



Année universitaire 2022-2023

MASTER I DROIT

MENTION DROIT INTERNATIONAL

CONTENTIEUX INTERNATIONAL

Cours de M. Coulibaly

Professeur agrégé des universités



▶ CHAPITRE II

▶ **Version « dense » (facultative) :**
mardi 18 octobre 2022

www.lex-publica.com

Partie I

Chapitre I

► Chapitre II

Le règlement arbitral

Nota bene :

Seule la **section I** de ce chapitre est à réviser en vue de l'examen.

Sommaire

(interactif à l'écran)

CHAPITRE II : Le règlement arbitral	4
SECTION I : Le consentement des parties à l'arbitrage.....	5
I - Le recours facultatif à l'arbitrage	5
A - Le choix du compromis d'arbitrage	5
1 - Établissement	5
2 - Économie	6
B - Le régime juridique du compromis d'arbitrage.....	7
1 - Nature	7
2 - Effets.....	8
II - Le recours obligatoire à l'arbitrage	9
A - Les clauses compromissoires	9
1 - La clause compromissoire spéciale	9
2 - La clause compromissoire générale.....	10
B - Les traités d'arbitrage obligatoire.....	10
1 - Les accords universels	10
2 - Les accords régionaux	11
SECTION II : La soumission des différends à l'arbitrage	13
I - L'organe arbitral.....	13
A - Forme juridique.....	13
1 - L'arbitrage unipersonnel.....	13
2 - L'arbitrage collégial	14
a - L'arbitrage par commission.....	14
b - L'arbitrage par tribunal.....	15
B - Statut juridique	16
1 - La condition juridique des arbitres.....	16
a - La question de la représentation	16
b - Le caractère exclusif de la qualité d'arbitre	16
c - La protection juridique de l'arbitre.....	16
2 - L'effectivité et l'immutabilité de l'organe arbitral.....	17
a - L'atteinte à l'effectivité du tribunal	17
b - L'atteinte à l'immutabilité du tribunal.....	17
II - L'instance arbitrale.....	18
A - La procédure arbitrale.....	18
1 - Les missions de l'organe arbitral	18
2 - Le principe du contradictoire et sa mise en œuvre.....	19
a - L'instruction écrite.....	19
b - L'instruction orale	19
c - L'administration de la preuve.....	20
i - Les principes	20
ii - Les moyens de preuve	20
B - La sentence arbitrale	21
1 - Forme et contenu.....	21
2 - Portée et efficacité.....	22
a - L'autorité de la sentence	22
b - Les voies de recours.....	23

CHAPITRE II : Le règlement arbitral

Question initiale :

Est-il opportun de comparer le recours au *règlement judiciaire* (devant la CIJ) et le recours au *règlement arbitral* ?

Réponse soutenue :

Il n'est pas sans intérêt de comparer le recours au règlement judiciaire (devant la CIJ) et le recours au règlement arbitral étant donné qu'il s'agit des deux principaux recours juridictionnels. Un tel parallèle mettra en exergue une différence et des similitudes essentielles.

1. La différence. Le recours au règlement arbitral est ouvert à tous les États. En revanche, le recours au règlement judiciaire (devant la CIJ) n'est accessible qu'aux États qui ont accepté d'une manière permanente ou ponctuelle le statut de la CIJ : les États membres des Nations Unies, les États non membres des Nations Unies mais parties au Statut de la Cour et les États non parties au Statut auxquels la Cour est ouverte. Cela dit, tout État peut, s'il le désire vraiment, faire partie de l'une de ces trois catégories d'États.

2. Les similitudes. Le recours au règlement judiciaire comme le recours au règlement arbitral sont fondés sur le consentement des parties.

Pourtant on soutient que dans certains cas le recours au règlement judiciaire ou au règlement arbitral est obligatoire.

Pour n'être pas inexacte, une telle affirmation prête à confusion.

➤ Si l'on met l'accent sur le fait qu'ils se fondent sur le consentement des États, on peut dire que ni le recours au règlement judiciaire ni le recours au règlement arbitral ne sont obligatoires, en ce sens qu'ils ne sont pas imposés aux États. Au moment où ils consentent directement ou indirectement, explicitement ou implicitement, à recourir au règlement judiciaire ou au règlement arbitral, les États n'obéissent pas à une obligation particulière - si elle existait, une telle obligation serait également fondée sur leur consentement.

➤ En revanche, si l'on met l'accent sur les conséquences du consentement, il n'est pas absurde de dire que le recours au règlement judiciaire ou au règlement arbitral est obligatoire lorsque l'État décide ou a décidé d'en faire usage. En donnant son consentement, l'État assume une obligation, celle de recourir au règlement judiciaire ou au règlement arbitral à l'occasion d'un ou plusieurs litiges. Cette obligation s'impose à l'État même si initialement elle est fondée sur sa volonté : *pacta sunt servanda* - au sens générique de l'expression.

↓ Développement ↓

L'arbitrage, au sens générique du mot, avait cours dans l'antiquité grecque et au Moyen âge. Il reposait déjà, d'une part sur des règles hétérogènes mais autonomes, d'autre part sur des garanties d'exécution - serment, prise d'otages... Il a disparu brusquement à la fin du XVI^e siècle pour resurgir au XVIII^e siècle - Cf., par exemple, le traité Jay du 19 novembre 1794.

Toutefois, l'arbitrage, dans sa forme moderne, est né à la suite de la Guerre de sécession (1861-1865), à l'occasion de l'affaire de l'*Alabama*, jugée le 14 septembre 1872 par un tribunal siégeant à Genève. En l'espèce et pour la première fois,

- la composition de la juridiction arbitrale n'était pas seulement mixte : 5 arbitres dont 3 de nationalité tierce, - c'est-à-dire de nationalité autre que celles des parties ;
- le compromis d'arbitrage indiquait précisément le droit applicable.

Définition de l'arbitrage international : Aux termes de l'article 37 de la convention de La Haye du 18 octobre 1907, « l'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les États par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit. »

SECTION I : Le consentement des parties à l'arbitrage

L'arbitrage est tout entier dominé par le principe de l'autonomie de la volonté étatique. Dans l'affaire *Ambatielos* -19 mai 1953 - la Cour internationale de Justice le rappelle, en versant délibérément dans le pléonasme : « Un État ne saurait être obligé de soumettre ses différends à l'arbitrage sans son consentement ».

Le consentement peut être donné avant ou après la naissance du différend. Lorsque survient un différend, ces deux modalités du consentement étatique conduisent à distinguer le recours facultatif et le recours obligatoire à l'arbitrage.

I - Le recours facultatif à l'arbitrage

A - Le choix du compromis d'arbitrage

Définition analytique : « Le compromis d'arbitrage est un traité soumettant l'objet d'un différend déterminé à des arbitres spécialement désignés ou dont la désignation a été réglée, et qui décrit et limite le pouvoir de ces arbitres. »

Définition synthétique : Le compromis d'arbitrage, c'est « l'accord international aux termes duquel les États intéressés conviennent de confier à un arbitre ou à un tribunal arbitral le règlement d'un ou de plusieurs différends déjà nés. »

C'est la forme la plus simple de l'accord des États ; c'est aussi la forme qui, historiquement, est apparue la première.

1 - Établissement

Le compromis est un traité négocié, en principe, par les parties elles-mêmes. Mais il arrive qu'il soit établi par une autorité extérieure aux parties. La médiation d'une telle autorité est sollicitée lorsque, par exemple, les parties ne parviennent pas à s'accorder sur les termes du compromis.

L'article 53 de la convention de La Haye du 18 octobre 1907 en appelle à la Cour Permanente d'Arbitrage : « La Cour Permanente est compétente pour l'établissement du compromis, si les parties sont d'accord pour s'en remettre à elle. » Pour ce faire, l'article 54 prévoit la constitution d'une commission *ad hoc*. Ces dispositions sont restées lettre morte.

Il est également loisible aux parties de s'en remettre à la diligence du Président de la Cour internationale de Justice ou du Secrétaire général des Nations Unies.

Dans les affaires où l'arbitrage intervient à l'instigation d'une organisation internationale, celle-ci assume souvent un rôle direct. Ainsi, le compromis peut-il naître de l'acceptation par les parties d'une résolution du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale des Nations Unies recommandant le recours à l'arbitrage.

Exemples :

- Dans l'affaire de la *Frontière des Andes* - sentence arbitrale de la reine Élisabeth II, 9 décembre 1966 -, l'Argentine et le Chili acceptent de soumettre leur différend au gouvernement britannique. Mais ils ne parviennent pas à s'accorder sur le texte d'un compromis. Conformément au traité

liant les deux États, le gouvernement britannique édicte le 1^{er} avril 1965 un acte unilatéral. Ce document désigne un tribunal présidé par Lord McNair et fixe les règles de l'arbitrage.

- L'arbitrage frontalier entre *l'Égypte et Israël* a été négocié sous les auspices des États-Unis - sentence du 29 septembre 1988. Le compromis d'arbitrage du 11 septembre 1986 a été signé, non seulement par les représentants des deux parties, mais aussi par des " témoins " américains.
- On peut enfin évoquer le rôle actif joué par l'Algérie dans la conclusion des accords d'Alger du 19 janvier 1981 entre les *États-Unis et l'Iran*.

2 - Économie

L'importance du compromis pour le succès de l'arbitrage étant patente, le texte doit être rédigé avec le maximum de clarté. L'ambiguïté provoque des conflits et des retards susceptibles de ruiner toute la structure d'un règlement.

Le *Modèle de règles* élaboré par la Commission de droit international (C.D.I.) décrit le contenu idéal du compromis d'arbitrage. Celui-ci devrait spécifier :

- L'engagement d'arbitrage en vertu duquel le différend sera soumis aux arbitres,
- L'objet du différend et, si possible, les points sur lesquels les parties sont d'accord ou ne le sont pas,
- Le mode de constitution du tribunal et les noms des arbitres,
- Les règles de droit et les principes que devra appliquer le tribunal et, s'il y a lieu, le droit qui lui est conféré de décider *ex aequo et bono* comme si, en la matière, il était législateur,
- Le pouvoir qui lui serait éventuellement reconnu de faire des recommandations aux parties,
- Le pouvoir qui lui serait reconnu d'édicter lui-même ses propres règles de procédure,
- Le nombre des membres constituant le quorum pour les audiences,
- La majorité requise pour la sentence,
- Les délais dans lesquels elle devra être rendue,
- L'autorisation ou l'interdiction pour les membres du tribunal de joindre à la sentence leurs opinions dissidentes ou individuelles,
- Les langues à employer au cours des débats,
- Le mode de répartition des frais et dépens,
- Les services susceptibles d'être demandés à la Cour internationale de Justice.

Une précision : cette énumération n'est pas... limitative.

Dans la rédaction du compromis, le libellé de la question soumise à l'arbitrage mérite un soin particulier, et ce, pour deux raisons :

- d'une part, il définit et délimite la compétence des arbitres,
- d'autre part, il exerce une influence cruciale sur la teneur de la décision.

Deux écueils sont à éviter absolument :

- *L'excès de détails* : il entraîne parfois le tribunal arbitral dans une impasse.

Exemple : l'arbitrage frontalier entre Israël et l'Égypte - sentence du 29 septembre 1988. Pour déterminer la frontière, les arbitres devaient s'en tenir aux prétentions initiales des parties. Ils n'étaient pas habilités à prendre en considération de nouvelles données ou preuves apparues pendant la procédure.

- *L'excès de sobriété* : les parties s'en tiennent à une formulation volontairement vague.

Exemple : l'arbitrage entre la France et le Canada du 17 juillet 1986. Le compromis était on ne peut plus elliptique : « Le tribunal est prié de se prononcer sur le différend qui oppose les parties en ce qui concerne le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent par les chalutiers français. »

Pour la procédure, il peut être fait renvoi en tout ou partie aux articles 51 et suivants de la convention de La Haye.

Exemple : le traité de paix et d'amitié entre l'Argentine et le Chili signé le 29 novembre 1984 à la suite d'une médiation pontificale.

Les accords d'Alger du 19 janvier 1981 - entre les États-Unis et l'Iran - renvoient, quant à eux, aux règles de l'arbitrage commercial international élaborées par la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international.

Cependant, le plus souvent, les compromis confient aux arbitres même le soin de fixer les règles de procédure.

Exemples :

* Le compromis franco-britannique du 10 juillet 1975 relatif à la délimitation du plateau continental.

* L'échange de lettres du 29 juillet 1987 concernant le règlement d'arbitrage du traité relatif à la liaison fixe transmanche. L'article 11 permet au tribunal de "procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité."

B - Le régime juridique du compromis d'arbitrage

1 - Nature

Le compromis d'arbitrage est un traité dont la dénomination varie souvent avec les espèces: *convention d'arbitrage*, *convention* ou encore *accord tendant à soumettre à l'arbitrage - Arbitration agreement*. Naturellement, il est soumis aux règles générales du droit des traités.

Rappel : Selon l'article 2 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, un traité est un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière.

Les parties doivent respecter les règles de forme gouvernant la conclusion des engagements internationaux. La compétence pour conclure un compromis d'arbitrage international appartient aux autorités habilitées à engager internationalement l'État. Du reste, aux termes de l'article 46 de la Convention de Vienne, est nul tout traité conclu en violation manifeste d'une règle fondamentale de droit interne concernant la compétence pour conclure des traités. C'est le principe de la rectitude formelle du consentement à être lié¹.

Le compromis d'arbitrage est un instrument interétatique. C'est ce qu'a rappelé le tribunal arbitral franco-canadien dans sa sentence du 17 juillet 1986 relative au filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent : « L'accord du 27 mars 1972 est un traité conclu entre deux États souverains qui crée des droits et obligations réciproques dans le chef de ces deux États ». Toutefois, lorsque le différend a son origine dans le dommage subi par un particulier, celui-ci est souvent associé de fait à la définition du compromis.

Le compromis d'arbitrage est établi par écrit ; il se présente le plus souvent sous la forme d'un document unique.

Mais, parfois, une cascade d'accords sont nécessaires pour préciser toutes les données de l'arbitrage.

Exemples :

- Dans l'affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la *Guinée* et la *Guinée-Bissau* - sentence du 31 juillet 1989 -, l'accord de compromis du 18 février 1983 a été complété

* d'abord par un accord daté du 30 juin 1983 fixant le mode de désignation du président du tribunal,

* ensuite par un accord du 18 octobre 1983 déplaçant le siège du tribunal.

- Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, la France et la Nouvelle-Zélande ont d'abord procédé à un échange de lettres le 9 juillet 1986. Puis elles ont conclu, le 14 février 1989, un accord complémentaire destiné à en préciser le champ d'application.

Ce dernier exemple prouve que le compromis peut prendre la forme d'un simple échange de notes ou de lettres constituant un accord.

¹ Pour un exposé complet du droit français, se reporter à la circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux - JORF du 31 mai 1997, p. 8415 et suivantes.

2 - Effets

Le compromis fait droit entre les parties. L'obligation de le respecter a pour fondement le principe général coutumier *pacta sunt servanda*. L'engagement de recourir à l'arbitrage donne naissance à une obligation juridique qui doit être exécutée de bonne foi.

Si une partie ne s'y conforme pas, sa responsabilité internationale pourra être engagée. À moins qu'elle ne se prévale de la survenance d'un fait exonérateur. Par exemple, une situation rendant impossible l'exécution. Selon la Convention de Vienne du 23 mai 1969 (article 61), « une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité » - sauf si cette impossibilité résulte de la violation par la partie qui l'invoque d'une obligation du traité ou d'une obligation internationale. L'impossibilité temporaire entraîne une simple suspension de l'exécution.

Il faut également réserver l'hypothèse d'un accord des parties ou d'une entente amiable sur la question en litige.

Les effets juridiques du compromis cessent normalement, comme ceux de tout traité, par l'exécution des obligations qu'il impose. Parfois, un délai exceptionnellement long sépare la date du compromis et celle de la sentence.

Exemples :

* 25 ans dans l'affaire des *Phares* entre la France et la Grèce - sentence du 24 juillet 1956,

* 22 ans dans l'affaire de *L'île de Clipperton* entre la France et le Mexique - sentence du 28 janvier 1931.

Le compromis oblige aussi les arbitres. Il définit leur compétence et leur mission. Tel est le sens de la formule classique *extra compromissum arbiter nihil facere potest*. Les arbitres sont tenus de respecter le compromis parce qu'il constitue leur charte. S'ils statuaient au-delà des termes du compromis, ils commettraient un excès de pouvoir susceptible d'entraîner la nullité de la sentence. Cependant, le Modèle de règles de la C.D.I. prévoit la possibilité, pour le tribunal d'écarter certaines dispositions du compromis si celles-ci l'empêchent de rendre sa sentence.

**

II - Le recours obligatoire à l'arbitrage

Dans ce cas de figure, l'accord précède la naissance du différend au lieu de la suivre. L'engagement de soumettre à l'arbitrage des différends encore éventuels est généralement considéré comme un progrès du droit international. Il permet de définir les modalités de l'arbitrage en l'absence de tension. Cet engagement anticipé peut prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'un traité d'arbitrage obligatoire.

A - Les clauses compromissoires

L'engagement d'arbitrage figure parfois parmi les clauses d'un traité dont l'objet principal n'est pas le règlement des différends. Cette clause dite compromissoire (*compromettre* : recourir à l'arbitrage) est en général insérée dans les dispositions finales du traité. Elle a une portée variable.

1 - La clause compromissoire spéciale

La clause compromissoire est dite *spéciale* lorsqu'elle impose le recours à l'arbitrage pour les seuls différends relatifs à l'application et à l'interprétation du traité où elle est insérée. Non seulement elle est plus ancienne que la clause compromissoire générale, mais encore elle est d'un usage plus courant. Au demeurant, la clause compromissoire spéciale combine souvent l'arbitrage avec une autre procédure de règlement pacifique.

Une enquête récente fait apparaître que 14,12% des traités enregistrés aux Nations Unies contiennent une clause compromissoire spéciale.

Rappel : l'article 102 de la Charte stipule : « Tout traité ou accord international conclu par un Membre des Nations Unies après l'entrée en vigueur de la présente Charte sera, le plus tôt possible, enregistré au Secrétariat et publié par lui. » Un traité « clandestin » ne peut être utilement invoqué devant un organe des Nations Unies.

Les conventions concernées sont on ne peut plus diverses :

- traités de commerce, de navigation et d'établissement
- accords en vue de la liquidation de réclamations et de dettes non réglées
- accords relatifs à des réparations de guerre
- règlements d'emprunt entre la Banque mondiale et un État
- accords relatifs aux services aériens
- conventions sur la sécurité sociale etc.

Il s'agit aussi bien de conventions bilatérales que de conventions multilatérales. Et la référence à l'arbitrage est tantôt explicite tantôt implicite.

Exemples :

- *référence explicite* :

* L'accord franco-arménien du 4 novembre 1995, relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements¹ - article 10 - : « 1. Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du présent Accord doivent être réglés, si possible, par la voie diplomatique. 2. Si, dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties contractantes, le différend n'est pas réglé, il est soumis, à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal d'arbitrage. »

* Traité sur l'Antarctique du 1^{er} décembre 1959 - article 11 - : « En cas de différend entre deux ou plusieurs des Parties contractantes en ce qui concerne l'interprétation ou l'application du présent Traité, ces Parties se consulteront en vue de régler ce différend par voie de négociation, enquête, médiation, conciliation, arbitrage, règlement judiciaire ou par tout autre moyen pacifique de leur choix. »

¹ Entré en vigueur le 21 juin 1997.

- *référence implicite* :

Accord fiscal franco-panaméen du 6 avril 1995 (article 6) : « Les autorités compétentes des États contractants s'efforcent, par voie d'accord amiable, de résoudre les difficultés ou de dissiper les doutes auxquels peuvent donner lieu l'interprétation ou l'application du présent accord. »

Enfin, les traités bilatéraux conclus par une organisation internationale contiennent souvent des clauses compromissoires spéciales. **Exemple** : accord du 26 juin 1947 relatif au siège des Nations Unies (ONU - États-Unis).

2 - La clause compromissoire générale

Elle impose le règlement arbitral de tous les différends qui pourraient surgir entre les parties. La définition de ces différends est plus ou moins large. Dans tous les cas, elle va au-delà de l'interprétation ou de l'application du traité contenant la clause.

La technique de la clause compromissoire générale est rarement utilisée.

Exemple : La Convention sur les relations entre les trois Puissances et la République fédérale d'Allemagne du 26 mai 1952 qui instituait un tribunal d'arbitrage. En vertu de l'article 9 de cet accord, le tribunal d'arbitrage avait seule compétence pour régler les différends entre lesdites puissances et la République fédérale d'Allemagne. De fait, le tribunal n'a jamais été constitué. On n'a pu en désigner que le président.

*

Parfois, un même traité contient des clauses compromissoires des deux types - *clause compromissoire spéciale* et *clause compromissoire générale*. Ainsi en est-il des conventions bilatérales sur la protection et l'encouragement des investisseurs étrangers. Elles contiennent quelquefois

- d'une part, un engagement d'arbitrage intergouvernemental de type spécial,
- d'autre part, un engagement de type général sur les différends entre États hôtes et investisseurs privés. La clause compromissoire générale renvoie souvent à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissements créé par le traité du 18 mars 1965 sous l'égide de la Banque mondiale.

B - Les traités d'arbitrage obligatoire

La clause compromissoire, qu'elle soit générale ou spéciale, est contenue dans un traité dont elle n'est pas l'objet principal. À l'opposé, le traité d'arbitrage permanent et obligatoire est un traité autonome dont l'engagement d'arbitrage constitue l'objet, sinon exclusif, du moins principal.

1 - Les accords universels

Très tôt, on a jugé opportun de remplacer le réseau de traités bilatéraux par une convention multilatérale unique d'arbitrage obligatoire. Mais l'opposition de l'Allemagne et de l'Autriche-Hongrie n'a pas permis au projet anglo-américain (soutenu pourtant par 35 États contre 5) d'aboutir lors de la Conférence de La Haye du 18 octobre 1907.

La Société des Nations reprendra l'initiative américaine. Le 26 septembre 1928 est signé à Genève **l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux**. Ce texte est également dénommé *Acte général d'arbitrage*. Il est distinct du Pacte de Paris dit *Pacte Briand-Kellogg* du 27 août 1928, condamnant « le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux », et portant renonciation à « la guerre comme instrument de politique nationale dans les relations mutuelles » des parties.

L'Acte général d'arbitrage prévoit 3 séries de procédure :

- La conciliation pour « les différends de toute nature »
- Le règlement judiciaire, par la Cour Permanente de Justice Internationale, des « différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit »
- L'arbitrage par la constitution d'un tribunal de cinq membres.

L'Acte général d'arbitrage est entré en vigueur le 16 août 1929. Il liait une vingtaine d'États à la veille de la seconde guerre mondiale. Parmi eux, seuls les Pays-Bas et la Suède ont exclu le chapitre III - relatif à l'arbitrage - de leur acceptation. L'Espagne a dénoncé son adhésion le 8 avril 1939.

L'Acte général d'arbitrage faisait appel au concours des organes de la Société des Nations. Aussi, l'Assemblée générale des Nations Unies a-t-elle procédé à sa révision le 28 avril 1949, à l'initiative de la Belgique. Le texte révisé est entré en vigueur le 20 septembre 1950. Il transfère aux Nations Unies les compétences anciennement dévolues à la Société des Nations. Cette opération n'a pas manqué de poser quelques problèmes.

Exemples :

- L'affaire des *Essais nucléaires* (arrêt du 20 décembre 1974) : l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont invoqué l'Acte général d'arbitrage comme base de compétence de la Cour internationale de Justice. De son côté, la France a soutenu que l'Acte était tombé en désuétude avec la disparition de la Société des Nations. Au demeurant, la France a formellement dénoncé l'Acte le 10 janvier 1974 – « dénonciation opposable à l'égard de tout État ou institution qui soutiendrait que l'Acte est encore en vigueur ». L'arrêt du 20 décembre 1974 ne règle pas ce point.

- L'affaire du *Procès des prisonniers de guerre pakistanais* : le Pakistan a opposé l'Acte général d'arbitrage à l'Inde. Mais il s'est désisté ultérieurement.

- L'affaire de la *Délimitation du plateau continental de la mer Égée* (Grèce contre Turquie) : la Grèce a fondé sa requête sur l'Acte général d'arbitrage. Dans son arrêt du 19 décembre 1978, la Cour internationale de Justice ne s'est pas prononcée sur une éventuelle caducité de l'Acte général d'arbitrage. Pour décliner sa compétence, elle a retenu une réserve faite par la Grèce lors de son adhésion à l'Acte.

- L'affaire de *L'incident aérien du 10 août 1999* (Pakistan c. Inde ; compétence de la Cour, arrêt du 21 juin 2000) : Le Pakistan a invoqué, notamment, l'Acte général d'arbitrage comme base de compétence la Cour. Celle-ci, suivant la méthode bien connue de l'économie du raisonnement a soigneusement évité de se prononcer sur la validité actuelle de l'Acte général d'arbitrage de 1928.

Par ailleurs, le Royaume-Uni, l'Inde et la Turquie ont déjà notifié leur dénonciation « dans la mesure où l'Acte pourrait être considéré comme étant en vigueur. »

Toutefois, certains États estiment officiellement que l'Acte général d'arbitrage est encore valide.

Exemples : Danemark, Norvège, Canada, Luxembourg, Burkina Faso, Grèce, Pakistan.

À signaler : la déclaration de Manille du 15 novembre 1982 sur le règlement pacifique des différends - Résolution 37/10 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Ce texte recommande, entre autres procédés, le règlement arbitral.

2 - Les accords régionaux

La plupart des accords régionaux ont vu le jour après la dernière guerre mondiale.

En commençant par l'Europe, on peut citer d'abord la *Convention européenne pour le règlement pacifique des différends internationaux* - 29 avril 1957. Elle est entrée en vigueur le 30 avril 1958. Elle réunit 13 États : Autriche, Belgique, Danemark, Allemagne, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Norvège, Suède, Suisse, Royaume-Uni. Certains d'entre eux n'ont pas accepté le chapitre de la convention relatif à l'arbitrage - Italie, Pays-Bas, Suède. 5 autres pays ont signé la convention sans la ratifier ultérieurement - France, Grèce, Islande, Irlande, Turquie.

On peut, également, signaler la Convention relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe - 15 décembre 1992. Elle institue une cour de conciliation et d'arbitrage. En fait, l'arbitrage est assuré par un tribunal constitué pour l'examen de chaque différend. Ce tribunal se compose d'arbitres désignés sur une liste établie selon les choix des États.

Outre atlantique, le traité américain de règlement pacifique appelé *Pacte de Bogota du 30 avril 1948* succède à une série de traités d'arbitrage.

*

Le nombre d'États liés par des traités d'arbitrage obligatoire reste assez limité. Les réseaux de convention d'arbitrage les plus denses sont ceux conclus par les États-Unis, le Royaume-Uni, la France, la République fédérale d'Allemagne, la Suisse et les pays scandinaves. Le mécanisme n'a guère obtenu la faveur des États du tiers monde.

La réticence des États à s'engager pour l'avenir se fonde sur les risques encourus. Ces risques procèdent essentiellement de l'incertitude affectant

- la nature des différends,
- la nature de l'organe arbitral,
- les règles de fond et de procédure que les arbitres appliqueront lorsque le traité n'est pas précis.

Guy de Lacharrière s'interroge fort opportunément: « Quelle raison peut avoir un gouvernement de se prémunir contre une dérobade de sa part lorsqu'il sera au pied du mur ? Bref, quel intérêt a-t-il à piéger lui-même sa volonté ? »¹

Pour tenir compte de ces préoccupations, les États ont imaginé divers expédients :

- La technique des réserves : les engagements d'arbitrage obligatoire sont souvent assortis de réserves. Une manière d'écarter l'obligation dans certains cas rarement définis avec précision.
- La technique de l'accord subséquent : un traité ou une clause d'arbitrage obligatoire laisse parfois subsister la nécessité d'un compromis pour organiser l'arbitrage lorsqu'un différend survient.
- La contestation de la validité de l'engagement d'arbitrage
- L'interprétation abusive de l'engagement d'arbitrage
- La négation de l'existence même du différend.

¹ La politique juridique extérieure, 1983.

SECTION II : La soumission des différends à l'arbitrage

I - L'organe arbitral

C'est de l'accord des parties que procède la constitution de l'organe arbitral. En effet, l'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre des sujets de droit international *par des juges de leurs choix* - article 37 de la convention de La Haye du 18 octobre 1907. Il repose, avant tout, sur le consentement et la confiance des parties.

Le plus souvent, l'organe arbitral est un organe *ad hoc*. Il est établi pour le règlement d'un litige donné et généralement pour une durée prédéterminée. Cependant, les parties confient parfois l'arbitrage à un organe permanent qui a d'autres compétences. Par exemple à l'Assemblée générale des Nations Unies. Ainsi le traité de paix de 1947 l'avait-elle chargée de fixer le sort des colonies italiennes. Et les parties s'étaient engagées à s'incliner devant la résolution qu'elle prendrait. Cette hypothèse reste marginale.

L'organe *ad hoc* peut revêtir plusieurs formes. Mais cette diversité formelle n'affecte pas l'universalité des règles de fond.

A - Forme juridique

1 - L'arbitrage unipersonnel

Dans cette hypothèse, un arbitre unique dit le droit. Naguère, il tirait son autorité de sa qualité de chef d'État, d'où les dénominations d'*arbitrage par chef d'État*, d'*arbitrage royal* ou d'*arbitrage par souverain*. Essentiellement européen, ce type d'arbitrage se rattache à l'idée d'une justice hiérarchique. Il a revêtu deux formes successives :

- *Au moyen âge*, le Pape et l'Empereur¹ se disputent la prééminence politique en Europe. Il est donc tout naturel de prendre l'un ou l'autre comme arbitre. Ainsi, l'arbitrage par chef d'État a-t-il un fondement positivement hiérarchique. L'arbitrage de l'Empereur ou du Pape est le jugement du supérieur temporel ou spirituel ;

- Mais *au XVII^{ème} siècle*, le Saint Empire romain germanique se décompose, en même temps que s'affirment la monarchie absolue et la notion d'État princier. Le Pape et l'Empereur perdent de leur autorité temporelle. La Guerre de Trente Ans se termine par les traités de Westphalie des 14-24 octobre 1648 : traité d'Osnabrück, traité de Munster, véritable charte constitutionnelle de l'Europe. Les relations internationales sont désormais fondées sur le principe de l'égalité souveraine, comme l'a pressenti Jean Bodin dans *Les six livres de la République*. Chacun des rois est devenu « empereur en son royaume » - adage énoncé sous Philippe le Bel, au début du XIV^e siècle. Au jugement par les supérieurs succède le jugement par les pairs.

Formellement unipersonnel, l'arbitrage par chef d'État est presque toujours matériellement collégial. Bien souvent, l'arbitrage attribué à un chef d'État émane en réalité du gouvernement *in corpore*.

Exemples :

- l'arbitrage du Tsar Alexandre III entre la France et les Pays-Bas au sujet de la frontière des deux Guyane - sentence des 13 - 25 mai 1891 ;

- l'arbitrage du roi d'Italie entre la France et le Mexique dans l'affaire de l'île de Clipperton - sentence du 28 janvier 1931 ;

- l'arbitrage de la reine Élisabeth II dans le différend frontalier opposant l'Argentine et le Chili - sentence, 9 décembre 1966 ;

Sur le fondement de l'*uti possidetis* de 1819, l'arbitrage du roi d'Espagne a souvent été sollicité par les États latino-américains. Cf., par exemple, Honduras c/ Nicaragua, 23 décembre 1906; sentence contestée devant la Cour internationale de Justice, arrêt du 18 novembre 1960.

¹ Ces " deux moitiés de Dieu ", dixit Victor Hugo. Cf. la théorie des deux glaives - glaive du sacerdoce et glaive séculier - énoncée par le pape Grégoire VII. Le Pape et l'Empereur souhaitent, tous les deux, créer une sorte de *Res publica christiana sub deo*. Rappelons que le moyen âge commence en 476 - chute de l'Empire romain d'Occident - et s'achève en 1453 - prise de Constantinople.

L'arbitrage par chef d'État suscite toujours des controverses.

On lui reconnaît certes un avantage : la sentence revêt une autorité politique et morale certaine liée au prestige personnel du souverain ; ce dernier apparaît souvent comme « l'ami des parties ».

Mais, on lui adresse les griefs suivants :

- Le chef d'État est rarement un expert. Seule solution raisonnable : l'assistance de juristes qui préparent sa décision ; mais peut-on alors parler d'arbitrage par chef d'État ?

- Il est difficile à un chef d'État d'être complètement impartial. Sa justice se mesure à l'aune des intérêts de son pays.

- Enfin, le souverain compromet le progrès du droit. Il s'abstient souvent,

- * soit d'énoncer des principes généraux pour éviter que ceux-ci soient ultérieurement utilisés contre lui,

- * soit de motiver sa sentence afin de ne pas s'exposer à la critique des juristes. Il statue plus en fait qu'en droit.

Dès lors, il n'est guère étonnant que l'arbitrage par chef d'État soit en déclin. En revanche, le choix d'un arbitre unique parmi des experts est souvent retenu : juriste de renom, Secrétaire général des Nations Unies...

2 - L'arbitrage collégial

a - L'arbitrage par commission

Il est né avec les commissions chargées de délimiter les frontières des colonies anglaises d'Amérique. Puis il s'est développé et perfectionné à partir du XVIII^e siècle dans les rapports anglo-américains. Ultérieurement, il a été employé pour régler des réclamations pécuniaires interétatiques. Ce type d'arbitrage a revêtu deux formes :

- Historiquement, **la première forme** est celle de la *commission mixte diplomatique*. Elle se compose de deux membres qui ont nécessairement la nationalité des parties - chaque partie en désigne un. Le compromis ne prévoit point la désignation d'un élément tiers pour les départager. Il s'agit d'un procédé où le diplomatique le dispute au juridictionnel. La recherche de transactions et de solutions de compromis l'emporte largement sur la soumission au droit.

Exemples :

- * la commission anglo-américaine chargée du différend de la rivière Sainte Croix - 1794;

- * le mécanisme mis en place par la Convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens du 21 juin 1988. Cet accord charge une commission paritaire de "faciliter le règlement des litiges". Saisie par des particuliers, elle émet des avis motivés sur le droit de garde et le droit de visite ainsi que sur les modalités de leur organisation. Mais cette commission n'a pas de pouvoir de décision.

- **La deuxième forme** porte le nom de *commission mixte arbitrale*. Faute d'accord entre les commissaires nationaux, un troisième membre - *surarbitre, arbitre départiteur* ou *tiers arbitre* - est désigné d'un commun accord par les parties ou par les commissaires nationaux. *Prima facie*, l'action de cette commission relève plus de la conciliation que de l'arbitrage. On dit souvent qu'il s'agit d'une négociation diplomatique à terminaison judiciaire ; elle se situe aux confins du droit et de la diplomatie. D'ailleurs, à l'origine, le surarbitre était choisi parmi les nationaux de l'un des États en litige.

Exemple: La commission mixte américano-britannique instituée par le traité Jay du 19 novembre 1794.

Le procédé présente quelques inconvénients : par exemple, on découvre l'autorité de la chose décidée là où on est en droit d'espérer trouver l'autorité de la chose jugée.

Aussi, à partir du milieu du XIX^e siècle, les compromis prévoient-ils fréquemment que le surarbitre sera d'une nationalité tierce - tiers arbitre donc tierce nationalité. En général, le surarbitre intervient seulement en cas de désaccord manifeste des commissaires nationaux. Il est alors habilité:

- * soit à se prononcer seul,

* soit à présider seulement les délibérations des commissaires nationaux, la sentence étant adoptée à la majorité.

Critiques : coût et lenteur.

b - L'arbitrage par tribunal

Définition analytique : Un tribunal arbitral est un organe institué par l'accord de deux ou plusieurs sujets de droit international qui en désignent les membres ou en fixent le mode de désignation en vue de régler, par une décision juridiquement obligatoire - la sentence - et suivant une procédure juridictionnelle, un ou plusieurs différends actuels ou futurs.

La sentence tire son autorité à la fois de la qualité des arbitres et des conditions de son élaboration.

Ainsi, le tribunal comprend-il presque toujours un ou plusieurs membres d'une nationalité tierce. Mais les parties se réservent toujours le droit de désigner des arbitres nationaux. Cette précaution est généralement justifiée par un souci d'égalité et d'équité. L'arbitre national est censé préserver son État d'un traitement discriminatoire. Il n'a cependant pas le devoir de plaider la cause de son État national. Par exemple, dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, l'arbitre français, l'avocat Jean-Denis Bredin, a pris position contre les thèses françaises sur plusieurs points importants de fait et de droit - notamment au sujet de la bonne foi du gouvernement français. À l'inverse, cette espèce a révélé l'intransigeance et la partialité manifestes de l'arbitre néo-zélandais.

Au demeurant, il arrive que l'intransigeance des arbitres nationaux entrave le fonctionnement normal du tribunal. Par exemple, des membres iraniens du tribunal irano-américain ont agressé physiquement un arbitre - ce qui, du reste, a entraîné leur remplacement.

Sur ce point, le Modèle de règles de la CDI est lacunaire : « Réserve faite des circonstances spéciales de l'affaire, les arbitres doivent être choisis parmi les personnes possédant une compétence notoire en matière de droit international. » Devrait-on ajouter : bonnes mœurs internationales ?

Souvent, la composition du tribunal et la désignation des arbitres sont prévues par le compromis. Cette précaution vise à prévenir l'incertitude et, donc, les embûches ultérieures.

Plusieurs formules sont utilisées :

- **Arbitre unique** ressortissant d'un État tiers.

* *Avantage* : liberté intellectuelle ;

* *Inconvénient* : abstraction trop grande ;

- **Trois arbitres** : pratique courante

* *Avantage* : il s'agit d'un bon compromis entre l'efficacité et l'équité,

* *Inconvénient* : la délicatesse des négociations pour désigner un surarbitre, puisque c'est lui qui va départager les arbitres nationaux.

Exemple : l'élaboration du compromis du 11 juillet 1978 sur l'interprétation de l'accord aérien franco-américain. Faute de s'accorder sur un tiers arbitre, les parties ont résolu de confronter deux listes de 10 noms jusqu'à ce qu'un même nom apparaisse sur les deux listes. Il existe d'autres solutions : tirage au sort, liste proposée au choix des arbitres...

- **Cinq arbitres** : formule utilisée pour la première fois dans l'affaire de l'Alabama - compromis du 8 mai 1871. En l'espèce, la composition du tribunal arbitral était la suivante : un arbitre américain, un arbitre britannique, trois arbitres neutres désignés par les chefs des États italien, helvétique et brésilien.

Quid de la Cour Permanente d'Arbitrage ?

Elle a été créée le 29 juillet 1899 - Conférence de La Haye, 18 octobre 1907 – « dans le but de faciliter le recours immédiat à l'arbitrage ». Son siège est à La Haye dans le Palais de la paix qui abrite également la Cour internationale de Justice. Quelques observations :

- Cette Cour n'est pas permanente puisqu'elle n'est pas composée de juges permanents
- Elle n'est pas immédiatement accessible puisqu'elle doit être constituée pour chaque cas particulier
- Ce n'est pas une Cour puisqu'elle ne juge pas directement.

Rappel : Elle consiste, avant tout, dans une liste officielle de près de 250 arbitres potentiels. En effet, aux termes de l'article 44 de la Convention de La Haye, « chaque puissance contractante désigne 4 personnes, au plus, d'une compétence reconnue dans les questions de droit international, jouissant de la plus haute considération morale et disposées à accepter les fonctions d'arbitre ». Le mandat - 6 ans - est renouvelable. Pour l'élection des juges de la Cour internationale de Justice, les groupes nationaux présentent des candidats aux suffrages de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. Cela explique le caractère politique des choix gouvernementaux et la réticence ultérieure des parties.

La Cour Permanente d'Arbitrage a permis de résoudre 25 affaires dont 15 avant 1914.

Par ailleurs, la Cour Permanente d'Arbitrage peut apporter une aide logistique à l'organisation d'arbitrages se situant hors du cadre de la Convention de La Haye. Par exemple, la mise à disposition de locaux pour le fonctionnement de toute juridiction arbitrale - Cf. le tribunal irano-américain accueilli *provisoirement*.

B - Statut juridique

Ce statut n'est pas sans soulever des questions auxquelles on ne s'accorde pas toujours à donner les mêmes réponses.

1 - La condition juridique des arbitres

a - La question de la représentation

Naguère, on soutenait que l'arbitre était le représentant de son État national. En fait, certains gouvernements ont doté leurs arbitres nationaux des pleins pouvoirs. D'autres leur ont donné des instructions précises pour assurer le triomphe de leurs causes.

Il est des auteurs qui réfutent la thèse de la représentation. Selon eux, l'arbitre exerce ses fonctions dans l'intérêt commun des parties. Il ne peut être considéré comme le représentant de la partie qui l'a désigné. À l'appui d'un tel point de vue, on peut invoquer le serment qu'il est d'usage de requérir des arbitres.

Exemple : le tribunal arbitral établi par le traité franco-canadien du 30 mars 1989 a ouvert sa phase orale par la prestation de serment des cinq arbitres. Le professeur Prosper Weil, arbitre français, s'est exprimé ainsi : « Je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs et exercerai mes attributions de juge en tout honneur et dévouement, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience. » - Séance du 29 juillet 1991.

Entre ces deux thèses, il y a sans doute toute la distance qui sépare l'idéal du réel. Et on peut faire confiance aux États pour ne pas désigner systématiquement des arbitres qui ajoutent foi à l'idéal.

b - Le caractère exclusif de la qualité d'arbitre

L'exercice de fonctions politiques est-il compatible avec la qualité d'arbitre ? Les avis sont partagés. Toujours est-il que la présence dans le tribunal d'un politique important peut entraver le cours de l'arbitrage. Ainsi dans l'affaire de l'Oasis de Bouraïmi - 1957 -, l'arbitre britannique a, par sa démission, fustigé l'attitude par trop partielle de l'arbitre saoudien. Ce dernier était également ministre-adjoint des affaires étrangères de son pays.

c - La protection juridique de l'arbitre

En principe, l'arbitre exerce ses fonctions hors de son territoire national. Il se voit généralement reconnaître certaines immunités. L'article 46 de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 stipule: "Les membres du tribunal, dans l'exercice de leurs fonctions et en dehors de leur pays jouissent des privilèges et immunités diplomatiques". Ces immunités existent même sans accord exprès.

Néanmoins, parfois, un accord spécifique est conclu à cet effet avec le pays hôte sous une forme triangulaire. *Exemples* : France, Royaume-Uni, Suisse - Accord du 14 janvier 1977 relatif à la délimitation du plateau continental.

Certains États s'y refusent. Par exemple, les États-Unis. L'arbitrage franco-canadien de 1991 s'est déroulé à New York en l'absence de tout accord sur les privilèges et immunités du tribunal arbitral.

2 - L'effectivité et l'immutabilité de l'organe arbitral

Le caractère occasionnel, non permanent, de l'arbitrage pose deux problèmes fondamentaux :

- il rend malaisée la constitution du tribunal,
- il en complique le fonctionnement.

Deux problèmes qui menacent l'effectivité et l'immutabilité du tribunal.

En principe, le compromis contient des dispositions destinées à prévenir ces difficultés ou pour y remédier. Mais quelles solutions retenir en l'absence de règles explicites ?

a - L'atteinte à l'effectivité du tribunal

Une partie persiste dans son refus de procéder à la désignation de ses arbitres.

Le cas s'est présenté dans l'affaire de *l'interprétation des traités de paix* consécutifs à la dernière guerre mondiale. La Cour internationale de Justice a eu à se prononcer sur l'attitude de la Hongrie, de la Bulgarie et de la Roumanie. Ces trois pays étaient-ils tenus de désigner leurs représentants aux commissions arbitrales prévues par les traités ? Le Secrétaire général des Nations Unies pouvait-il le faire à leur place ? Dans un premier avis du 30 mars 1950, la Cour a répondu positivement à la première question et négativement à la seconde. Devant la carence persistante des trois pays, elle a émis un autre avis le 18 juillet 1950. Elle y a affirmé qu'un refus était seulement de nature à engager leur responsabilité internationale.

De son côté, la Commission du droit international, dans son Modèle de règles sur la procédure arbitrale, a retenu la solution générale suivante : « Si le tribunal n'est pas constitué dans un délai de trois mois après la date de la demande de soumission du différend à l'arbitrage ou la décision sur l'arbitrabilité, la nomination des arbitres non encore désignés sera faite par le président de la Cour internationale de Justice, à la requête de l'une ou l'autre des parties. »

b - L'atteinte à l'immutabilité du tribunal

Après la désignation des arbitres, il arrive parfois que l'un d'eux soit frappé d'empêchement matériel ou juridique. De surcroît, certaines parties usent parfois systématiquement de la démission ou du retrait. Mécontentes du tour pris par l'arbitrage, elles cherchent ainsi à éviter une sentence préjudiciable à leurs intérêts.

C'est la raison pour laquelle la Commission du droit international a proclamé le principe de l'immutabilité du tribunal : « Le tribunal, une fois constitué, sa composition doit rester la même jusqu'à ce que le jugement ait été prononcé. »

La Cour internationale de Justice a envisagé cette hypothèse dans son avis précité du 18 juillet 1950 : « Il a été objecté qu'une commission arbitrale pouvait statuer valablement bien que le nombre primitif de ses arbitres tel qu'il a été fixé par la convention d'arbitrage se trouve ultérieurement réduit par l'avènement de circonstances telles que le retrait de l'un des commissaires. Ces cas présupposent la validité initiale d'une commission qui a été composée selon la volonté des parties exprimée dans la convention d'arbitrage. » En somme, l'immutabilité du tribunal est subordonnée à la régularité de sa composition.

Afin de préserver cette immutabilité, les traités d'arbitrage contiennent souvent des clauses permettant de pourvoir aux vacances éventuelles.

Exemple : l'affaire de la délimitation du plateau continental (1977) franco-britannique. Le professeur Paul Reuter a démissionné pour des raisons de santé. Il a été remplacé le 6 avril 1976 par André Gros.

Il est également loisible aux parties de prévoir et d'organiser la récusation des arbitres.

Immutabilité n'est pas permanence. En général, l'organe arbitral ne survit pas à sa sentence. Mais, exceptionnellement, un tribunal peut subsister provisoirement afin d'interpréter sa propre décision. Il est rare qu'il puisse être saisi par une voie de rétractation.

II - L'instance arbitrale

A - La procédure arbitrale

1 - Les missions de l'organe arbitral

La principale mission de l'arbitre est de trancher le différend qui lui est soumis en rendant la sentence. Le compromis fixe donc la compétence de l'arbitre. S'il y a un doute sur la portée du compromis, l'arbitre doit pouvoir l'interpréter. Il est, en effet, admis qu'un tribunal arbitral est juge de sa compétence. Il n'a pas l'obligation d'en référer aux parties auteurs du compromis. On dit qu'il a la compétence de la compétence.

Cette règle ne s'est pas imposée sans difficulté. Les États l'ont souvent contestée en s'appuyant successivement

- sur la *théorie du mandat*. L'arbitre étant un mandataire, il serait tenu d'en référer à ses mandants - c'est-à-dire les États auteurs du compromis - devant le silence, l'obscurité ou l'insuffisance du compromis, donc du mandat. Cette analyse est évidemment inexacte, car l'arbitre officie comme juge, et le juge n'est pas le mandataire des parties. L'indépendance du juge est évidemment incompatible avec la subordination du mandataire ;

- sur une *explication volontariste*. En droit international, seule serait valide une interprétation authentique - donnée par les auteurs du texte, donc par les parties. Le compromis résulte de l'accord de volontés des parties. Il ne peut donc être valablement interprété que par elles. Ce moyen se révèle aussi peu fondé que le précédent. La jurisprudence internationale reconnaît la validité d'une interprétation non authentique.

Dans l'arrêt du 18 novembre 1953 relatif à l'affaire *Nottebohm*, la Cour internationale de Justice présente ainsi le principe selon lequel l'arbitre est juge de sa compétence : « Depuis l'affaire de l'Alabama, il est admis, conformément à des précédents, que sauf convention contraire, un tribunal international est juge de sa compétence et a le pouvoir d'interpréter, à cet effet, les actes qui gouvernent celle-ci. »

Il se pose cependant la question de la méthode d'interprétation. L'interprétation restrictive est généralement admise. En effet, si l'arbitre est juge de sa compétence, il n'en est point le maître. Toute interprétation abusive du compromis, tout examen de points non compris dans le compromis constitue un excès de pouvoirs de nature à entraîner la nullité, voire l'inexistence de la sentence.

Les autres pouvoirs conférés parfois aux arbitres sont assortis des mêmes sanctions.

Ainsi, arrive-t-il que le compromis charge le tribunal d'établir ses règles de procédure. Mais, même en l'absence de dispositions allant dans ce sens, ce pouvoir est reconnu à l'organe arbitral. Selon le Modèle de règles, « à défaut d'accord entre les parties sur la procédure du tribunal, ou en cas d'insuffisance des règles prévues par les parties, le tribunal est compétent pour formuler ou compléter ses règles de procédure. »

Une fois sa compétence et la procédure établies, l'organe arbitral doit statuer sur les bases de droit déterminées par les parties. À cet égard, la formule la plus courante et la plus satisfaisante est celle qui invite les arbitres à statuer *conformément au droit international* - de préférence à des formules comme *suivant le droit public* ou *le droit*.

Mais, quelquefois, le compromis confère aux arbitres des pouvoirs plus larges que ceux qui leur sont d'ordinaire attribués. Il en va ainsi dans trois cas :

Tout d'abord, le compromis peut habiliter l'organe arbitral à statuer en *équité*, c'est-à-dire en dehors du droit strict. Les formules sont variées :

- *suivant la justice et l'équité* - cela correspond à la formule la plus courante ;
- *d'après les principes généraux du droit et de l'équité* ;

- plus rarement *ex aequo et bono*.

Ensuite, le compromis peut, éventuellement, inviter l'organe arbitral à statuer comme *amiable compositeur*. Dans ce cas, il l'habilite à rendre une décision transactionnelle inspirée de considérations d'opportunité ou d'utilité pratique - inspirée par l'appréciation des besoins à satisfaire ou des intérêts à sauvegarder¹.

Enfin, le compromis peut confier à l'organe arbitral le soin de se prononcer aussi sur les difficultés à venir, en réglant les intérêts futurs des parties. C'est ce qu'on appelle le règlement d'intérêts ou arbitrage réglementaire.

2 - Le principe du contradictoire et sa mise en œuvre

Il découle du principe général de l'égalité des parties dans la procédure arbitrale. Les arbitres et les agents des parties jouent un rôle essentiel dans la mise en œuvre de ce principe. Selon le Modèle de règles, « les parties ont le droit de nommer auprès du tribunal des agents spéciaux, avec la mission de servir d'intermédiaire entre elles et le tribunal. » Au contraire de l'arbitre, l'agent est le représentant officiel de l'État qui l'a nommé. Les parties sont également autorisées à charger des conseils ou avocats de la défense de leurs droits et intérêts devant le tribunal. Dans le cas d'une protection diplomatique, le particulier peut être admis à plaider sa cause.

La procédure arbitrale comporte normalement deux phases : instruction écrite, instruction orale. Seule l'instruction écrite est pratiquée dans l'arbitrage par chef d'État.

a - L'instruction écrite

L'article 63 de la convention de La Haye du 18 octobre 1907 dispose : « L'instruction écrite consiste dans la communication faite par les agents respectifs aux membres du tribunal et à la partie adverse des mémoires, des contre-mémoires et au besoin des répliques. Les parties y joignent toutes pièces et documents invoqués dans la cause. »

Concrètement, la nomenclature des divers actes de la procédure écrite se présente comme suit :

- La requête ou mémoire : l'acte par lequel un État porte sa demande devant le tribunal arbitral constitué pour connaître de l'affaire. Elle comprend aussi l'énoncé des moyens de droit et de fait;
- La réponse ou contre-mémoire : l'ensemble des moyens de droit et de fait par lesquels le défendeur conteste les prétentions du demandeur ou soulève des exceptions à l'encontre de celles-ci;
- La réplique : acte par lequel le demandeur répond au contre-mémoire du défendeur;
- La duplique : acte par lequel le défendeur répond à la réplique du demandeur;
- La demande additionnelle : elle est présentée sous forme de conclusions ou de modifications. Elle étend la portée de la demande initiale, d'où parfois des contestations sur sa recevabilité;
- La demande reconventionnelle : c'est une demande incidente formée par le défendeur contre le demandeur. Elle doit se rattacher à la demande initiale par un lien de connexité;
- Les conclusions finales : selon la convention de La Haye, « c'est un résumé précis et concis de la demande motivée de chacune des parties ». Ce résumé est remis au tribunal à la fin de la procédure écrite.

Lorsque les parties soutiennent initialement des réclamations connexes, chacune d'elles se présente à la fois comme demanderesse et défenderesse.

Dans une telle hypothèse, le compromis prescrit le dépôt simultané des mémoires, contre-mémoires et, éventuellement, d'autres pièces.

b - L'instruction orale

Sa nécessité a été contestée. Elle joue cependant un rôle important dans la technique de l'arbitrage. En effet, elle ne constitue pas une répétition pure et simple de l'instruction écrite. Elle la développe, la précise et, parfois, l'amplifie. Bien peu de compromis l'excluent expressément.

¹ Selon le Dictionnaire du droit international, l'arbitre se fonde alors sur ses convenances personnelles.

L'ordre des exposés est celui qui a été suivi dans la procédure écrite. En cas de réclamations initiales connexes, le tribunal décide de l'ordre des interventions. L'ordre alphabétique peut être suivi à une condition : que chaque partie puisse intervenir au moins une deuxième fois.

Les débats ne sont publics qu'en vertu d'une décision prise par le tribunal avec l'assentiment des parties.

Ils sont dirigés par le président du tribunal.

Le Modèle de règles précise : « Les membres du tribunal ont le droit de poser des questions aux agents, conseils et avocats des parties et de leur demander des éclaircissements. Ni les questions posées, ni les observations faites pendant le cours des débats ne peuvent être regardées comme l'expression des opinions du tribunal ou de ses membres. »

La clôture des débats est prononcée lorsque, sous le contrôle du tribunal, les agents, avocats et conseils ont achevé de faire valoir leurs moyens.

Cependant, les compromis prévoient, parfois, la possibilité de rouvrir les débats. Raisons possibles :

- la découverte de preuves propres à exercer une influence décisive sur le jugement,
- la nécessité d'éclaircir certains points non élucidés par les deux instructions.

c - L'administration de la preuve

i - Les principes

Selon le Modèle de règles, « le tribunal est juge de l'admissibilité des preuves présentées et de leur valeur probatoire ». De fait, parfois, la plus grande liberté a été reconnue aux arbitres par certains compromis. En outre, les règles sur la preuve devant l'organe arbitral ne relèvent d'aucun système national.

La charge de la preuve incombe à la partie qui allègue un fait quelconque. Selon le Modèle de règles, « les parties doivent collaborer avec le tribunal à la présentation des preuves. » Il s'agirait d'une obligation d'honneur tenant au caractère propre de la juridiction internationale.

Mais les parties ne sont pas recevables à faire la preuve

- d'un fait qui n'a aucune pertinence au regard de la décision à intervenir,
- d'un fait dont la notoriété est telle que la preuve en serait superfétatoire.

La pratique de l'arbitrage admet la théorie de l'estoppel. Comme dans la procédure judiciaire - Cf. *Supra* -, l'estoppel s'analyse ici en une exception procédurale. Il est destiné à sanctionner au nom de la bonne foi, les contradictions dans les comportements d'un État. Ce dernier est considéré comme lié par son comportement antérieur.

Exemple : une partie a volontairement déterminé chez son adversaire une certaine conception des faits. L'estoppel s'oppose à ce qu'elle puisse ensuite administrer la preuve que les faits ont une matérialité différente.

Le compromis peut conférer des pouvoirs d'investigation au tribunal.

ii - Les moyens de preuve

Ils sont analogues à ceux du droit interne, sans relever de la même réglementation :

- ***La preuve écrite ou littérale*** : elle résulte de pièces ou documents propres à établir le fait allégué. Rappel : devant les juridictions internationales, les actes juridiques internes sont tenus pour de simples faits.

- ***La preuve testimoniale*** : Parfois écartée, mais en règle générale, sa recevabilité ne se heurte à aucune objection juridique.

On admet le témoignage de toute personne, y compris celui du réclamant lui-même.

L'affidavit est recevable.

On exclut la preuve par ouï-dire ou commune renommée - contraire à la définition même du témoignage.

La procédure du témoignage est variable :

- * interrogatoire unilatéral : par l'autorité chargée de recueillir sa déposition

* interrogatoire contradictoire: le témoin est interrogé par la partie qui l'a cité ; et on réserve toujours le droit de la partie adverse à un contre-interrogatoire - *cross examination*.

- **La preuve indiciaire ou preuve par présomption** : son admissibilité ne soulève pas d'objection particulière.

B - La sentence arbitrale

La sentence est prise au cours d'un délibéré - en principe, à huis clos - qui a lieu au siège de l'organe arbitral. Tous les arbitres doivent participer à ce délibéré. Il arrive que des arbitres se retirent spontanément ou à la demande de leur gouvernement, pour éviter de participer, même négativement, à l'élaboration d'une décision qu'ils contestent. Certains auteurs soutiennent que le tribunal peut continuer à délibérer. D'autres estiment indispensable le remplacement des arbitres défailants. La question ne peut être tranchée que sur la base de la lettre ou de l'esprit du compromis.

En tout cas, les parties doivent rester à l'écart du délibéré.

La sentence est établie, en principe, à la majorité des membres du tribunal, réserve faite du cas de règlement par un arbitre unique.

Les arbitres ont-ils le droit de ne pas statuer ? En clair, le *non liquet* leur est-il permis ? L'expression *non liquet* est employée pour indiquer que l'arbitre ou le juge estime impossible de se prononcer sur le litige qui lui est soumis. Raisons : soit parce qu'il se croit insuffisamment informé des faits de la cause, soit parce que le droit en vigueur n'autorise pas une décision juridiquement irréprochable.

La doctrine est partagée sur l'admissibilité du non liquet. Certains compromis l'ont autorisé. D'autres l'ont rejeté. La solution la plus raisonnable serait sans doute de s'en remettre à la volonté des parties.

1 - Forme et contenu

La sentence est présentée sous forme écrite. En ce qui concerne son authentification, deux pratiques existent :

- authentification par les signatures du greffier et du président,
- authentification par la signature de chacun des membres du tribunal qui se sont prononcés en sa faveur.

De surcroît, la sentence doit comporter certaines mentions : la date, les noms des arbitres, les noms des parties et de leurs agents, l'exposé de la procédure, les conclusions des parties, les circonstances de fait, les motifs de droit, le dispositif.

Le terme de motifs désigne l'ensemble des raisons de fait et de droit qui ont déterminé l'organe arbitral à prendre la décision énoncée dans le dispositif de la sentence.

L'organe arbitral doit motiver sa sentence, c'est-à-dire énoncer les motifs de sa décision. On considère que la motivation est une garantie essentielle de bonne justice. Elle permet, en effet, aux parties et à l'opinion publique de contrôler l'œuvre des arbitres.

Néanmoins, le principe ne s'est imposé qu'assez tard dans la procédure arbitrale internationale. Cela tient, pour une large part à l'importance de l'arbitrage par chef d'État. De nos jours, la motivation est la règle. Qui plus est, suivant une pratique anglo-saxonne, les arbitres minoritaires sont souvent autorisés à exposer les motifs de leur dissentiment, donc à présenter leur opinion dissidente ou individuelle. L'opinion dissidente est le fait d'un arbitre en désaccord avec le dispositif, le sens d'une sentence et avec les motifs qui en sont le soutien nécessaire. L'opinion individuelle émane d'un arbitre qui rejette les motifs d'une sentence, mais qui en accepte le dispositif.

La pratique des opinions dissidentes ou individuelles a été critiquée. Elle affaiblirait l'autorité de la sentence. La convention de 1907 n'en fait pas cas. Mais elle n'est pas sans avantages:

- * Elle contribue à éclairer la cause
- * Elle contribue au progrès du droit international.

Le dispositif constitue la partie finale de la sentence arbitrale. Il suit donc logiquement les motifs dont il est la conséquence nécessaire - parfois, il y a inversion. Il peut reconnaître ou dénier un

droit, prononcer une condamnation pécuniaire tendant à la réparation d'un dommage, fixer le sens d'un acte international.

*

En ce qui concerne les frais et dépens, deux tendances existent :

* Première tendance : l'arbitre exerce sa fonction dans l'intérêt commun des deux parties. Chacune d'elles doit donc assumer la charge de ses propres frais et les dépenses communes - les frais des arbitres - sont réparties entre les parties.

* Seconde tendance : transposition des solutions admises dans la procédure juridictionnelle interne. L'arbitre met à la charge de l'État perdant la totalité des frais de l'arbitrage.

2 - Portée et efficacité

a - L'autorité de la sentence

La sentence a d'abord un caractère définitif. Son prononcé entraîne le dessaisissement de l'arbitre ou du tribunal, qui ne peut plus la modifier.

La sentence est ensuite obligatoire pour les parties du jour de sa lecture. Elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Selon l'article 37 de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907, « le recours à l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence. » Par conséquent, la sentence n'a pas à être ratifiée ou acceptée formellement par les parties.

L'autorité de la chose jugée concerne non seulement le dispositif mais encore les motifs qui en sont le soutien nécessaire. Les États parties au litige sont tenus de se conformer à la sentence, en prenant toutes les mesures législatives, administratives et juridictionnelles propres à en assurer l'effet.

En vertu d'un principe traditionnel, l'exécution des décisions arbitrales est essentiellement volontaire. Elle est laissée à la bonne foi des États plaideurs. A l'expérience, ceux-ci ont rarement refusé de se conformer à une sentence.

En cas de refus d'exécution de la sentence, divers procédés peuvent être utilisés par l'État bénéficiaire pour contraindre l'État récalcitrant : pressions diplomatiques - protestation, rupture des relations diplomatiques - ou économiques. D'aucuns proposent la saisie des biens de l'État débiteur se trouvant sur le territoire de l'État créancier. La Convention du 18 octobre 1907 autorise l'emploi de la force dans le cas d'inexécution d'une décision arbitrale relative aux recouvrements de dette contractuelle. Bien sûr, la Charte des Nations Unies rend caduque cette disposition.

Est-il possible d'en appeler à une organisation internationale ? L'article 13, paragraphe 4, du pacte de la Société des Nations disposait : « Faute d'exécution de la sentence, le Conseil propose les mesures qui doivent en assurer l'effet. » - Disposition qui n'a jamais été appliquée. La Charte des Nations Unies ne contient aucune disposition concernant spécialement les sentences arbitrales. Toutefois, certains auteurs considèrent que l'inexécution d'une sentence arbitrale peut être soumise à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité. Ceux-ci disposent en effet de pouvoirs généraux relatifs au règlement des différends qui pourraient menacer la paix et la sécurité internationales.

Cependant, la portée de la sentence n'est pas absolue. Elle obéit au principe de la relativité de la chose jugée. Les effets de la chose jugée ne se produisent qu'à l'égard des parties en cause. La sentence reste *res inter alios* pour les États tiers.

b - Les voies de recours

Le principe selon lequel la sentence est dotée de l'autorité de la chose jugée ne vaut que si la sentence a été rendue conformément au compromis et au droit coutumier de l'arbitrage international.

Le Modèle de règles établi par la commission du droit international dispose : « La validité d'une sentence peut être contestée par toute partie pour l'une ou plusieurs des raisons suivantes :

- L'excès de pouvoir du tribunal
 - La corruption d'un membre du tribunal
 - L'absence de motivation de la sentence, en dérogation grave à une règle fondamentale de procédure
 - La nullité de l'engagement ou du compromis d'arbitrage. »
- Une sentence irrégulièrement rendue est dépourvue d'effet juridique.

Illustrations: Excès de pouvoir. Un tribunal régulièrement investi méconnaît dans l'exercice de ses attributions les principes et limites fixés dans le compromis. Par exemple, il statue sur une question qui ne lui a pas été posée - Cf. affaire de la frontière des Andes entre l'Argentine et le Chili; sentence d'Édouard VII, 20 novembre 1902. Ou encore, l'arbitre statue comme médiateur ou amiable compositeur, alors que ce rôle ne lui a pas été attribué par le compromis.

L'incompétence, quant à elle, correspond à une absence totale de pouvoir.

Différentes voies de recours s'offrent aux parties :

- *Le recours en interprétation* ;
- *L'appel* parfois autorisé par le compromis : il implique, pour la juridiction saisie, le droit de réexaminer le fond de l'affaire pour déterminer si l'arbitre a bien ou mal jugé ;
- *La révision* : recours fondé sur la découverte d'un fait nouveau qui aurait été de nature à exercer une influence décisive sur la sentence - différente du recours en rectification d'erreurs matérielles, typographiques ou arithmétiques. Selon le Modèle de règles, « la demande en révision doit être portée, toutes les fois que cela est possible, devant le tribunal qui a rendu la sentence. »
- *Le recours en nullité* : porté, par exemple, devant la Cour internationale de Justice. Il comporte des limites : le rôle de la Cour est de dire s'il est prouvé que la sentence est nulle et de nul effet. Elle n'est pas appelée à dire si l'arbitre a bien ou mal jugé ;
- Accord des parties pour soumettre le différend à un *nouvel arbitrage*.

***/**