

MASTER I DROIT

MENTION DROIT INTERNATIONAL

CONTENTIEUX INTERNATIONAL

*Cours de M. Coulibaly*

Professeur agrégé des universités



## ▶ CHAPITRE IV

### **Nota bene :**

◆ Ce chapitre IV est **exclu** de l'examen.  
Conséquence logique : il est inutile de le réviser.

# Partie II

## ▶ Chapitre IV

### *Le règlement arbitral des normes*

---

**Nota bene :**

Ce chapitre IV est exclu de l'examen.

# Table des matières

(interactive à l'écran)

## ► CHAPITRE I – Le règlement arbitral des normes

### SECTION I – Le consentement des parties à l'arbitrage—6

#### I – Le recours facultatif à l'arbitrage—8

##### A – Le choix du compromis d'arbitrage—9

1 – Établissement—9

2 – Économie—9

##### B – Le régime juridique du compromis d'arbitrage—10

1 – La nature juridique du compromis d'arbitrage—10

2 – La portée juridique du compromis d'arbitrage—10

#### II – Le recours obligatoire à l'arbitrage—12

##### A – Les clauses compromissoires—13

1 – La clause compromissoire spéciale—13

2 – La clause compromissoire générale—14

##### B – Les traités d'arbitrage obligatoire—14

1 – L'Acte général d'arbitrage—15

2 – Les accords régionaux—16

### SECTION II – La soumission des différends à l'arbitrage—18

#### I – L'organe arbitral—19

##### A – Forme juridique—20

1 – L'arbitrage unipersonnel—20

2 – L'arbitrage collégial—21

a – L'arbitrage par commission—21

b – L'arbitrage par tribunal—22

##### B – Statut juridique—23

1 – La condition juridique des arbitres—23

a – La question de la représentation—23

b – Le caractère exclusif de la qualité d'arbitre—23

c – La protection juridique des arbitres—24

2 – L'effectivité et l'immutabilité de l'organe arbitral—24

a – Les atteintes à l'effectivité de l'organe arbitral—24

b – Les atteintes à l'immutabilité de l'organe arbitral—25

#### II – Le déroulement de l'instance arbitrale—26

##### A – La procédure arbitrale—27

1 – Les missions de l'organe arbitral—27

2 – Le principe du contradictoire et sa mise en œuvre—28

a – L'instruction écrite—29

b – L'instruction orale—29

c – L'administration de la preuve—30

i – La charge de la preuve : Qui doit prouver ?—30

ii – Les moyens de preuve : Quelles preuves sont admissibles ?—31

##### B – La sentence arbitrale—32

1 – Le délibéré—32

2 – La forme et le contenu de la sentence—32

3 – L'autorité de la sentence—33

4 – La question des voies de recours—34

## Index des définitions

### A

Arbitrage international .....5

### C

Clause compromissoire .....13

Clause compromissoire générale .....14

Clause compromissoire spéciale .....13

Compromis d'arbitrage .....9

### E

Estoppel.....30

### I

Instance .....19

### T

Traité d'arbitrage obligatoire .....14

## SECONDE PARTIE : L'aménagement juridique des différends internationaux

### ► CHAPITRE I V

## LE REGLEMENT ARBITRAL DES NORMES

#### ► Définition de l'arbitrage international :

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 – [Convention de La Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, article 37](#).

■ 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 XVIe siècle pour resurgir au XVIIIe siècle.

■ 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.

---

### Sommaire de ce CHAPITRE I V

SECTION I – Le consentement des parties à l'arbitrage.....	6
SECTION II – La soumission des différends à l'arbitrage .....	18

# 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*, 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** » – *Affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, *Fond : Obligation d'arbitrage*, Arrêt du 19 mai 1953.

- 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 (I)** et le **recours obligatoire à l'arbitrage (II)**.

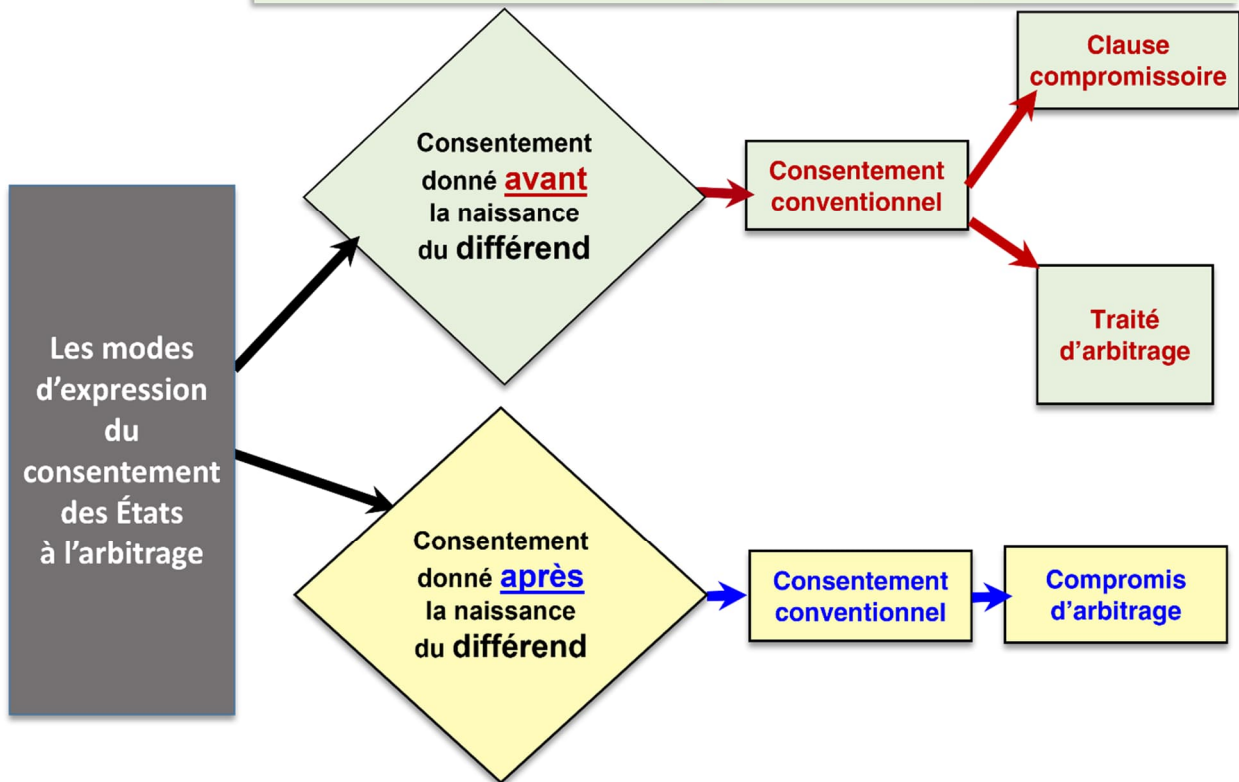
---

### Sommaire de cette première partie du cours CHAPITRE I – Section I

I – Le recours facultatif à l'arbitrage .....	8
II – Le recours obligatoire à l'arbitrage .....	12

▶ **Comment les États peuvent-ils exprimer leur consentement à l'arbitrage ?**

▼ **II - Le recours obligatoire à l'arbitrage** ▼



▲ **I - Le recours facultatif à l'arbitrage** ▲



## I – Le recours facultatif à l’arbitrage

### Sommaire de cette sous-partie SECTION I – I

---

A – Le choix du compromis d’arbitrage .....	9
1 – Établissement.....	9
2 – Économie .....	9
B – Le régime juridique du compromis d’arbitrage .....	10
1 – La nature juridique du compromis d’arbitrage .....	10
2 – La portée juridique du compromis d’arbitrage .....	10



## A – Le choix du compromis d'arbitrage

### ► Définition du compromis d'arbitrage :

Un **compromis d'arbitrage** est un accord par lequel deux ou plusieurs États conviennent de soumettre à l'arbitrage un différend survenu entre eux.

■ Comme le révèle cette définition, dans le cas d'un compromis, le consentement au recours à l'arbitrage des États parties au différend revêt bien deux particularités :

1. C'est un consentement donné par les États parties après la naissance de leur différend ;

2. C'est un consentement conventionnel car il résulte d'une convention, d'un accord (d'un compromis) intervenu entre les États parties au différend.

\*\*

### 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.

#### ✓ 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<sup>er</sup> 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 indéniable, 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. nomination.

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

• 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,
- La majorité requise pour la sentence arbitrale,
- L'autorisation ou l'interdiction pour les membres du tribunal de joindre à la sentence leurs opinions dissidentes ou individuelles, etc.

\*\*

## B – Le régime juridique du compromis d'arbitrage

### 1 – La nature juridique du compromis d'arbitrage

■ 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 sur le droit des traités, « **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. »

■ Le compromis d'arbitrage 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.

#### ✓ Deux exemples :

① 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.

② 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 second exemple prouve que le compromis peut prendre la forme d'un simple échange de notes ou de lettres constituant un accord.

\*\*

### 2 – La portée juridique du compromis d'arbitrage

■ Un compromis d'arbitrage fait droit entre les parties alors même qu'il est l'expression d'un **recours initialement facultatif à l'arbitrage**.

#### ▶ **Signification** :

1. Les parties, qui n'avaient pas donné leur consentement par avance, n'avaient pas pris un engagement qui aurait créé une obligation s'imposant à chacune d'elles.

2. Lorsqu'est survenu un différend entre les parties, chacune d'elles était libre de se soumettre à l'arbitrage ou de refuser de s'y soumettre ;

3. Mais une fois le compromis d'arbitrage conclu, chacune des parties est obligée de se soumettre à l'arbitrage. Cette obligation a pour fondement le principe général coutumier *Pacta sunt servanda* qui signifie que les accords conclus doivent être exécutés de bonne foi ;

4. Toutefois, les parties peuvent se mettre d'accord pour renoncer ensemble à l'arbitrage prévu dans le compromis.

■ Il faut également réserver l'hypothèse d'un accord des parties en vue d'un règlement amiable de leur différend.

■ 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 :

- 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, car il définit leur compétence et leur mission. Tel est le sens de la formule classique *Extra compromissum arbiter nihil facere potest* – L'arbitre ne peut statuer en-dehors, ni au-delà du compromis.

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.

\*\*



## II – Le recours obligatoire à l'arbitrage

■ Dans ce cas de figure, le consentement à l'arbitrage 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 (A)
- ou d'un traité d'arbitrage obligatoire (B).

### Sommaire de cette sous-partie SECTION I – II

---

A – Les clauses compromissoires .....	13
1 – La clause compromissoire spéciale.....	13
2 – La clause compromissoire générale.....	14
B – Les traités d'arbitrage obligatoire .....	14
1 – L'Acte général d'arbitrage .....	15
2 – Les accords régionaux .....	16

## A – Les clauses compromissoires

### ► Définition de la clause compromissoire :

Une **clause compromissoire** est une disposition (clause) figurant dans un traité dont l'objet principal n'est pas le règlement de différends, et par laquelle deux ou plusieurs États s'engagent à soumettre à l'arbitrage des différends futurs.

■ Comme le suggère cette définition, dans le cas d'une clause compromissoire, le consentement au recours à l'arbitrage des États parties au différend revêt deux particularités :

1. C'est un consentement donné par les États parties avant la naissance de leur différend ;
2. C'est un consentement conventionnel car il résulte d'une clause, d'une disposition contenue dans une convention, un accord intervenu entre les États parties au différend.

■ Une clause compromissoire crée un **cas de recours obligatoire à l'arbitrage**.

### ► Signification :

1. Les parties, qui ont ainsi donné leur consentement par avance, ont pris un engagement qui a créé une obligation que chacune d'elles devra respecter.
2. Lorsque survient un différend prévu dans la clause compromissoire, chacune des parties est obligée de se soumettre à l'arbitrage. Cette obligation a pour fondement le principe général coutumier *Pacta sunt servanda* qui signifie que les accords conclus doivent être exécutés de bonne foi
3. Une partie agissant seule ne peut pas refuser l'arbitrage lorsque survient un différend prévu dans la clause compromissoire ;
4. Toutefois, les parties peuvent se mettre d'accord pour renoncer ensemble à l'arbitrage lorsque survient un différend prévu dans la clause.

■ Une clause compromissoire peut être

- **spéciale (1)**
- ou **générale (2)**.

### 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.

### ✓ Deux exemples de clause compromissoire spéciale :

① L'article 10 de l'accord franco-arménien du 4 novembre 1995, relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements :

« 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**. »

② L'article 11 du traité sur l'Antarctique du 1<sup>er</sup> décembre 1959 :

« 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. »

\*\*

## 2 – La clause compromissoire générale

■ La clause compromissoire est dite générale lorsqu'elle impose le recours à l'arbitrage pour des différends qui, définis plus ou moins largement, dépassent le champ de l'interprétation ou de l'application du traité contenant la clause.

La technique de la clause compromissoire générale est rarement utilisée.

### ✓ Exemple de clause compromissoire générale :

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.

\*\*

## B – Les traités d'arbitrage obligatoire

### ► **Définition du traité d'arbitrage obligatoire :**

Un **traité d'arbitrage obligatoire** est un accord en vertu duquel deux ou plusieurs États s'engagent à soumettre à l'arbitrage leurs différends futurs.

■ Comme le suggère cette définition, dans le cas d'un traité d'arbitrage obligatoire, le consentement au recours à l'arbitrage des États parties au différend revêt deux particularités :

1. C'est un consentement donné par les États parties avant la naissance de leur différend ;
2. C'est un consentement conventionnel car il est donné dans une convention, un accord intervenu entre les États parties au différend.

■ Un traité d'arbitrage obligatoire crée évidemment un **cas de recours obligatoire à l'arbitrage**.

### ► **Signification :**

1. Les parties, qui ont ainsi donné leur consentement par avance, ont pris un engagement qui a créé une obligation que chacune d'elles devra respecter.
2. Lorsque survient un différend prévu dans le traité d'arbitrage, chacune des parties est obligée de se soumettre à l'arbitrage. Cette obligation a pour fondement le principe général

coutumier *Pacta sunt servanda* qui signifie que les accords conclus doivent être exécutés de bonne foi

3. Une partie agissant seule ne peut pas refuser l'arbitrage lorsque survient un différend prévu dans le traité d'arbitrage ;

4. Toutefois, les parties peuvent se mettre d'accord pour renoncer ensemble à l'arbitrage lorsque survient un différend prévu dans le traité d'arbitrage.

- Un traité d'arbitrage obligatoire peut avoir un caractère
  - **universel (1)**
  - **bilatéral ou régional (2).**

## 1 – L'Acte général d'arbitrage

■ Au début du XXe siècle, il a été 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, et le 26 septembre 1928 est signé à Genève un texte qui deviendra fameux :

### ❖ **Acte général d'arbitrage (Règlement pacifique des différends internationaux).**

○ Cet accord multilatéral à portée voulue universelle s'inscrit dans le sillage du Pacte de Paris, le Pacte Briand-Kellogg du 27 août 1928, lequel

- condamne « le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux »,
- et porte renonciation à « la guerre comme instrument de politique nationale dans les relations mutuelles » des parties.

■ L'Acte général d'arbitrage 26 septembre 1928 stipule, dans ses articles 17 et 21, un consentement anticipé au règlement arbitral et au règlement judiciaire, en substance :

Tous différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit seront soumis pour jugement à la Cour permanente de Justice internationale, à moins que les parties ne tombent d'accord pour recourir à un tribunal arbitral.

■ 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 dissoute en 1946.

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 de sérieux problèmes.

### **Illustrations :**

① L'affaire des *Essais nucléaires* (arrêt du 20 décembre 1974). Dans le différend qui les opposait à la France, 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.

② L'affaire du *Procès des prisonniers de guerre pakistanais*. Le Pakistan a opposé l'Acte général d'arbitrage à l'Inde. Puis il s'est désisté ultérieurement, ce qui n'a pas permis à la Cour de statuer sur la question du maintien en vigueur de l'Acte général d'arbitrage.

③ L'affaire 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 général d'arbitrage.

④ 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 (rasoir d'Occam), 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 : Danemark, Norvège, Canada, Luxembourg, Burkina Faso, Grèce, Pakistan.

- Le maintien en vigueur de l'Acte général d'arbitrage demeure donc incertain.

\*\*

## 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 du 29 avril 1957 pour le règlement pacifique des différends internationaux*.

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.



Cinq autres pays ont signé la convention sans la ratifier ultérieurement : France, Grèce, Islande, Irlande, Turquie.

○ On peut, également, signaler la *Convention du 15 décembre 1992 relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*.

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.

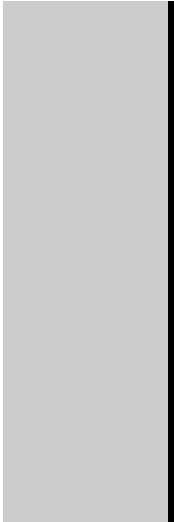
○ Outre atlantique, le traité américain de règlement pacifique appelé *Pacte de Bogota* du 30 avril 1948 succède à une série de traités d'arbitrage.

\*

■ Pour se soustraire opportunément aux obligations souscrites dans les clauses compromissoires ou les traités d'arbitrage, nombre d'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.

\*\*



# SECTION II

## LA SOUMISSION DES DIFFERENDS

### A

## L'ARBITRAGE

**Sommaire** de cette seconde partie du cours CHAPITRE I – **Section II**

I – L'organe arbitral.....	19
II – Le déroulement de l'instance arbitrale.....	26



## 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 différend 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 (A).

Mais cette diversité formelle n'affecte pas l'universalité des règles de fond (B).

### Sommaire de cette sous-partie SECTION II – I

A – Forme juridique .....	20
1 – L'arbitrage unipersonnel.....	20
2 – L'arbitrage collégial .....	21
a – L'arbitrage par commission.....	21
b – L'arbitrage par tribunal.....	22
B – Statut juridique .....	23
1 – La condition juridique des arbitres.....	23
a – La question de la représentation.....	23
b – Le caractère exclusif de la qualité d'arbitre.....	23
c – La protection juridique des arbitres.....	24
2 – L'effectivité et l'immutabilité de l'organe arbitral .....	24
a – Les atteintes à l'effectivité de l'organe arbitral .....	24
b – Les atteintes à l'immutabilité de l'organe arbitral .....	25

## 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 :

① **Au moyen âge**, le Pape et l'Empereur (du Saint Empire romain germanique) 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 ;

② **Au XVII<sup>ème</sup> 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<sup>e</sup> 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 : sentence du 23 décembre 1906, contestée devant la Cour internationale de Justice, arrêt du 18 novembre 1960.

■ 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

■ Ce type d'arbitrage 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<sup>e</sup> siècle dans les rapports anglo-américains. Ultérieurement, il a été employé pour régler des réclamations pécuniaires interétatiques. Il a revêtu deux formes :

① 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.

② 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<sup>e</sup> 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.

\*\*

## *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 Commission du droit international 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 :

① **Arbitre unique** ressortissant d'un État tiers.

- Avantage : liberté intellectuelle ;
- Inconvénient : abstraction trop grande.

② **Trois arbitres** : pratique courante.

- Avantage : il s'agit d'un bon compromis entre l'efficacité et l'équité,
- Inconvénient : la longueur 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...

③ **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 anglais, trois arbitres neutres désignés par les chefs des États italien, helvétique et brésilien.

\*\*

## 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 sur la représentation, 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 des arbitres*

■ 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 *ad hoc*.

■ Néanmoins, parfois, un accord spécifique est conclu à cet effet avec le pays hôte sous une forme triangulaire.

✓ **Exemple** : 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 de l'organe arbitral ;
- il en complique le fonctionnement.

Deux problèmes qui menacent l'effectivité et l'immutabilité de l'organe arbitral.

■ En principe, le compromis contient des dispositions destinées à prévenir ces difficultés ou à y remédier.

■ Mais quelles solutions retenir en l'absence de règles explicites ?

### *a – Les atteintes à l'effectivité de l'organe arbitral*

■ 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 :

1. Ces trois pays étaient-ils tenus de désigner leurs représentants aux commissions arbitrales prévues par les traités ?

2. 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 États, elle a émis un second 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 – Les atteintes à l'immutabilité de l'organe arbitral*

■ 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 d'une action en rétractation.

\*\*



## II – Le déroulement de l’instance arbitrale

### Sommaire de cette sous-partie SECTION II – II

---

A – La procédure arbitrale.....	27
1 – Les missions de l’organe arbitral .....	27
2 – Le principe du contradictoire et sa mise en œuvre .....	28
a – L’instruction écrite.....	29
b – L’instruction orale.....	29
c – L’administration de la preuve .....	30
i – La charge de la preuve : Qui doit prouver ? .....	30
ii – Les moyens de preuve : Quelles preuves sont admissibles ? .....	31
B – La sentence arbitrale .....	32
1 – Le délibéré.....	32
2 – La forme et le contenu de la sentence.....	32
3 – L’autorité de la sentence.....	33
4 – La question des voies de recours .....	34

## A – La procédure arbitrale

### 1 – Les missions de l'organe arbitral

■ La mission principale de l'organe arbitral est de trancher le différend qui lui est soumis en rendant sa 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** (ou *Kompetenzkompetenz*, formule allemande bien connu).

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

① **la théorie du mandat**. L'arbitre étant un mandataire, il serait tenu d'en référer à ses mandants (c'est-à-dire aux 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 incompatible avec la subordination du mandataire ;

② **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 rendu en 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. » – *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Exception préliminaire, arrêt du 18 novembre 1953*.

■ 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 :

① 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* (c'est la formule la plus courante) ;
- *d'après les principes généraux du droit et de l'équité* ;
- plus rarement, *ex aequo et bono*.

② 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 sauvegarder.

③ 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 établi par la commission du droit international, « 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 (a),
- instruction orale (b).

Seule l'instruction écrite est pratiquée dans l'arbitrage par chef d'État.

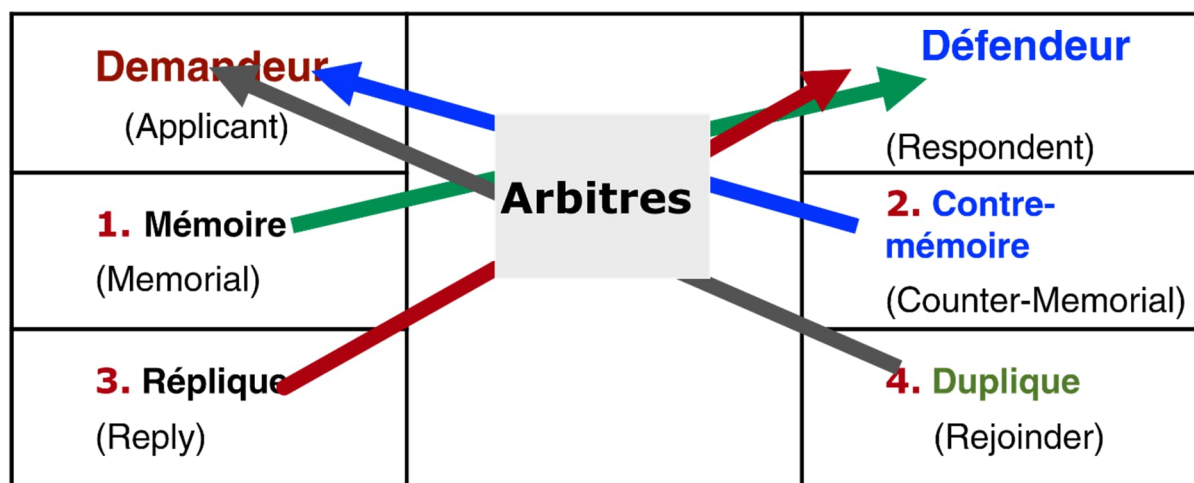
\*\*

*a – L'instruction écrite*

L'article 63 de la convention de La Haye du 18 octobre 1907 stipule :

« 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. »

► **Nomenclature des pièces de procédure soumises aux arbitres**



\*\*

*b – L'instruction orale*

■ La nécessité de l'instruction orale 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.

■ 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 élaboré par la commission du droit international 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 la sentence,
- la nécessité d'éclaircir certains points non élucidés par les deux instructions.

\*\*

*c – L'administration de la preuve*

*i – La charge de la preuve : Qui doit prouver ?*

■ **Question** : Qui doit prouver ? Autrement dit, à qui la charge de la preuve incombe-t-elle ? À l'État demandeur ou à l'État défendeur ?

○ **Réponse** : Aux deux !

■ La charge de la preuve est répartie entre les États plaideurs en fonction de leurs allégations respectives.

■ Quiconque (État demandeur ou État défendeur) allègue des faits doit prouver ces faits. C'est le principe ***onus probandi incumbit actori***, que la Cour internationale de Justice expose comme suit dans l'affaire des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay :

« [L]a Cour considère que, selon le principe bien établi ***onus probandi incumbit actori***, c'est à la partie qui avance certains faits d'en démontrer l'existence. Ce principe, confirmé par la Cour à maintes reprises s'applique aux faits avancés aussi bien par le **demandeur** que par le **défendeur**. » – *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, p. 50-51, par. 162.

\*

■ **La jurisprudence arbitrale internationale admet l'estoppel.**

○ L'estoppel est une objection péremptoire qui s'oppose à ce qu'une partie à un procès prenne une position qui contredit ce qu'elle a antérieurement admis de manière expresse ou tacite.

○ L'admissibilité de l'estoppel est subordonnée à deux conditions :

- un État a adopté une conduite qui a incité un autre État à prendre une certaine position ;
- le second État risque de subir un préjudice en raison du revirement du premier.

\*\*

*ii – Les moyens de preuve : Quelles preuves sont admissibles ?*

- Selon le Modèle de règles élaboré par la Commission du droit international, « le tribunal arbitral 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.
- Le principe généralement admis est de celui de la liberté de la preuve, donc de l'intime conviction de l'organe arbitral.
- Les preuves directes comme les preuves indirectes sont souvent admises.

**① Les preuves littérales ou écrites.**

- Elles doivent être présentées à l'organe arbitral avant la fin de l'instruction écrite. Au-delà de cette phase, le dépôt d'un document nouveau est subordonné à l'assentiment de la partie adverse.

**② Les preuves testimoniales ou témoignages.**

- Un témoignage est une déclaration tendant de la part de son auteur à communiquer à autrui la connaissance personnelle qu'il a d'un événement passé dont il affirme la véracité.
- Avant l'ouverture de la procédure orale, chaque partie communique à l'organe arbitral la liste des témoins et experts qu'elle désire faire entendre. Elle indique en termes généraux les points sur lesquels doivent porter les dépositions.
- L'interrogatoire est en principe contradictoire.

**③ Les preuves indiciaires ou présomptions (preuves indirectes).**

Une présomption, c'est la conséquence que la règle de droit ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier.

- Il s'agit moins d'une dispense de preuve que d'un déplacement de l'objet de la preuve. La partie qui en bénéficie n'est pas à même de prouver directement l'existence du fait pertinent, mais elle doit établir le fait l'impliquant.

\*\*

## B – La sentence arbitrale

### 1 – Le délibéré

■ 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.

Malgré ce principe, 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.

**Motifs** : 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*.

■ La solution la plus raisonnable serait sans doute de s'en remettre à la commune volonté des parties exprimée dans le compromis d'arbitrage.

Certains compromis d'arbitrage ont autorisé le *non liquet*. D'autres l'ont rejeté.

\*\*

### 2 – La forme et le contenu de la sentence

■ 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.

Bien évidemment, 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 de la motivation 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. 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 courants existent :**

① **Premier courant** : 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.

② **Second courant** : 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.

\*\*

### 3 – 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 (*res judicata*) 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.

\*\*

#### 4 – La question des 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. »

■ La question de savoir quelles voies de recours peuvent être exercées à l'encontre d'une sentence arbitrale ne doit pas être posée théoriquement mais pratiquement, car la réponse est tributaire de la commune volonté des parties exprimée à l'occasion de leur consentement à l'arbitrage.

■ En d'autres termes les voies de recours possibles sont celles que les parties ont expressément admises en recourant au règlement arbitral. ■

\*\*\*/\*\*