une certaine question, cette liberté emporte le droit pour les parties d'autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question;
- e) Lorsqu'une disposition de la présente Loi se réfère au fait que les parties sont convenues ou peuvent convenir d'une question, ou se réfère de toute autre manière à une convention des parties, une telle convention englobe tout règlement d'arbitrage qui y est mentionné;
- f) Lorsqu'une disposition de la présente Loi, autre que celles de l'alinéa a de l'article 25 et du paragraphe 2 a de l'article 32, se réfère à une demande, cette disposition s'applique également à une demande reconventionnelle et lorsqu'elle se réfère à des conclusions en défense, elle s'applique également à des conclusions en défense sur une demande reconventionnelle.

#### **Article 2 A. Origine internationale et principes généraux (tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)**

- 1) Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.
- 2) Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

#### **Article 3. Réception de communications écrites**

- 1) Sauf convention contraire des parties,
  - a) Toute communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été remise soit à la personne du destinataire, soit à son établissement, à sa résidence habituelle ou à son adresse postale; si aucun de ces lieux n'a pu être trouvé après une enquête raisonnable, une communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été envoyée au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connus du destinataire par lettre recommandée ou tout autre moyen attestant la tentative de remise;
  - b) La communication est réputée avoir été reçue le jour d'une telle remise.
- 2) Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux communications échangées dans le cadre de procédures judiciaires.

#### **Article 4. Renonciation au droit de faire objection**

Est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions de la présente Loi auxquelles les parties peuvent déroger, ou toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage, n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai.

*Article 5. Domaine de l'intervention des tribunaux*

Pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit.

*Article 6. Tribunal ou autre autorité chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage*<sup>570</sup>

## CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE

### *Option I*

**Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage (tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)**

1) Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.

3) Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens.

4) Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie.

5) En outre, une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

6) La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

---

<sup>570</sup> Les fonctions mentionnées aux articles 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 et 34-2 sont confiées... [Chaque État adoptant la Loi type précise le tribunal, les tribunaux ou, lorsqu'elle y est mentionnée, une autre autorité compétents pour s'acquitter de ces fonctions.]

## ***Option II***

### ***Article 7. Définition de la convention d'arbitrage (tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)***

Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.

### ***Article 8. Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal***

1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2) Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

### ***Article 9. Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal***

La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.

## CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

### ***Article 10. Nombre d'arbitres***

1) Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres.

2) Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres.

### ***Article 11. Nomination de l'arbitre ou des arbitres***

1) Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties.

2) Les parties sont libres de convenir de la procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres, sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 et 5 du présent article.

3) Faute d'une telle convention,

a) En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal, ou autre autorité visé à l'article 6;

b) En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6.

4) Lorsque, durant une procédure de nomination convenue par les parties,

a) Une partie n'agit pas conformément à ladite procédure; ou

b) Les parties, ou deux arbitres, ne peuvent parvenir à un accord conformément à ladite procédure; ou



c) Un tiers, y compris une institution, ne s'acquitte pas d'une fonction qui lui est conférée dans ladite procédure, l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre la mesure voulue, à moins que la convention relative à la procédure de nomination ne stipule d'autres moyens d'assurer cette nomination.

5) La décision sur une question confiée au tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 conformément aux paragraphes 3 ou 4 du présent article n'est pas susceptible de recours. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des parties et de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

#### **Article 12. Motifs de récusation**

1) Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait.

2) Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties.

Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination.

#### **Article 13. Procédure de récusation**

1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, les parties sont libres de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre.

##### *8 Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*

2) Faute d'un tel accord, la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit les motifs de la récusation au tribunal arbitral, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 12-2. Si l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, le tribunal arbitral se prononce sur la récusation.

3) Si la récusation ne peut être obtenue selon la procédure convenue par les parties ou en application du paragraphe 2 du présent article, la partie récusante peut, dans un délai de trente jours après avoir eu communication de la décision rejetant la récusation, prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre sur la récusation une décision qui ne sera pas susceptible de recours; dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence.

#### **Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre**

1) Lorsqu'un arbitre se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de remplir sa mission ou, pour d'autres raisons, ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable, son mandat prend fin s'il se déporte ou si les parties conviennent d'y mettre fin. Au cas où il subsiste un désaccord quant à l'un quelconque de ces motifs, l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre une décision, qui ne sera pas susceptible de recours, sur la cessation du mandat.

2) Le fait que, en application du présent article ou de l'article 13-2, un arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que le mandat d'un arbitre prenne fin n'implique pas reconnaissance des motifs mentionnés à l'article 12-2 ou dans le présent article.

*Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant*

Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre conformément à l'article 13 ou 14, ou lorsque celui-ci se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties ou dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé.

## **CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL**

*Article 16. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence*

1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat.

La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2) L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3) Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l'article 6 de rendre une décision sur ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours; en attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

## **CHAPITRE IV A. MESURES PROVISOIRES ET ORDONNANCES PRÉLIMINAIRES**

*(tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)*

### ***Section 1. Mesures provisoires***

*Article 17. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires*

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires.

2) Une mesure provisoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même;



- c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou
- d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.

#### **Article 17 A. Conditions d'octroi des mesures provisoires**

- 1) La partie demandant une mesure provisoire en vertu des alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 2 de l'article 17 convainc le tribunal arbitral:
  - a) Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et
  - b) Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond du différend. La décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.
- 2) En ce qui concerne une demande de mesure provisoire en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 17, les conditions énoncées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 du présent article ne s'appliquent que dans la mesure jugée appropriée par le tribunal arbitral.

#### **Section 2. Ordonnances préliminaires**

##### **Article 17 B. Requêtes aux fins d'ordonnances préliminaires et conditions d'octroi des ordonnances préliminaires**

- 1) Sauf convention contraire des parties, une partie peut présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête aux fins d'ordonnance préliminaire enjoignant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée.
- 2) Le tribunal arbitral peut prononcer une ordonnance préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure.
- 3) Les conditions définies à l'article 17 A s'appliquent à toute ordonnance préliminaire, pourvu que le préjudice à évaluer en vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 17 A soit le préjudice qui sera probablement causé selon que l'ordonnance est prononcée ou non.

##### **Article 17 C. Régime spécifique applicable aux ordonnances préliminaires**

- 1) Immédiatement après s'être prononcé sur une requête aux fins d'ordonnance préliminaire, le tribunal arbitral notifie à toutes les parties la demande de mesure provisoire, la requête aux fins d'ordonnance préliminaire, l'ordonnance préliminaire éventuellement prononcée et toutes autres communications y afférentes, entre une partie quelconque et le tribunal arbitral, y compris en indiquant le contenu de toute communication orale.
- 2) Concomitamment, le tribunal arbitral donne à toute partie contre laquelle une ordonnance préliminaire est dirigée la possibilité de faire valoir ses droits dès que possible.
- 3) Le tribunal arbitral se prononce rapidement sur toute contestation de l'ordonnance préliminaire.
- 4) Une ordonnance préliminaire expire après vingt jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire qui adopte ou modifie l'ordonnance préliminaire, après que la partie contre laquelle cette ordonnance est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de faire valoir ses droits.

5) Une ordonnance préliminaire s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal. Cette ordonnance préliminaire ne constitue pas une sentence.

### ***Section 3. Dispositions applicables aux mesures provisoires et aux ordonnances préliminaires***

#### ***Article 17 D. Modification, suspension, rétractation***

Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire ou une ordonnance préliminaire qu'il a prononcée, à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.

#### ***Article 17 E. Constitution d'une garantie***

1) Le tribunal arbitral peut exiger que la partie qui demande une mesure provisoire constitue une garantie appropriée en rapport avec la mesure.

2) Le tribunal arbitral exige que la partie qui requiert une ordonnance préliminaire constitue une garantie en rapport avec l'ordonnance, sauf s'il le juge inapproprié ou inutile.

#### ***Article 17 F. Information***

1) Le tribunal arbitral peut exiger d'une partie quelconque qu'elle communique sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure a été demandée ou accordée.

2) La partie qui requiert une ordonnance préliminaire informe le tribunal arbitral de toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes pour sa décision de prononcer ou de maintenir l'ordonnance, et cette obligation s'applique jusqu'à ce que la partie contre laquelle l'ordonnance a été requise ait eu la possibilité de faire valoir ses droits. Par la suite, le paragraphe 1 du présent article s'applique.

#### ***Article 17 G. Frais et dommages***

La partie qui demande une mesure provisoire ou qui requiert une ordonnance préliminaire est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure ou l'ordonnance à une partie quelconque, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure ou l'ordonnance n'aurait pas dû être prononcée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.

### ***Section 4. Reconnaissance et exécution des mesures provisoires***

#### ***Article 17 H. Reconnaissance et exécution***

1) Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur demande adressée au tribunal compétent, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions de l'article 17 I.

2) La partie qui demande ou a obtenu la reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire informe sans retard le tribunal de toute rétractation, suspension ou modification de cette mesure.

3) Le tribunal de l'État où est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge bon, ordonner au demandeur de constituer une garantie appropriée si le tribunal arbitral ne s'est pas déjà prononcé concernant la garantie ou lorsqu'une telle décision est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

#### ***Article 17 I. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution<sup>3</sup>***

1) La reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire ne peut être refusée que:

a) À la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, si le tribunal a la conviction:

- i) Que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a i, ii, iii ou iv; ou
  - ii) Que la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie en rapport avec la mesure provisoire qu'il a prononcée n'a pas été respectée; ou
  - iii) Que la mesure provisoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'il y est habilité, annulée ou suspendue par le tribunal de l'État dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée;
- ou
- b) Si le tribunal constate:
    - i) Que la mesure provisoire est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés, à moins qu'il ne décide de reformuler<sup>571</sup>
    - ii) Que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b i ou ii s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.<sup>572</sup>

### ***Section 5. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal***

#### ***Article 17 J. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal***

Un tribunal dispose, pour prononcer une mesure provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non son lieu sur le territoire du présent État, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités d'un arbitrage international.

## **CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE**

### ***Article 18. Égalité de traitement des parties***

Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

### ***Article 19. Détermination des règles de procédure***

- 1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.
- 2) Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.

### ***Article 20. Lieu de l'arbitrage***

- 1) Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties.
- 2) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation

---

<sup>571571</sup> 3Les conditions énoncées dans l'article 17 I visent à limiter le nombre de cas où le tribunal peut refuser l'exécution d'une mesure provisoire. L'harmonisation recherchée par les dispositions types ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre inférieur de motifs de refus. cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

2) Toute décision prise par le tribunal pour l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 1 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire. Le tribunal auprès duquel la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, la mesure provisoire quant au fond.

de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

**Article 21. Début de la procédure arbitrale**

Sauf convention contraire des parties, la procédure arbitrale concernant un différend déterminé débute à la date à laquelle la demande de soumission de ce différend à l'arbitrage est reçue par le défendeur.

**Article 22. Langue**

1) Les parties sont libres de convenir de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale. Faute d'un tel accord, le tribunal arbitral décide de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure. Cet accord ou cette décision, à moins qu'il n'en soit convenu ou décidé autrement, s'appliquent à toute déclaration écrite d'une partie, à toute procédure orale et à toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral.

2) Le tribunal arbitral peut ordonner que toute pièce soit accompagnée d'une traduction dans la langue ou les langues convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral.

**Article 23. Conclusions en demande et en défense**

1) Dans le délai convenu par les parties ou fixé par le tribunal arbitral, le demandeur énonce les faits au soutien de sa demande, les points litigieux et l'objet de la demande et le défendeur énonce ses défenses à propos de ces questions, à moins que les parties ne soient autrement convenues des indications devant figurer dans les conclusions. Les parties peuvent accompagner leurs conclusions de toutes pièces qu'elles jugeront pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'elles produiront.

2) Sauf convention contraire des parties, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses, au cours de la procédure arbitrale, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement en raison du retard avec lequel il est formulé.

**Article 24. Procédure orale et procédure écrite**

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure doit comporter des phases orales pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, ou si elle se déroulera sur pièces. Cependant, à moins que les parties ne soient convenues qu'il n'y aura pas de procédure orale, le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de la procédure arbitrale, si une partie lui en fait la demande.

2) Les parties recevront suffisamment longtemps à l'avance notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins de l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

3) Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie. Tout rapport d'expert ou document présenté en tant que preuve sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être communiqué aux parties.

**Article 25. Défaut d'une partie**

Sauf convention contraire des parties, si, sans invoquer d'empêchement légitime,

a) Le demandeur ne présente pas sa demande conformément à l'article 23-1, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale;

b) Le défendeur ne présente pas ses défenses conformément à l'article 23-1, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur;

c) L'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

*Article 26. Expert nommé par le tribunal arbitral*

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral,

a) Peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur les points précis qu'il déterminera;

b) Peut demander à une partie de fournir à l'expert tous renseignements appropriés ou de lui soumettre ou de lui rendre accessibles, aux fins d'examen, toutes pièces ou toutes marchandises ou autres biens pertinents.

2) Sauf convention contraire des parties, si une partie en fait la demande ou si le tribunal arbitral le juge nécessaire, l'expert, après présentation de son rapport écrit ou oral, participe à une audience à laquelle les parties peuvent l'interroger et faire venir en qualité de témoins des experts qui déposent sur les questions litigieuses.

*Article 27. Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves*

Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent État une assistance pour l'obtention de preuves. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves.

## CHAPITRE VI. PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLÔTURE DE LA PROCÉDURE

*Article 28. Règles applicables au fond du différend*

1) Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois.

2) À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

3) Le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

4) Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

*Article 29. Prise de décisions par plusieurs arbitres*

Dans une procédure arbitrale comportant plus d'un arbitre, toute décision du tribunal arbitral est, sauf convention contraire des parties, prise à la majorité de tous ses membres. Toutefois, les questions de procédure peuvent être tranchées par un arbitre président, si ce dernier y est autorisé par les parties ou par tous les membres du tribunal arbitral.

*Article 30. Règlement par accord des parties*

1) Si, durant la procédure arbitrale, les parties s'entendent pour régler le différend, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale et, si les parties lui en font la demande et s'il n'y voit pas d'objection, constate le fait par une sentence arbitrale rendue par accord des parties.

2) La sentence d'accord des parties est rendue conformément aux dispositions de l'article 31 et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence. Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire.

*Article 31. Forme et contenu de la sentence*

1) La sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres.



Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffi sent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres.

2) La sentence est motivée, sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30.

3) La sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue, ainsi que le lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20-1. La sentence est réputée avoir été rendue audit lieu.

4) Après le prononcé de la sentence, une copie signée par l'arbitre ou les arbitres conformément au paragraphe 1 du présent article en est remise à chacune des parties.

### ***Article 32. Clôture de la procédure***

1) La procédure arbitrale est close par le prononcé de la sentence définitive ou par une ordonnance de clôture rendue par le tribunal arbitral conformément au paragraphe 2 du présent article.

2) Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque:

a) Le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur y fasse objection et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé;

b) Les parties conviennent de clore la procédure;

c) Le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible.

3) Le mandat du tribunal arbitral prend fin avec la clôture de la procédure arbitrale, sous réserve des dispositions de l'article 33 et du paragraphe 4 de l'article 34.

### ***Article 33. Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle***

1) Dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, à moins que les parties ne soient convenues d'un autre délai,

a) Une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature;

b) Si les parties en sont convenues, une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence.

Si le tribunal arbitral considère que la demande est justifiée, il fait la rectification ou donne l'interprétation dans les trente jours qui suivent la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.

2) Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, rectifier toute erreur du type visé à l'alinéa a du paragraphe 1 du présent article dans les trente jours qui suivent la date de la sentence.

3) Sauf convention contraire des parties, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral, dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure arbitrale mais omis dans la sentence. S'il juge la demande justifiée, le tribunal arbitral complète sa sentence dans les soixante jours.

4) Le tribunal arbitral peut prolonger, si besoin est, le délai dont il dispose pour rectifier, interpréter ou compléter la sentence en vertu du paragraphe 1 ou 3 du présent article.

5) Les dispositions de l'article 31 s'appliquent à la rectification ou l'interprétation de la sentence ou à la sentence additionnelle.

## **CHAPITRE VII. RECOURS CONTRE LA SENTENCE**

### ***Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale***

- 1) Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.
- 2) La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si:
  - a) La partie en faisant la demande apporte la preuve:
    - i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité<sup>573</sup>; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent État; ou
    - ii) Qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou
    - iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou
    - iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente Loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente Loi; ou
  - b) Le tribunal constate:
    - i) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou
    - ii) Que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État.
- 3) Une demande d'annulation ne peut être présentée après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu communication de la sentence ou, si une demande a été faite en vertu de l'article 33, à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral a pris une décision sur cette demande.
- 4) Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le tribunal peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation.

## **CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES**

### ***Article 35. Reconnaissance et exécution***

- 1) La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36.
- 2) La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie. Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, le tribunal peut demander à la partie d'en produire une traduction dans cette langue<sup>574</sup>.

---

<sup>574</sup> (L'article 35-2 a été amendé par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)

**Article 36. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution**

1) La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que:

a) Sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve:

i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

ii) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions soumises à l'arbitrage pourra être reconnue et exécutée; ou

iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

v) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties, ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays

4 Les conditions mentionnées dans ce paragraphe visent à énoncer les normes les plus strictes. Il ne serait donc pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un État conserve une procédure moins rigoureuse.

*Première partie. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 23*  
dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue;

ou

b) Si le tribunal constate que:

i) L'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou que

ii) La reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent État.

2) Si une demande d'annulation ou de suspension d'une sentence a été présentée à un tribunal visé au paragraphe 1 a v du présent article, le tribunal auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge approprié, surseoir à statuer et peut aussi, à la requête de la partie demandant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

25

**Deuxième partie**

**Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 telle qu'amendée en 2006**



1. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la "Loi type") a été adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) le 21 juin 1985, à l'issue de sa dix-huitième session.

L'Assemblée générale, dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, a recommandé "que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international". La Commission a amendé la Loi type le 7 juillet 2006, à sa trente-neuvième session (voir ci-après les paragraphes 4, 19, 20, 27, 29 et 53). Dans sa résolution 61/33 du 4 décembre 2006, l'Assemblée générale a recommandé "à tous les États d'envisager d'adopter les articles révisés de la Loi type, ou la Loi type révisée sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, lorsqu'ils adopteront ou réviseront leurs lois (...)".

2. La Loi type constitue une base solide pour l'harmonisation et l'amélioration voulues des législations nationales. Elle couvre toutes les étapes du processus arbitral, depuis la convention d'arbitrage jusqu'à la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, et traduit un consensus mondial sur les principes et les points importants de la pratique de l'arbitrage international. Elle est acceptable pour les États de toutes les régions et pour les différents systèmes juridiques ou économiques du monde entier. Depuis son adoption par la CNUDCI, elle s'est imposée comme la référence législative internationale pour un droit de l'arbitrage moderne et a servi de base à la législation arbitrale d'un grand nombre de pays.

3. La forme d'une loi type a été choisie comme instrument d'harmonisation et de modernisation en raison de la souplesse qu'elle offre aux États pour l'élaboration de nouvelles législations sur l'arbitrage. Nonobstant cette flexibilité<sup>575</sup>, et afin qu'un degré d'harmonisation satisfaisant ait plus de chances d'être atteint, les États sont encouragés à apporter le moins de changements possibles à la Loi type lorsqu'ils l'incorporent à leur système juridique. Les efforts pour s'écarter le moins possible du texte de la CNUDCI devraient également rendre l'harmonisation plus visible et, partant, renforcer la confiance des parties étrangères, qui sont les principaux utilisateurs de l'arbitrage international, dans la fiabilité du droit de l'arbitrage de l'État adoptant.

4. La version révisée de la Loi type adoptée en 2006 comprend un article 2 A, qui est destiné à faciliter l'interprétation du texte en faisant appel à des principes internationalement acceptés et qui vise à promouvoir une compréhension uniforme de la Loi. D'autres modifications substantielles apportées à cette dernière ont rapport à la forme de la convention d'arbitrage et aux mesures provisoires. Dans sa version initiale de 1985, l'article 7 sur la forme de la convention d'arbitrage s'inspirait du libellé du paragraphe 2 de l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (ci-après "la Convention de New York"). Il a été révisé afin de tenir compte de l'évolution de la pratique du commerce international et des progrès technologiques. On a par ailleurs jugé nécessaire de modifier en profondeur l'article 17 sur les mesures provisoires, face au recours de plus en plus fréquent à ces mesures dans la pratique de l'arbitrage commercial international. L'article révisé prévoit également un régime d'exécution pour les mesures provisoires car l'efficacité de

---

<sup>575</sup> La présente note a été rédigée par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à des fins d'information exclusivement; elle ne constitue pas un commentaire officiel de la Loi type. Une note établie par le secrétariat sur une version antérieure du texte de la Loi type avait été publiée sous la cote A/CN.9/264 (document reproduit dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XVI – 1985) (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.4). 26 Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

l'arbitrage dépend souvent de la possibilité de faire exécuter celles-ci. Les nouvelles dispositions sont contenues dans un nouveau chapitre de la Loi type consacré aux mesures provisoires et aux ordonnances préliminaires (chapitre IV A).

#### **A. Historique de la Loi type**

5. La Loi type a été élaborée pour remédier aux grandes disparités entre les législations nationales sur l'arbitrage. La nécessité d'une amélioration et d'une harmonisation est apparue lorsqu'on a constaté que, bien souvent, les lois nationales étaient particulièrement inadaptées aux arbitrages internationaux.

##### **1. Inadaptation des lois nationales**

6. Les législations nationales obsolètes comportent souvent des dispositions qui assimilent la procédure arbitrale à la procédure judiciaire et des dispositions fragmentaires qui ne traitent pas toutes les questions de droit matériel pertinentes. Même la plupart des lois qui paraissent à jour et complètes ont été conçues essentiellement, sinon exclusivement, dans l'optique d'un arbitrage national. Cette approche est compréhensible, puisque aujourd'hui encore l'essentiel des litiges régis par le droit de l'arbitrage est de caractère strictement interne; il en résulte malheureusement que des concepts traditionnels locaux sont imposés pour des affaires internationales et que les besoins de la pratique moderne ne sont généralement pas satisfaisants.

7. Les attentes des parties telles que celles-ci les ont exprimées en optant pour un règlement d'arbitrage ou en concluant une convention d'arbitrage "particulière"<sup>576</sup> peuvent être déçues, surtout du fait de dispositions impératives prévues dans la loi applicable. Des restrictions inattendues et indésirables imposées par les lois nationales peuvent empêcher les parties par exemple de soumettre des différends futurs à l'arbitrage, de choisir librement l'arbitrage ou de subordonner la conduite de l'arbitrage à des règles de procédure convenues sans que les tribunaux étatiques interviennent plus qu'il n'est indispensable. Les attentes des parties risquent aussi d'être déçues du fait de dispositions supplétives qui peuvent leur imposer des conditions indésirables si elles n'ont pas eu la vigilance de prévoir des dispositions contraires lors de la rédaction de leur convention d'arbitrage. Même l'absence de disposition législative peut créer des difficultés en laissant tout simplement sans réponse certaines des nombreuses questions de procédure qui se posent dans un arbitrage et ne sont pas toujours réglées par la convention d'arbitrage. La Loi type est destinée à réduire le risque de telles déceptions, difficultés ou surprises.

##### **2. Disparités entre les lois nationales**

8. Les problèmes qui découlent de l'inadéquation des lois sur l'arbitrage ou de l'absence de législation spécifique dans ce domaine sont aggravés par les importantes disparités entre les lois nationales. Ces divergences suscitent fréquemment des préoccupations en cas d'arbitrage international, où l'une des parties au moins, et bien souvent les deux, sont aux prises avec des dispositions et des procédures étrangères dont elles n'ont pas l'habitude. Dans ces circonstances, il est généralement coûteux, difficile voire impossible d'obtenir des indications précises et complètes sur la loi applicable à l'arbitrage.

9. Les incertitudes sur la législation interne — avec le risque de déception qu'elles comportent inévitablement — peuvent compromettre le fonctionnement du processus arbitral, mais aussi avoir un impact sur le choix du lieu de l'arbitrage. Elles font qu'une partie pourra hésiter à accepter, ou tout simplement refuser, un lieu qui par ailleurs conviendrait pour des raisons pratiques. En revanche, les parties disposent d'un plus grand choix de lieux d'arbitrage

---

<sup>576</sup> Deuxième partie. Note explicative du secrétariat de la CNUDCI 27

acceptables et le bon déroulement de la procédure d'arbitrage se trouve facilité lorsque les États adoptent la Loi type, qui est facilement reconnaissable, répond aux besoins particuliers de l'arbitrage commercial international et constitue un standard international fondé sur des solutions acceptables pour les parties issues de systèmes juridiques différents.

## **B. Principales caractéristiques de la Loi type**

### ***1. Régime procédural spécial pour l'arbitrage commercial international***

10. Les principes et les solutions adoptés dans la Loi type visent à réduire ou à éliminer les préoccupations et difficultés mentionnées plus haut. Pour remédier à l'inadéquation des lois nationales et aux disparités entre elles, la Loi type présente un régime juridique spécial adapté à l'arbitrage commercial international sans porter atteinte à aucun traité en vigueur en la matière dans l'État adoptant. Bien que la *28 Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*

Loi type ait été élaborée dans l'optique de l'arbitrage commercial international, elle propose un ensemble de règles fondamentales qui ne sont pas, en elles-mêmes, inadaptées à d'autres types d'arbitrage. Les États peuvent donc envisager d'étendre leur législation incorporant la Loi type aux litiges nationaux, comme l'ont déjà fait un certain nombre d'États adoptants.

#### ***a) Champ d'application matériel et territorial***

11. L'article premier définit le champ d'application de la Loi type par référence à la notion d'"arbitrage commercial international". Selon la Loi type, un arbitrage est international si "les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents" (art. premier, par. 3). La grande majorité des situations généralement considérées comme internationales satisfont à ce critère. En outre, le paragraphe 3 de cet article élargit la notion d'internationalité de sorte que la Loi type s'applique aussi lorsque le lieu de l'arbitrage, le lieu de l'exécution du contrat ou le lieu avec lequel l'objet du différend a un lien se trouvent en dehors de l'État où les parties ont leur établissement ou lorsque les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays. L'article premier reconnaît donc largement la liberté des parties de soumettre un litige au régime juridique établi par la Loi type.

12. La Loi type ne donne pas une définition stricte du terme "commercial". La note qui accompagne le paragraphe 1 de l'article premier préconise une interprétation "au sens large" et présente une liste illustrative et non exhaustive de relations pouvant être décrites comme ayant un caractère commercial qu'elles soient "contractuelle[s] ou non contractuelle[s]". Elle vise à déjouer toute difficulté technique qui pourrait survenir par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer quelles opérations devraient être régies par des règles déterminées de "droit commercial" pouvant exister dans certains systèmes juridiques.

<sup>577</sup> Son paragraphe 2 dispose que la Loi type, telle qu'incorporée dans la législation d'un État, ne s'applique que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire dudit État. Toutefois, il prévoit également d'importantes exceptions à ce principe. En effet, certains articles s'appliquent que le lieu de l'arbitrage soit situé dans l'État adoptant ou non (voire, le cas échéant, avant que ce lieu soit déterminé). Il s'agit de l'article 8, paragraphe 1, et de l'article 9, qui traitent de la reconnaissance des conventions d'arbitrage et notamment de leur compatibilité avec les mesures provisoires prises par un juge étatique, de l'article 17 J sur les mesures provisoires ordonnées par

<sup>577</sup> 13. L'article premier définit aussi le champ d'application du point de vue territorial.

un tribunal étatique, des articles 17 H et 17 I sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires prononcées par un tribunal arbitral, et des articles 35 et 36 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

14. Le critère territorial qui régit la plupart des dispositions de la Loi type, a été adopté par sécurité et compte tenu des faits ci-après. Dans la plupart des systèmes juridiques<sup>578</sup>, le lieu de l'arbitrage est le critère exclusif pour déterminer l'applicabilité de la loi nationale et, lorsque cette dernière autorise les parties à choisir les règles de procédure d'un État autre que celui où a lieu l'arbitrage, l'expérience montre qu'elles se prévalent rarement de cette possibilité. Incidemment, l'incorporation de la Loi type réduit la nécessité, pour les parties, de choisir une législation "étrangère" puisque la Loi leur laisse une grande latitude pour déterminer les règles de la procédure arbitrale. Le critère territorial non seulement désigne la loi régissant la procédure arbitrale mais présente également une importance pratique considérable pour les articles 11, 13, 14, 16, 27 et 34, qui confient aux tribunaux de l'État du lieu de l'arbitrage des fonctions de contrôle et d'assistance dans le cadre de l'arbitrage.

Il convient de noter que le critère territorial qui dépend juridiquement du choix du lieu de l'arbitrage par les parties n'empêche pas le tribunal arbitral de se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour conduire la procédure, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 20.

b) *Délimitation de l'assistance et du contrôle des tribunaux étatiques*

15. Les révisions récentes des lois sur l'arbitrage, traduisent le souci de limiter et de définir clairement l'intervention des tribunaux étatiques dans l'arbitrage commercial international. Ce souci se justifie par le fait que les parties à une convention d'arbitrage ont décidé de leur plein gré d'exclure la compétence de ces tribunaux et préfèrent la rapidité et le caractère définitif du processus arbitral.

16. Dans cet esprit, la Loi type prévoit l'intervention des tribunaux étatiques dans deux catégories de cas. D'une part, l'intervention est envisagée pour les questions de nomination et de récusation d'un arbitre, de cessation de son mandat (art. 11, 13 et 14), de compétence du tribunal arbitral (art. 16) et d'annulation de la sentence arbitrale (art. 34). Ces cas sont énumérés à l'article 6 comme étant ceux où, pour des raisons de centralisation, de spécialisation et d'efficacité, les fonctions prévues devraient être confiées à un tribunal étatique spécialement désigné ou éventuellement, s'agissant des articles 11, 13 et 14, à une autre autorité (une institution arbitrale ou une chambre de commerce par exemple). D'autre part, les tribunaux étatiques peuvent être amenés à intervenir pour faciliter l'obtention de preuves (art. 27), pour reconnaître la convention d'arbitrage, y compris sa compatibilité avec les mesures provisoires qu'ils ordonnent (art. 8 et 9), pour ordonner des mesures provisoires (art. 17 J) et pour reconnaître et faire exécuter des mesures provisoires (art. 17 H et 17 I) et des sentences arbitrales (art. 35 et 36). 17. En dehors de ces deux catégories de cas, "les tribunaux ne peuvent intervenir" dans aucune des questions régies par la présente loi. De cette manière, l'article 5 garantit que tous les cas possibles d'intervention des tribunaux étatiques soient énumérés dans la législation incorporant la Loi type, exception faite des questions qui ne sont pas régies par elle (par exemple la jonction des procédures arbitrales, les relations contractuelles entre les arbitres et les parties ou les institutions arbitrales, ou la détermination des frais et des honoraires, y compris les cautions). Il est essentiel de protéger le processus arbitral face aux interventions imprévisibles ou perturbatrices des tribunaux étatiques pour les parties qui choisissent l'arbitrage (en particulier les parties étrangères).

---

<sup>578</sup> [Deuxième partie. Note explicative du secrétariat de la CNUDCI 29]



## **2. Convention d'arbitrage**

18. Le chapitre II de la Loi type a trait à la convention d'arbitrage, en particulier à sa reconnaissance par les tribunaux étatiques.

### *a) Définition et forme de la convention d'arbitrage*

19. Dans sa version initiale de 1985, l'article 7 sur la définition et la forme de la convention d'arbitrage suivait de près le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York, lequel exige que la convention d'arbitrage soit sous forme écrite. Si les parties ont décidé d'avoir recours à l'arbitrage mais que leur convention d'arbitrage ne respecte pas cette exigence de forme, l'une ou l'autre sera fondée à contester la compétence du tribunal arbitral. Les praticiens ont fait observer que dans un certain nombre de situations, il était difficile, voire impossible, de rédiger un document écrit. Dans ces cas, lorsque la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage était incontestable, la validité de la convention d'arbitrage devrait être reconnue.

C'est pourquoi la Commission a modifié l'article 7 en 2006 pour mieux tenir compte des pratiques en matière de contrats internationaux. Ce faisant, elle a adopté deux options qui reflètent deux manières différentes de traiter la question de la définition et de la forme de la convention d'arbitrage. La première option suit la structure détaillée du texte initial de 1985. Elle confirme la validité et l'effet de l'engagement pris par écrit par les parties de soumettre à l'arbitrage un différend existant ("compromis") ou futur ("clause compromissoire"). Elle suit la Convention de New York, en ce qu'elle exige que la convention d'arbitrage soit sous forme écrite mais considère, comme équivalant à l'"écrit" traditionnel, le fait que le "contenu" de la convention soit "consigné sous une forme quelconque". La convention d'arbitrage peut être conclue sous n'importe quelle forme (y compris orale) pour autant que son contenu soit consigné. Cette nouvelle règle est importante car elle n'exige plus ni signature ni échange de messages de la part des parties. Elle modernise le langage relatif à l'utilisation du commerce électronique en s'inspirant de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 et de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005. Elle s'applique à l'"échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre" et prévoit aussi que "la référence dans un contrat à tout document" (des conditions générales par exemple) "contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat". Elle indique donc clairement que l'on peut toujours avoir recours au droit des contrats applicable afin de déterminer le degré de consentement nécessaire pour qu'une partie soit liée par une convention d'arbitrage qui aurait été conclue "par référence". La deuxième option définit la convention d'arbitrage de façon à ne poser aucune exigence de forme. La Commission n'a exprimé aucune préférence pour l'une ou l'autre option, les États adoptants pouvant faire leur choix en fonction de leurs besoins particuliers et du contexte juridique dans lequel la Loi type est incorporée, notamment de leur droit général des contrats. Les deux options visent à préserver la force obligatoire des conventions d'arbitrage telle que prévue dans la Convention de New York.

20. À cet égard, la Commission a aussi adopté, à sa trente-neuvième session en 2006, une "Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958" (A/61/17, annexe 2)<sup>2</sup>. Dans sa résolution 61/33 du 4 décembre 2006, l'Assemblée générale a noté que "dans le cadre de la modernisation des articles de la Loi type, la promotion d'une interprétation et d'une application uniformes de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New

York le 10 juin 1958, est particulièrement opportune”. La recommandation a été rédigée compte tenu de l’utilisation de plus en plus étendue du commerce électronique ainsi que des lois internes et de la jurisprudence, plus favorables que la Convention de New York à l’égard de l’exigence de forme régissant les conventions d’arbitrage, les procédures d’arbitrage et l’exécution des sentences arbitrales. La recommandation encourage les États à appliquer le paragraphe 2 de l’article II de la Convention en “reconnaissant que les cas s’y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs”. Elle les incite en outre à adopter l’article 7 révisé de la Loi type, dont les deux options prévoient un régime plus favorable pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales que celui de la Convention de New York. Conformément au principe de la “loi la plus favorable” posé au paragraphe 1 de l’article VII de cette Convention, la recommandation précise que “toute partie intéressée” devrait être autorisée à “se prévaloir des droits qu’elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d’arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention”.

*b) Convention d’arbitrage et tribunaux étatiques*

21. Les articles 8 et 9 portent sur deux aspects importants des relations complexes entre la convention d’arbitrage et le recours aux tribunaux étatiques. Le paragraphe 1 de l’article 8 de la Loi type, calqué sur le paragraphe 3 de l’article II de la Convention de New York, oblige le tribunal étatique à renvoyer les parties à l’arbitrage s’il est saisi d’un différend sur une question visée par une convention d’arbitrage, à moins qu’il ne constate que la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d’être exécutée. Le renvoi doit être demandé par l’une des parties, au plus tard lorsqu’elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend. Cette disposition, quand elle est adoptée par un État incorporant la Loi type, ne s’impose par sa nature qu’aux tribunaux de cet État. Toutefois, puisque la portée de l’article 8 n’est pas limitée aux conventions prévoyant que l’arbitrage se déroulera dans l’État adoptant, il favorise la reconnaissance et l’application universelles des conventions d’arbitrage commercial international.

22. L’article 9 énonce le principe selon lequel les mesures provisoires ou conservatoires susceptibles d’être prononcées par les tribunaux étatiques en application de leurs règles de procédure (par exemple les saisies conservatoires) sont compatibles avec une convention d’arbitrage. Cette disposition s’adresse en définitive aux tribunaux de n’importe quel État, dans la mesure où elle établit la compatibilité entre les mesures provisoires qu’un juge est susceptible de prendre et une convention d’arbitrage, quel que soit le lieu de l’arbitrage. Une demande de mesures provisoires adressée à un tribunal étatique ne peut être invoquée, en vertu de la Loi type, pour renoncer à la convention d’arbitrage ni en contester l’existence ou l’effet.

**3. Composition du tribunal arbitral**

23. Le chapitre III contient un certain nombre de dispositions détaillées se rapportant à la nomination, à la récusation, à la fin du mandat et au remplacement des arbitres. Ce chapitre illustre la démarche générale suivie dans la Loi type pour éliminer les difficultés découlant de lois ou de règles inappropriées ou lacunaires.

Premièrement, la Loi type reconnaît aux parties la liberté de déterminer, par référence à un règlement d’arbitrage existant ou dans le cadre d’une convention ad hoc, la procédure à appliquer, sous réserve des exigences fondamentales d’équité et de justice. Deuxièmement, lorsque les parties n’ont pas exercé leur faculté de fixer les règles de la procédure ou ont omis de traiter une question particulière, la Loi type permet, en fournissant un ensemble de règles supplétives, d’engager la procédure d’arbitrage et de la poursuivre effectivement jusqu’à ce que le différend soit réglé.

24. Si durant une procédure — arrêtée d'un commun accord par les parties ou fondée sur les règles supplétives de la Loi type — des difficultés surgissent pour la nomination, la récusation ou la fin du mandat d'un arbitre, les articles 11, 13 et 14 prévoient l'assistance des tribunaux étatiques ou d'autres autorités compétentes désignées par l'État adoptant. Compte tenu de l'urgence des questions se rapportant à la composition du tribunal arbitral ou à sa capacité à fonctionner, et pour réduire le risque et les effets d'éventuelles manoeuvres dilatoires, les délais prévus sont courts et les décisions rendues par les tribunaux étatiques, ou d'autres autorités, sur ces questions ne sont pas susceptibles de recours.

#### **4. Compétence du tribunal arbitral**

##### *a) Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence*

25. Le paragraphe 1 de l'article 16 adopte deux principes importants (qui ne sont pas encore généralement reconnus): celui de la "compétence-compétence" et celui de la séparabilité ou de l'autonomie de la clause compromissoire. Le principe de la compétence-compétence désigne le droit du tribunal arbitral de statuer en toute indépendance sur la question de sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage, sans qu'il soit nécessaire de saisir une juridiction étatique. Le principe de la séparabilité signifie, quant à lui, qu'une clause compromissoire est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. Il s'ensuit que la constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire. Les dispositions détaillées du paragraphe 2 exigent que toute contestation relative à la compétence des arbitres soit formulée le plus tôt possible.

26. La compétence dévolue au tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence (à savoir sur le fondement, la teneur et l'étendue de sa mission et de ses pouvoirs) est bien entendu soumise au contrôle du juge étatique. Lorsque le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, le paragraphe 3 de l'article 16 prévoit la possibilité d'un contrôle immédiat du juge étatique pour éviter toute perte de temps et d'argent. Cependant, trois règles procédurales sont également posées pour réduire le risque de manoeuvres dilatoires et pour en limiter les effets: le délai de saisine du juge étatique est court (trente jours), la décision de ce dernier est insusceptible de recours et le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence en attendant que le juge se prononce. Lorsque le tribunal arbitral décide de statuer sur sa compétence dans sa sentence sur le fond, un contrôle du juge étatique est possible lors de la procédure d'annulation de la sentence prévue à l'article 34 ou lors de la procédure de reconnaissance et d'exécution de la sentence dans le cadre de l'article 36.

##### *b) Pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et des ordonnances préliminaires.*

27. Le chapitre IV A sur les mesures provisoires et les ordonnances préliminaires a été adopté par la Commission en 2006. Il remplace l'article 17 de la version initiale de 1985. La section 1 donne une définition générique des mesures provisoires et énonce les conditions de leur octroi. La révision de la Loi type a permis d'introduire une nouveauté importante: la section 4 a instauré en effet un régime de reconnaissance et d'exécution des mesures provisoires inspiré, selon les besoins, du régime de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales prévu aux articles 35 et 36 de la Loi.

28. La section 2 du chapitre IV A traite des requêtes aux fins d'ordonnances préliminaires ainsi que des conditions d'octroi de ces ordonnances. Une ordonnance préliminaire constitue un moyen de préserver le statu quo en attendant que le tribunal arbitral prononce une mesure provisoire l'adoptant ou la modifiant. Le paragraphe 1 de l'article 17 B dispose qu'"une partie peut

présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête aux fins d'ordonnance préliminaire enjoignant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée". Le paragraphe 2 de cet article autorise un tribunal arbitral à prononcer une ordonnance préliminaire "à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure". L'article 17 C énonce un certain nombre de règles soigneusement rédigées pour protéger la partie visée par l'ordonnance préliminaire: il prévoit notamment que la requête aux fins d'ordonnance préliminaire et l'ordonnance préliminaire éventuellement prononcée doivent être rapidement notifiées et que la possibilité doit être donnée à cette partie de faire valoir ses droits "dès que possible". En tout état de cause, une ordonnance préliminaire a une durée maximum de vingt jours et, bien que s'imposant aux parties, elle n'est pas susceptible d'exécution par une juridiction étatique et ne constitue pas une sentence. Le terme "ordonnance préliminaire" est employé pour bien insister sur le caractère limité de cette mesure.

29. La section 3 énonce des règles applicables à la fois aux mesures provisoires et aux ordonnances préliminaires.

30. La section 5 est constituée par l'article 17 J relatif aux mesures provisoires ordonnées par les tribunaux étatiques à l'appui de l'arbitrage. Cet article prévoit qu'"un tribunal dispose, pour prononcer une mesure provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non son lieu sur le territoire du présent État, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire". Il a été ajouté en 2006 pour établir clairement que l'existence d'une convention d'arbitrage est sans incidence sur le pouvoir de la juridiction étatique compétente de prononcer des mesures provisoires et que la partie à cette convention est libre de saisir la juridiction d'une demande de mesures provisoires.

### ***5. Conduite de la procédure arbitrale***

31. Le chapitre V définit le cadre juridique visant à assurer une conduite équitable et efficace de la procédure d'arbitrage. L'article 18, qui pose une règle fondamentale d'équité procédurale, et l'article 19 sur les droits et pouvoirs de déterminer les règles de procédure expriment des principes clefs pour la Loi type.

#### ***a) Droits procéduraux fondamentaux d'une partie***

32. L'article 18 consacre deux principes, à savoir que les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et se voir donner toute possibilité de faire valoir leurs droits. Plusieurs dispositions illustrent ces principes. Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 24 dispose que, à moins que les parties ne soient convenues qu'il n'y aura pas de procédure orale pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de l'instance arbitrale, si une partie lui en fait la demande. On notera que ce paragraphe traite uniquement du droit général à une procédure orale (par opposition à une procédure sur pièces) et non des aspects procéduraux, comme la durée, le nombre ou la date des audiences.

33. Une autre illustration de ces principes concerne le cas où le tribunal arbitral nomme un expert. Le paragraphe 2 de l'article 26 exige que l'expert, après avoir présenté son rapport écrit ou oral, participe à une audience à laquelle les parties peuvent l'interroger et faire venir en qualité de témoins des experts qui déposent sur les questions litigieuses, si cette audience est demandée par une partie ou jugée nécessaire par le tribunal arbitral. Une autre disposition visant à garantir l'équité, l'objectivité et l'impartialité est énoncée au paragraphe 3 de l'article 24, qui dispose que toutes les conclusions, pièces et informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie et que tout rapport d'expert ou document présenté en tant que preuve sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être



communiqué aux parties. Afin que les parties soient en mesure d'assister à toutes les audiences et à toutes les réunions que le tribunal arbitral tiendrait aux fins d'inspection, celles-ci doivent leur être notifiées suffisamment longtemps à l'avance (article 24, paragraphe 2).

#### **b) Détermination des règles de procédure**

34. L'article 19 laisse aux parties la liberté de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral, sous réserve de quelques dispositions procédurales impératives, et autorise ce dernier, à défaut d'accord entre les parties, à procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.

35. L'autonomie procédurale dont disposent les parties revêt une importance particulière dans les arbitrages internationaux car elle leur permet de choisir ou d'adapter les règles en fonction de leurs souhaits et de leurs besoins particuliers, sans être limitées par les concepts internes traditionnels et parfois incompatibles et, partant, sans s'exposer au risque susmentionné de déception ou de surprise (voir plus haut par. 7 et 9). Le pouvoir d'appréciation supplémentaire conféré au tribunal arbitral est tout aussi important, en ce qu'il permet à celui-ci d'adapter la conduite de l'instance aux caractéristiques particulières de l'espèce sans se heurter aux contraintes pouvant découler du droit interne traditionnel, notamment des règles internes de preuve. Ce pouvoir permet en outre au tribunal de prendre l'initiative pour régler les questions de procédure qui ne seraient pas tranchées dans la convention d'arbitrage ou dans la Loi type.

36. Outre les dispositions générales prévues à l'article 19, d'autres dispositions de la Loi type reconnaissent l'autonomie des parties et, en l'absence de convention entre elles, autorisent le tribunal arbitral à trancher certaines questions. L'article 20 relatif au lieu de l'arbitrage et l'article 22 sur la langue à utiliser dans la procédure arbitrale en sont deux exemples qui revêtent une importance pratique particulière dans les arbitrages internationaux.

#### **c) Défaut d'une partie**

37. Le tribunal arbitral peut poursuivre l'instance en l'absence d'une partie, à condition que celle-ci en soit dûment informée. Cette règle vaut en particulier lorsque le défendeur ne présente pas ses défenses (article 25, alinéa b). Le tribunal arbitral peut également poursuivre la procédure si l'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents sans invoquer d'empêchement légitime (article 25, alinéa c). En revanche, si le demandeur ne présente pas sa demande, le tribunal est dans l'obligation de mettre fin à la procédure (article 25, alinéa a).

38. Les dispositions autorisant le tribunal arbitral à poursuivre sa tâche même en l'absence de participation de l'une des parties sont extrêmement importantes sur le plan pratique. Comme le montre l'expérience, il n'est pas rare que l'une des parties soit peu soucieuse de coopérer et de faire diligence. Ces dispositions confèrent donc à l'arbitrage commercial international l'efficacité nécessaire, dans les limites des exigences fondamentales d'équité procédurale.

### **6. Prononcé de la sentence et clôture de la procédure**

#### **a) Règles applicables au fond du différend**

39. L'article 28 traite de la détermination des règles de droit qui régissent le fond du différend. Aux termes du paragraphe 1, le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit que les parties ont choisies. Cette disposition est importante à deux égards. D'une part, elle donne aux parties la liberté de choisir le droit matériel applicable, ce qui est appréciable lorsque la loi nationale ne reconnaît pas clairement ou pleinement cette liberté. D'autre part, en utilisant

l'expression "règles de droit" plutôt que "loi", la Loi type offre aux parties une plus vaste gamme d'options pour désigner les règles applicables au fond du différend.

Les parties peuvent par exemple convenir d'appliquer des règles de droit qui ont été élaborées par une instance internationale mais qui n'ont encore été incorporées dans aucun système juridique national. Elles pourraient aussi opter directement pour un instrument, tel que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, en tant que corps de règles matérielles régissant l'arbitrage, sans avoir à désigner la loi nationale d'un État partie à ladite Convention. En revanche, les pouvoirs du tribunal arbitral sont plus traditionnels. Lorsque les parties n'ont pas indiqué la loi applicable, celui-ci applique la loi (nationale) désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

40. Le paragraphe 3 de l'article 28 reconnaît aux parties la possibilité d'autoriser le tribunal arbitral à statuer *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur.

Ce type d'arbitrage (qui permet au tribunal arbitral de trancher le litige en appliquant des principes qu'il estime être justes sans à avoir à se référer à un corps de règles particulier) n'est pas actuellement connu ou utilisé dans tous les systèmes juridiques. La Loi type n'a pas vocation à édicter des règles dans ce domaine. Elle attire simplement l'attention des parties sur le fait que la convention d'arbitrage doit être claire sur ce point et que ce pouvoir doit être conféré expressément. Le paragraphe 4 indique clairement, toutefois, que dans tous les cas où le litige a trait à un contrat (y compris dans le cas d'un arbitrage *ex aequo et bono*), le tribunal arbitral doit statuer conformément aux stipulations du contrat et tenir compte des usages du commerce applicable à la transaction.

#### **b) Prononcé de la sentence et d'autres décisions**

41. Dans ses articles concernant le prononcé de la sentence (art. 29 à 31), la Loi type traite en particulier du cas où le tribunal arbitral est composé de plusieurs arbitres. Toute sentence ou autre décision est alors prise à la majorité des arbitres, sauf pour les questions de procédure qui peuvent être tranchées par un arbitre président.

Le principe de la majorité s'applique aussi à la signature de la sentence, pour autant que l'absence d'une signature soit motivée.

42. Le paragraphe 3 de l'article 31 dispose que la sentence mentionne le lieu de l'arbitrage et est "réputée" avoir été rendue audit lieu. Cette disposition vise à souligner que le prononcé définitif de la sentence constitue un acte juridique, qui en pratique ne correspond pas nécessairement à une unité de temps ni de lieu. Pour la même raison que l'instance arbitrale n'a pas à se dérouler à l'endroit désigné comme étant, juridiquement, le "lieu de l'arbitrage", le prononcé de la sentence peut être le fruit de délibérations tenues en des lieux divers, par téléphone ou par correspondance. La signature de la sentence n'exige pas non plus la présence physique des arbitres dans le même lieu.

43. La sentence doit être rendue par écrit et mentionner à quelle date elle l'a été. Elle doit aussi être motivée, sauf si les parties en sont convenues autrement ou s'il s'agit d'une sentence rendue par "accord des parties", (c'est-à-dire qu'elle reprend les termes d'un règlement amiable conclu entre les parties). On ajoutera que la Loi type n'exige ni n'interdit les "opinions dissidentes".

#### **7. Recours contre la sentence**

44. Les disparités entre lois nationales concernant les types de recours dont les parties peuvent se prévaloir contre une sentence arbitrale constituent une difficulté majeure dans l'harmonisation de la législation sur l'arbitrage international. Certaines lois obsolètes sur l'arbitrage, qui établissent des régimes parallèles pour les sentences et les décisions judiciaires, prévoient divers types de

recours, des délais variables (et souvent longs) pour les exercer et des listes détaillées de motifs susceptibles d'être invoqués. Cette situation (qui préoccupe vivement les parties à l'arbitrage commercial international) se trouve considérablement améliorée par la Loi type, qui prévoit des motifs uniformes (et des délais clairs) de recours contre une sentence arbitrale.

**a) Demande d'annulation comme recours exclusif**

45. La première amélioration apportée par la Loi type vient de ce qu'elle n'autorise qu'un type de recours, excluant ainsi tout autre recours pouvant être prévu dans les règles de procédure de l'État considéré. Le paragraphe 1 de l'article 34 dispose que la demande d'annulation est le seul recours possible, demande qui doit être formée dans un délai de trois mois à compter de la réception de la communication de la sentence (paragraphe 3). S'il régit les voies de "recours" (autrement dit les moyens dont dispose une partie pour "attaquer" activement la sentence), l'article 34 n'interdit pas à une partie de demander au juge étatique de contrôler la sentence lorsqu'elle est défenderesse dans une procédure d'exécution (art. 35 et 36). Bien que l'article 34 se limite à la saisine d'un juge étatique (c'est-à-dire un organe du système judiciaire d'un État), rien n'empêche en revanche un recours devant un tribunal arbitral de deuxième degré si les parties sont convenues d'une telle possibilité (comme cela est courant dans le commerce de certains produits).

**b) Motifs d'annulation**

46. Autre amélioration, la Loi type contient une liste exhaustive de motifs d'annulation d'une sentence. Cette liste fait essentiellement pendant à celle qui figure au paragraphe 1 de l'article 36, elle-même reprise de l'article V de la Convention de New York. Les motifs prévus au paragraphe 2 de l'article 34 sont divisés en deux catégories. On trouve, d'une part, les motifs devant être prouvés par une partie, à savoir l'incapacité de conclure une convention d'arbitrage; l'invalidité de la convention; le défaut de notification de la désignation d'un arbitre ou de la procédure d'arbitrage ou l'impossibilité pour une partie de faire valoir ses droits; le fait que la sentence porte sur des questions non soumises à l'arbitrage; le fait que la constitution du tribunal arbitral ou la conduite de la procédure arbitrale sont non conformes à la convention effectivement conclue entre les parties ou, en l'absence d'une telle convention, à la Loi type. Le paragraphe 2 prévoit, d'autre part, des motifs d'annulation pouvant être envisagés par le tribunal étatique de sa propre initiative, à savoir l'inarbitrabilité de l'objet du différend et la contrariété à l'ordre public, (qui doivent être considérés comme des manquements graves aux notions fondamentales d'équité procédurale).

47. Le parallélisme entre les motifs d'annulation d'une sentence dans la Loi type et les motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence prévus à l'article V de la Convention de New York rappelle l'approche adoptée dans la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961). Selon l'article IX de cette dernière, la décision d'un tribunal étatique étranger d'annuler une sentence pour un motif autre que ceux énumérés à l'article V de la Convention de New York ne constitue pas une cause de refus d'exécution. La Loi type va un peu plus loin dans cette direction en limitant directement les causes d'annulation.

48. Bien que les motifs d'annulation prévus au paragraphe 2 de l'article 34 soient quasiment identiques aux motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution prévus au paragraphe 1 de l'article 36, il convient de noter une différence pratique. Une demande d'annulation fondée sur le paragraphe 2 de l'article 34 ne peut être présentée que devant une juridiction de l'État où la sentence a été rendue, alors qu'une demande d'*exequatur* peut l'être devant une juridiction de n'importe quel État. Aussi les motifs relatifs à l'ordre public et à l'inarbitrabilité peuvent-ils

varier quant au fond en fonction de la loi appliquée par le juge étatique (dans l'État d'annulation ou l'État d'exécution).

#### **8. Reconnaissance et exécution des sentences**

49. Le huitième et dernier chapitre de la Loi type concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences. Ses dispositions reflètent l'importante décision de principe d'appliquer les mêmes règles à toutes les sentences arbitrales, qu'elles aient été rendues dans le pays d'exécution ou à l'étranger, et de calquer ces règles sur les dispositions de la Convention de New York.

##### *a) Vers un traitement uniforme de toutes les sentences indépendamment du pays d'origine*

50. En traitant les sentences rendues dans le cadre de l'arbitrage commercial international de manière uniforme quel que soit le pays où elles ont été rendues, la Loi type substitue à la distinction traditionnelle entre sentences "étrangères" et sentences "internes" une distinction entre sentences "internationales" et sentences "non internationales". Cette nouvelle distinction est fondée sur des raisons de fond et non sur des critères territoriaux, qui sont inadéquats vu l'importance limitée du lieu de l'arbitrage dans les affaires internationales. Ce lieu est en effet souvent choisi par les parties pour des motifs de commodité et le différend n'aura parfois qu'un vague lien, voire n'en aura aucun, avec l'État où l'arbitrage a lieu juridiquement.

Par conséquent, la reconnaissance et l'exécution des sentences "internationales", qu'elles soient "étrangères" ou "internes", devraient être régies par les mêmes dispositions.

51. En calquant les règles de reconnaissance et d'exécution sur les dispositions correspondantes de la Convention de New York, la Loi type complète, sans entrer en conflit avec lui, le régime de reconnaissance et d'exécution créé par cette fructueuse convention.

##### *b) Conditions procédurales de la reconnaissance et de l'exécution*

52. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 35, toute sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et est exécutée sous réserve des dispositions figurant au paragraphe 2 de ce même article et à l'article 36 (qui énonce les motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution).

Compte tenu de l'importance limitée du lieu de l'arbitrage dans les affaires internationales (ainsi qu'on l'a vu plus haut) et de la volonté de surmonter les "contraintes" territoriales, la réciprocité ne figure pas parmi les conditions de la reconnaissance et de l'exécution.

53. La Loi type n'indique pas en détail les procédures à suivre en matière de reconnaissance et d'exécution, le soin de les définir étant laissé à la législation et aux pratiques nationales en matière de procédure. Elle énonce seulement certaines conditions pour obtenir l'exécution au paragraphe 2 de son article 35. Ce paragraphe a été modifié en 2006 pour assouplir les conditions de forme et prendre en compte la modification de l'article 7. Il n'exige plus la présentation d'une copie de la convention d'arbitrage.

##### *c) Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution*

54. Bien que les motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution prévus dans la Loi type soient identiques à ceux qui sont énumérés à l'article V de la Convention de New York, ils ne valent pas seulement pour les sentences étrangères et s'appliquent à toutes les sentences rendues sous l'empire de la législation incorporant la Loi type. De manière générale, il a été jugé souhaitable, par souci d'harmonie, d'adopter la même approche et la même formulation que cette importante convention.

Toutefois, le premier motif sur la liste figurant dans la Convention de New York (à savoir que la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées si "les parties à la convention [d'arbitrage] étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité") a été modifié car on a estimé qu'il contenait une règle de conflit incomplète et susceptible d'induire en erreur.

### *Troisième partie*

**Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 7 juillet 2006 à sa trente-neuvième session**

*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,*

*Rappelant* la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

*Consciente* du fait que les différents systèmes juridiques, sociaux et économiques du monde, ainsi que différents niveaux de développement sont représentés en son sein,

*Rappelant* les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine,

*Convaincue* que la large adoption de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, a été un progrès notable dans la promotion de l'état de droit, en particulier dans le domaine du commerce international,

*Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution indiquant, notamment, qu'elle "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé"<sup>579</sup>,

*Gardant à l'esprit* les différences d'interprétation des exigences de forme énoncées dans la Convention qui sont dues en partie à des différences de formulation entre les cinq textes de la Convention faisant également foi,

*Tenant compte* du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention, qui vise notamment à permettre l'exécution dans la plus large mesure des sentences arbitrales étrangères, particulièrement en reconnaissant à toute partie intéressée le droit de se prévaloir de la législation ou des traités du pays où la sentence est invoquée, même lorsque le régime offert par cette législation ou ces traités est plus favorable que celui de la Convention,

*Considérant* l'utilisation étendue du commerce électronique,

*Tenant compte* d'instruments juridiques internationaux comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, telle que modifiée ultérieurement, en particulier en ce qui concerne son article 7, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Loi

---

<sup>579</sup> Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 330, n° 4739



type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ;

*Tenant compte également* des lois internes, ainsi que de la jurisprudence, plus favorables que la Convention à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales,

*Considérant* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de la nécessité de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales,

1. *Recommande* qu'on applique le paragraphe 2 de l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs;

2. *Recommande également* que le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention.

Pour tout renseignement complémentaire sur la Loi type, s'adresser au:

Secrétariat de la CNUDCI

Centre international de Vienne

Boîte postale 500

1400 Vienne (Autriche)

Téléphone: (+43-1) 26060-4060

Télécopieur: (+43-1) 26060-5813

Internet: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

Courrier électronique: [uncitral@uncitral.org](mailto:uncitral@uncitral.org)

United Nations Publications : ISBN : 978-92-1-233443-1

Printed in Austria: V.07-86999- February 2008-1,070