

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional



L'ARBITRAGE COMMERCIAL COMME INSTRUMENT DU DROIT INTERNATIONAL

Alain Plantey

Volume 8, Number 2, 1993

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1100889ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1100889ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Plantey, A. (1993). L'ARBITRAGE COMMERCIAL COMME INSTRUMENT DU DROIT INTERNATIONAL. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 8(2), 234–242. <https://doi.org/10.7202/1100889ar>

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 1993

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

L'ARBITRAGE COMMERCIAL COMME INSTRUMENT DU DROIT INTERNATIONAL

Alain PLANTEY*

I. L'EXPANSION DE L'ARBITRAGE

A. Le développement de la technique contractuelle en matière de contentieux international.

B. Le développement empirique de l'arbitrage.

II. LA MISE EN PLACE DE L'ARBITRAGE

A. La constitution du tribunal arbitral.

B. L'indépendance des arbitres.

III. LE FONCTIONNEMENT DE L'ARBITRAGE

A. La définition de la mission de l'arbitre

B. Les principes régissant la procédure arbitrale

C. La juridictionnalisation de l'arbitrage

D. Les règles déontologiques qui s'imposent aux arbitres

E. La sentence arbitrale

En cette époque troublée, la société humaine souffre d'un terrible accroissement des aléas auxquels doivent faire face les gouvernements et les entreprises. L'effondrement du système communiste, notamment en Europe, n'est pas seulement l'effacement d'une idéologie erronée, mais c'est aussi la révélation de retards insoupçonnés dans le droit, l'économie et les finances des pays qui ont subi ce système. Les bouleversements résultant de l'affaire du Golfe ne sont encore pas tous apparus, mais ils entraîneront d'importantes remises en cause stratégiques. Quant à l'expansion technique et commerciale de certains pays d'Asie, elle sème un trouble profond dans l'économie des pays les plus avancés, tandis que l'atroce misère de centaines de millions d'êtres humains prépare les pires menaces.

En même temps se développe une tendance profonde vers la globalisation progressive des affaires financières, commerciales, économiques, techniques. Plus le monde se rétrécit, plus il ouvre à la concurrence des espaces nouveaux. Qui eut cru que le Mexique, encore enlisé il y a seulement quelques années dans l'endettement et l'instabilité, signerait en 1992 un accord de libre-échange avec les États-Unis et le Canada? Quelles que soient les vicissitudes de la ratification de ce traité, le premier jalon consacrant l'abolition des barrières douanières entre ces trois pays qui comptent 365 millions d'habitants est posé, ouvrant ainsi un marché plus important encore que le marché européen fort de 320 millions d'habitants.

Autrefois, les pays pouvaient se protéger derrière leurs frontières; aujourd'hui, ce n'est plus possible. C'est précisément la disparition des obstacles à l'information qui a accéléré l'effondrement du système communiste, le poussant à la rupture dès lors que les habitants pouvaient comparer leurs conditions de vie à celles d'autres peuples. Nous entrons donc dans une période difficile où le milieu international verra, au milieu des incertitudes et de l'insécurité, se maintenir une compétition très âpre entre les entreprises et souvent entre les États, eux-mêmes poussés à soutenir leurs activités nationales, car la défaillance économique et commerciale a toujours des conséquences politiques et culturelles.

Dans une situation aussi délicate, l'examen des conditions dans lesquelles peuvent s'établir et se développer des relations d'affaires (de caractère financier, économique, commercial,

technologique) est d'une extrême importance. Il s'agit en effet de l'une des conditions du développement des pays, et peut-être du genre humain dans son ensemble, et aussi d'une condition de la paix entre les peuples.

Dans tous les domaines, la force immense de la compétition fait d'elle une tendance lourde du monde actuel. La recherche des investissements, la cherté et la puissance de la science et de l'innovation, l'impératif de la rentabilité pèseront sur toutes les sociétés qui veulent se développer. Dans cette économie mondiale naissante, le commerce obligera à prendre en considération l'ensemble des marchés, pour la technologie, pour les matières premières, pour les services, pour la ressource humaine, pour les débouchés. Dès lors, toutes les grandes entreprises financières, commerciales et même culturelles sont amenées à envisager les conditions du marché international.

Ce phénomène, qui s'est développé depuis la dernière guerre mondiale, mais surtout depuis une vingtaine d'années, entraîne évidemment des difficultés. En effet, lorsque des sociétés nationales, privées, publiques ou semi-publiques, passent des contrats pour des projets lourds, onéreux, à court ou long terme, elles recherchent non seulement le rendement mais aussi la sécurité, c'est-à-dire la certitude que les contrats qu'elles passent seront clairement et loyalement exécutés et que, s'ils ne sont pas exécutés, il leur sera possible de trouver une compensation ou une réparation. Dès lors, dans la négociation de tous les grands projets, on est obligé de se préoccuper de la sanction des contrats. La situation est la même en droit interne, mais moins préoccupante: lois et juges existent généralement dans les systèmes nationaux classiques; lorsqu'un individu ou une société n'y respecte pas ses engagements, des procédures instituées permettent de l'y contraindre, de réparer sa faute et de rétablir le droit. Ce n'est pas le cas dans la vie internationale.

I. L'expansion de l'arbitrage

Force est de constater que le développement du commerce mondial se réalise dans un immense et inquiétant vide juridique. Il n'existe ni juridiction, ni procédure commerciale internationale, ni même un droit commercial international d'application générale, sous réserve de quelques conventions qui ne sont d'ailleurs pas ratifiées par tous les pays et qui ne portent que sur certains secteurs particuliers de l'économie (comme les ventes, les trans-

* Membre de l'Académie des Sciences Morales et Politiques (France), Président de la Cour internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale.

ports, les marques et les brevets). Même à l'intérieur des Communautés européennes, on n'est pas encore parvenu à élaborer le statut d'une société commerciale paneuropéenne. Lorsque des entreprises sont amenées à passer des contrats à l'étranger ou avec des sociétés étrangères, elles n'ont à leur disposition aucun système juridique normatif spécifique et cohérent, même en ce qui concerne les conditions de leurs propres existence, capacité et transparence.

Cette situation est difficile mais intéressante, très stimulante pour les professions juridiques: un milieu au sein duquel se développent avec force et rapidité des échanges dans tous les domaines et qui sécrète tout naturellement, de façon pragmatique et progressive, un système de régulations malgré l'inadaptation du droit et de la juridiction, ou plutôt à cause de cette inadéquation. Si des litiges apparaissent inévitablement entre partenaires privés, c'est-à-dire principalement entre des sociétés, ils peuvent s'aggraver encore lorsqu'ils intéressent les États; en effet, dans le monde actuel, de nombreuses entreprises sont soutenues par des gouvernements, à moins que ceux-ci ne contractent eux-mêmes en vue du développement national. La rédaction des contrats internationaux devient ainsi souvent le champ de véritables batailles portant sur le régime juridique applicable et, pour le cas de difficultés futures, sur les modes de règlement des différends. L'ensemble de ces activités de négociation commerciale ne se déroule pas sans attention, voire intervention des États, notamment dans les pays où l'économie est nationalisée et où il n'y a pratiquement aucune activité que ne soutienne l'administration. De leur côté, les organisations internationales s'y intéressent dès lors qu'elles fournissent l'argent ou l'aide technique nécessaires.

A. Le développement de la technique contractuelle en matière de contentieux international

Lorsque les contrats sont mal préparés, les entreprises s'exposent à de grandes difficultés dans la détermination de la juridiction compétente, dans la connaissance des langues et des procédures étrangères et dans l'appréciation du droit qui sera applicable. Certes, une réponse facile consiste à appliquer le droit d'un pays déterminé, par exemple, celui du pays où telle société ou telle banque a son siège ou celui du pays où la technologie a été élaborée ou encore celui du lieu d'exécution du marché. Les contractants peuvent aussi convenir d'une juridiction éventuelle. Toutefois, cette solution ne convient pas aux sociétés ou aux gouvernements qui ont le sentiment que ces clauses juridiques sont préparées et imposées par la partie dominante.

Généralement, l'ignorance des systèmes juridiques nationaux et, on doit le dire, une certaine méfiance, une certaine peur devant l'inconnu, amènent les entreprises à chercher des solutions qui leur évitent d'avoir à plaider en faveur des droits qu'elles ne connaissent pas et devant des tribunaux dont elles ignorent la composition, la procédure et même, quelques fois, les règles déontologiques. Dans les conseils qui leur sont demandés, les juristes d'entreprise, avocats, juriconsultes et professeurs ont pour rôle de contribuer à prévoir toutes les occasions et les formes de contentieux et aussi les modes de leur règlement. Ils devraient le faire dès la signature des contrats de base. Il leur faut aussi prendre en considération le fait qu'aujourd'hui les contrats d'investissement comportent nombre de sous-contrats avec des partenaires divers et dispersés: sociétés d'ingénierie ou de maintenance, cabinets d'expertise et d'assurances, sous-traitants ou divers négociants. Dans la préparation des contrats, il leur faut particulièrement se pencher sur le caractère multipartite des procédures, c'est-à-dire étudier l'imbrication des contrats les uns dans

les autres, avec les différentes parties qui peuvent exister suivant les catégories de marchés. Ceux-ci se présenteront souvent comme des ensembles juridiques dont l'objet constitue un tout économique. Si les clauses ne sont pas harmonisées par ces négociations, on risque une contradiction entre les systèmes d'arbitrage et une complication nouvelle qui sera évidemment peu propice au règlement des litiges éventuels.

Toutes les grandes affaires engendrent des séries de contrats liés les uns aux autres et comportant quelquefois une hiérarchie de documents juridiques et techniques. Il faut étudier et rédiger ces textes afin qu'ils donnent des garanties suffisantes à des partenaires qui appartiennent à des pays dans lesquels les réponses données aux difficultés contentieuses sont souvent profondément divergentes. L'ingénierie juridique du grand commerce international comporte la prévision des conditions et difficultés d'exécution des contrats, cinq, dix, vingt ans à l'avance. Il s'agit d'une activité qui n'existait pas il y a un demi-siècle, activité nouvelle et difficile. C'est elle qui a donné son extraordinaire essor à l'arbitrage commercial international. Il faut savoir en effet que le montant de certains litiges internationaux se chiffre par dizaines, voire par centaines de millions de dollars. Il est douteux que les besoins du financement international diminuent à bref délai: il suffit de constater l'ampleur des investissements qui doivent être faits dans les pays d'Europe centrale et orientale.

La tâche du conseiller juridique ne s'arrête pas à la rédaction du contrat. Elle doit s'étendre à toute sa vie, à son interprétation et à son exécution, soit sur consultation des entreprises, soit parfois sur sa propre initiative. L'évolution souvent très difficile des affaires devrait s'accompagner d'une permanente surveillance juridique, d'un suivi attentif. Le jeu de l'avocat sera de prévoir, avec imagination et pragmatisme, les difficultés qui pourraient conduire au litige arbitral, de préparer les positions et argumentations de nature à être exploitées dans un litige éventuel en vue de la conciliation ou de l'arbitrage. Le juriste devient peu à peu une sorte de médecin des entreprises, chargé de prévenir les crises qui peuvent compromettre leur santé, voire leur existence.

B. Le développement empirique de l'arbitrage

L'arbitrage n'a pas été construit *a priori*. Il est le fruit de l'empirisme et de la nécessité, car son expansion résulte de l'impossibilité de trouver une autre solution aux problèmes du commerce international. Dans le droit interne, nous connaissons bien l'arbitrage: chez certains peuples, il est plus ancien que la justice d'État. À ce niveau, il ne pose pas de problèmes fondamentaux parce qu'il est rendu sous la surveillance du juge compétent, investi par l'État, en vertu de règles de procédure et de fond qui sont établies par le droit en vigueur. Même si le principe généralement appliqué par les juridictions est que l'existence, dans un contrat, d'une clause d'arbitrage exclut la juridiction d'un tribunal qui doit dès lors se déclarer incompétent pour prendre connaissance du litige, l'appui de la juridiction nationale peut lui être indispensable une fois la sentence rendue. En effet, il n'appartient qu'au seul juge étatique de prescrire, suivant sa loi nationale, des mesures de contrainte à l'égard des citoyens et des sociétés, qu'il s'agisse de dispositions de portée provisionnelle ou bien de l'exécution forcée d'une sentence arbitrale.

Le caractère principal de l'arbitrage international est précisément que ses utilisateurs ne puissent et ne veuillent pas se soumettre à un régime contraignant, qu'il s'agisse de la procédure,

du droit applicable au fond du litige ou même, du juge compétent. Ils adhèrent à la réponse donnée par la pratique commerciale, réponse à la fois simple et complexe car elle fait tout reposer sur la volonté concordante des parties. Si l'idée est simple, son application est souvent compliquée. En effet, dès la négociation de leurs relations mutuelles, les parties contractantes devront chercher à s'entendre sur de nombreux points. Il s'agira naturellement du droit applicable qui pourra être, par exemple, celui d'un État tiers, ou bien une autre règle juridique. Elles préciseront aussi éventuellement la procédure applicable aux litiges éventuels, choisiront le lieu où se fera l'arbitrage (décision souvent importante non seulement pour la procédure, mais aussi pour le droit et la juridiction) et conviendront de la façon de désigner les personnes chargées d'arbitrer. Ces stipulations sont importantes pour la raison fondamentale que l'arbitrage doit fournir une décision de justice: la solution arbitrale n'est pas une médiation, un compromis, un arrangement; elle est une sentence qui est revêtue de l'autorité de la chose jugée entre les parties et qui pourra donc faire l'objet d'une exécution contrainte.

Les juristes, en préparant les contrats, auront donc aussi à se pencher sur les conditions pratiques de la mise en œuvre des arbitrages éventuels, de façon à donner aux parties qui leur demandent leur avis les conseils les plus sages sur les règlements et centres à utiliser, suivant l'objet des contrats, car il existe beaucoup de types d'arbitrage, en matière maritime ou technologique, en matière de construction, de brevets, de propriété littéraire ou industrielle, pour les grands chantiers de construction, etc. Une bonne rédaction de la clause d'arbitrage est donc une première condition d'un bon fonctionnement des contrats internationaux.

Tout en connaissant le coût du recours aux procédures arbitrales, les sociétés leur trouvent différents intérêts: une meilleure réponse aux problèmes de technicité, le souhait d'une plus grande rapidité de la procédure, la recherche de la confidentialité dans les affaires et aussi, le bénéfice des traités qui donnent à la sentence arbitrale un effet dont les décisions judiciaires ne sont assorties qu'en vertu de conventions diplomatiques bilatérales. Lorsqu'un litige apparaît relativement à une sentence arbitrale internationale ou à son exécution, le pouvoir du juge est beaucoup plus réduit qu'en matière d'arbitrage interne; en effet, en vertu de la *Convention de New-York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*¹, qui a été ratifiée par 89 États dont le Canada, les États-Unis et le Mexique, il doit borner sa mission à vérifier notamment l'existence d'une clause arbitrale, la com-position correcte et l'indépendance du tribunal arbitral, l'application objective d'une procédure contradictoire et éventuellement, le respect des principes de l'ordre public internationalement accepté.

Dans l'expérience pratique de l'arbitrage, deux systèmes sont utilisés. L'arbitrage *ad hoc* est celui qui est prévu spécifiquement dans chaque contrat. En vertu de la clause, les parties s'engagent à confier le règlement des litiges éventuels à un tribunal arbitral dont elles ont choisi le siège, fixé les règles de constitution et de fonctionnement. Cette formule est assez répandue et utile parce qu'elle permet de donner une réponse juridique aux litiges courants. Mais il s'est révélé que, pour les litiges les plus lourds et les plus difficiles, elle laisse subsister des incertitudes dangereuses, notamment sur le plan de la procédure applicable en l'absence de stipulations précises (à l'exception naturellement des procédures diplomatiques). L'arbitrage *ad hoc* est particulièrement menacé de perdre son caractère international parce qu'il peut dans

certaines pays relever du droit applicable et de la juridiction compétente au lieu où la décision est rendue.

Cette conséquence, ainsi que d'autres réflexions, ont conduit à l'élaboration de règlements organisant à l'avance l'administration de l'arbitrage suivant des clauses standard qui donnent la ligne à suivre pour la constitution du tribunal arbitral, pour la procédure comme pour l'élaboration de la sentence. Les parties n'ont à stipuler que la référence à ce règlement, tel qu'il est publié et opposable. Généralement, un tel règlement est appliqué sous l'égide d'un centre dont la fonction est de donner à l'arbitrage le caractère indépendant, nécessaire au règlement objectif et définitif du litige. Le commerce international a besoin de procédures toujours adaptables et évolutives mais réglementées de façon objective et stable, offrant la sécurité des moyens sinon des résultats. De ces règlements, le plus connu, le plus ancien (il date de 1923 et a été progressivement amélioré), est celui de la Chambre de Commerce Internationale (ci-après appelée C.C.I.) qui est une organisation internationale non gouvernementale, dont le siège est à Paris, et dont la mission est de répondre aux besoins des échanges internationaux.

La multiplication des centres d'arbitrage, qui est une des caractéristiques de l'arbitrage contemporain, a été critiquée pour diverses raisons: duplication des services, rivalité entre institutions, situation de l'information, menace de contrôle par le pouvoir politique. En réalité, elle est inévitable puisque le choix du règlement et du tribunal appartient à la libre détermination des parties. D'ailleurs, la compétition entre institutions d'arbitrage n'est pas malsaine si elle s'exerce dans le sens de la qualité des sentences, du perfectionnement des procédures, de la promotion du concept culturel de l'arbitrage.

Le souci d'aboutir à une sentence exécutoire a pour effet de policer, de discipliner l'arbitrage international dans la mesure où les tribunaux arbitraux sont amenés à appliquer un certain nombre de prescriptions de procédure qui garantissent la bonne administration de la justice. Les gouvernements ont compris qu'il fallait faciliter, encadrer et stimuler cette fonction de règlement des litiges du commerce international. Ils l'ont fait par des négociations diplomatiques depuis l'époque du *Protocole de Genève (1923) sur les clauses d'arbitrage*² et de la *Convention de Genève (1927) sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères*³. Ils l'ont surtout fait à l'initiative de la C.C.I. par la *Convention de New-York de 1958*⁴ qui, tout en facilitant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, a pour objet de discipliner les conditions dans lesquelles elles sont rendues. Tel a aussi été l'objet de la *Convention de Genève de 1961*⁵ pour l'ensemble des pays européens qui l'ont ratifiée. L'ensemble de ces disciplines tend à constituer un véritable droit de la juridiction et de sa procédure, en raison du nombre très important des États qui ont ratifié ce tissu conventionnel. *La loi-modèle sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (ci-après appelée CNUDCI) (1985)*⁶, intégrée notamment dans les législations fédérales et provinciales du Canada, et dont certaines dispositions ont été incorporées dans le Code de commerce mexicain, complète cette œuvre d'uniformisation des normes.

2 *Protocole relatif aux clauses d'arbitrage*, (1924) 27 R.T.S.D.N. 158.

3 *Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, (1929) 92 R.T.S.D.N. 301.

4 *Convention de New York de 1958*, *supra*, note 1.

5 *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (avec annexe)*, (1963-1964) 484 R.T.N.U. 349 [ci-après *Convention de Genève de 1961*].

6 Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, *Projet de loi type sur l'arbitrage commercial international*, F.N.U.D.C.I., Doc. N.U. A/40/17 (1985).

1 *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, (1959) 330 R.T.N.U. 3 [ci-après *Convention de New-York de 1958*].

Définie par la pratique comme propre à l'exercice du commerce entre des nations ou des sociétés de nationalités différentes, la notion de l'arbitrage commercial international est aujourd'hui stabilisée. En vertu de la volonté expresse des parties à un contrat, l'arbitrage permet de soustraire la solution des litiges nés de l'interprétation et de l'exécution des contrats à des législations, réglementations ou juridictions de nature étroitement étatique et de les confier à des personnalités choisies en fonction de leur indépendance et de leur compétence et chargées de formuler une sentence ayant l'autorité de la chose jugée entre les parties intéressées. Toutefois, il est clair que les parties, souvent de nationalités différentes, le souhaitent réellement international, impartial, objectif, sur les plans politique, commercial et culturel, sans pour autant qu'il perde son caractère de chose jugée. L'un des avantages recherchés sera donc souvent de leur laisser, si elles veulent l'exercer, le choix du lieu de l'arbitrage et du droit applicable, la désignation des arbitres ayant leur confiance. Elles pourront également, d'un commun accord, soit commencer par une procédure de conciliation, soit confier aux arbitres le rôle d'amiable compositeur. En tout état de cause, l'arbitrage ne saurait prospérer que de la convention expresse des parties et entre elles, pour la cause dont elles ont convenu en toute liberté et capacité et suivant les stipulations du contrat qui les lie.

II. La mise en place de l'arbitrage

L'arbitrage trouve sa source et sa justification dans la volonté des parties à une convention. Sa caractéristique réside dans la désignation volontaire d'une personnalité ou d'un collège chargé de fournir un règlement juridique et exécutoire au litige qui oppose les contractants. En ce sens, il diffère de la juridiction étatique ou officielle qui impose aux individus et aux sociétés des juridictions constituées ainsi que des procédures officielles et généralement publiques.

A. La constitution du tribunal arbitral

La convention d'arbitrage s'impose à ceux qui l'ont signée, et suivant les stipulations qu'elle énonce. C'est notamment le cas lorsqu'il faut constituer le tribunal arbitral, c'est-à-dire dès l'époque où apparaît un litige et où une des parties n'entend plus en négocier la solution à l'amiable.

Les difficultés peuvent commencer à apparaître à partir de ce moment, par exemple si l'autre partie se révèle défaillante, de mauvaise volonté ou de mauvaise foi. En effet, la nomination de l'arbitre unique peut s'en trouver paralysée, comme peut l'être la constitution du tribunal au complet.

La sagesse consiste à se prémunir contre ce risque dès la conclusion de la convention, de la clause ou du compromis, c'est-à-dire à prévoir une procédure et une autorité de nomination indépendante des parties. Le même procédé sera utilisé pour la désignation du président d'un collège arbitral, dont la voix peut avoir pour effet de départager les arbitres et donc de dicter la solution du litige.

À la différence de l'arbitrage *ad hoc*, l'arbitrage administré suivant un règlement publié fournit à ces questions des solutions de portée générale, à laquelle une simple référence contractuelle suffit. En effet, avec une précision qui varie suivant les textes, l'autorité de nomination est investie de pouvoirs qui lui permettent de mettre en route la procédure d'arbitrage dès la demande, à commencer par la phase de constitution du tribunal: désignation d'un arbitre unique,

désignation ou confirmation des membres d'un tribunal, choix d'un président, vérification de l'indépendance des arbitres au stade même de leur choix en vue d'éviter des récusations ultérieures, notification de chacune de ces mesures aux intéressés en vue du respect du principe du contradictoire.

En ce domaine, le *Règlement et la pratique de la Cour internationale d'Arbitrage*⁷ (ci-après appelée « la Cour » de la C.C.I.) peuvent servir de référence. Selon ce règlement (article 2), les litiges sont tranchés par un arbitre unique ou par trois arbitres. Le choix du nombre d'arbitres revient d'abord aux parties. La pratique témoigne qu'elles en font largement usage soit au moment de la rédaction de la clause d'arbitrage, soit encore une fois le litige né. Ainsi, en 1991, les parties se sont entendues sur le nombre d'arbitres dans 75,4% des affaires nouvelles soumises à la Cour. En l'absence d'accord des parties, la Cour fixe le nombre d'arbitres en tenant compte, notamment, de la complexité du litige, des montants en jeu et de l'origine et la qualité des parties. Lorsque le montant en litige est faible et que les parties sont liées par un accord antérieur sur la désignation de trois arbitres, le secrétaire prend soin d'attirer l'attention des parties sur les conséquences financières de la constitution d'une juridiction collégiale. En 1991, 61% des arbitrages ont été soumis à un tribunal arbitral de trois arbitres et 39% à un arbitre unique.

Le système de la C.C.I. consacrant le principe de la primauté du choix des parties, la Cour n'intervient dans la désignation d'arbitres qu'à titre supplétif. Cependant, en toute hypothèse, elle veille à ce que les arbitres soient indépendants des parties. Il convient de distinguer le choix des coarbitres de celui de l'arbitre unique ou du président du tribunal arbitral. Lorsque trois arbitres sont prévus, chacune des parties — dans la demande d'arbitrage et dans la réponse à celle-ci — désigne un arbitre pour confirmation par la Cour. Si une partie ne désigne pas un arbitre, la Cour le nomme en ses lieux et place et pour ce faire demande une proposition au comité national de la C.C.I. (il y en a au total 59) du pays auquel ressortit la partie défaillante en lui donnant les précisions nécessaires quant aux caractéristiques du litige et aux qualifications souhaitées. Les comités nationaux de la C.C.I. sont en rapport étroit avec la communauté juridique de leur pays et peuvent ainsi proposer les arbitres les plus compétents et les plus disponibles, compte tenu des données spécifiques du litige; dans la majorité des cas, la proposition du comité national est retenue. Toutefois, la Cour n'est pas obligée de l'accepter ni de limiter son choix à un citoyen de l'un des 59 pays où un comité national de la C.C.I. a été constitué: en effet, en vertu du règlement de la CCI, la Cour est habilitée à faire le choix d'un arbitre provenant d'un pays où il n'existe pas de comité national, sauf objection d'une partie. Bien entendu les parties peuvent s'entendre sur le choix d'un arbitre unique ou du président du tribunal arbitral, auquel cas la personne proposée par elles est confirmée par la Cour; elles peuvent également prévoir que le président du tribunal arbitral sera choisi par les coarbitres. Il appartiendra à la Cour de confirmer ces arbitres en vérifiant leur indépendance.

Du choix du président du tribunal arbitral comme de celui de l'arbitre unique dépendra le sort de l'arbitrage. Par conséquent, dans un contexte essentiellement pluridisciplinaire et pluriculturel, la Cour se préoccupe de désigner une personnalité offrant toutes les garanties d'impartialité et capable d'établir au sein du collège arbitral l'équilibre et l'harmonie nécessaires. Cette désignation s'effectue selon la procédure décrite ci-dessus à propos des co-arbitres.

⁷ *Règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI*, (1990) N° de publication 447-2. ISBN 92-842-2059-9 (Publication autorisée par Secrétaire Général de la Chambre de commerce international), à la p. 11.

Une question parfois discutée est celle du nombre des arbitres, étant entendu que la pratique générale et parfois l'obligation légale est celle du nombre impair, propre à permettre le vote d'une sentence, sous réserve du cas spécial de l'application de l'article 19 du règlement de la C.C.I.⁸ relatif au pouvoir spécifique de décision du président du collège arbitral. L'accord des parties doit être respecté. S'il n'existe pas, l'usage est de ne proposer un arbitre unique que si le quantum du litige n'est pas trop lourd et si sa nature n'exige pas la prise en compte de particularités culturelles ou politiques propres à faire naître des difficultés de compréhension.

La multiplication des cas d'arbitrage multipartite complique beaucoup la désignation des arbitres. Aujourd'hui, plus d'un différend sur cinq soumis à l'arbitrage de la C.C.I. intéresse au moins trois parties, c'est-à-dire une pluralité de demandeurs ou de défendeurs. La Cour gère ce type d'affaires depuis de nombreuses années en appliquant son règlement et notamment, le principe de la primauté de l'accord des parties. Il ne peut y avoir de consolidation d'arbitrages séparés intéressant des parties différentes sans l'accord de celles-ci. Lorsque les co-demandeurs ou les co-défendeurs désignent en commun un arbitre indépendant, ce choix est généralement confirmé par la Cour. En l'absence d'accord entre des colitigants sur le choix d'un arbitre, la Cour pourra nommer celui-ci en leurs lieux et place selon la procédure habituelle (article 2 du règlement)⁹ ou bien scinder la procédure si le cas s'y prête. Dans la pratique, il n'y a pas corrélation entre le nombre de parties et le nombre d'arbitres; en effet, il n'est ni nécessaire ni souhaitable de constituer des tribunaux arbitraux pléthoriques pour trancher un litige multipartite pourvu que l'indépendance du tribunal arbitral ne puisse être contestée et que l'égalité entre les parties soit préservée.

B. L'indépendance des arbitres

La vérification de l'indépendance des arbitres est essentielle à la qualité et à l'exécution des sentences. La Cour de la C.C.I. a élaboré en ce sens et a eu connaissance des circonstances qui motivent sa requête. L'intéressé, de même que les autres arbitres ainsi que l'autre partie, sont mis en mesure de présenter leurs observations dans un délai approprié. C'est en séance plénière que la Cour statue sur la demande. Elle le fait par une décision de nature administrative dont les motifs ne sont pas communiqués aux parties. L'arbitre récusé est remplacé.

Outre l'hypothèse de la récusation, le règlement d'arbitrage envisage le remplacement d'un arbitre. C'est le cas naturellement lorsque ce dernier décède. C'est aussi le cas lorsque sa démission est acceptée par la Cour (article 2,10)¹⁰. Contrastant avec l'isolement de l'arbitre nommé dans une procédure *ad hoc*, l'arbitre investi de sa mission dans le cadre d'un arbitrage C.C.I. bénéficie, face au découragement et aux difficultés inhérentes à sa mission, du soutien du secrétariat et de la Cour, laquelle peut refuser d'accepter sa démission. Un arbitre peut aussi être remplacé lorsque la Cour constate qu'il est empêché *de jure* ou *de facto* d'accomplir sa mission, qu'il ne remplit pas ses fonctions ou les remplit avec retard (article 2,11)¹¹; l'accession d'un arbitre à des fonctions incompatibles ou la survenance d'une maladie grave constituent des exemples d'empêchement. Bien que rarement appliquée, cette stipulation du règlement n'en est pas moins utile puisqu'elle dote la Cour d'un pouvoir de sanction des manquements éventuels aux

devoirs de l'arbitre, soit à la demande d'une partie, soit même dans des cas rares, d'office.

D'une façon générale, il est normal que l'on attende de l'arbitre des qualités au moins équivalentes à celle que doit posséder un juge: honnêteté, impartialité, compétence, diligence. En réalité, on va au-delà. En effet, généralement à la différence de la prestation étatique, l'arbitrage est cher et son coût est supporté par les parties. Celles-ci ont le droit d'obtenir le meilleur service.

III. Le fonctionnement de l'arbitrage

L'arbitre exerce une mission qui résulte non seulement de la clause d'arbitrage, mais aussi plus spécialement de la saisine par l'une des parties au contrat. Il lui incombe de régler le litige dont il est saisi, en tenant compte de façon précise des demandes qui lui sont présentées, soit à titre principal, soit à titre reconventionnel: il doit statuer sur toutes ces demandes mais non au-delà. Cette mission juridictionnelle a un caractère contractuel; son exécution va commander le déroulement de la procédure.

A. La définition de la mission de l'arbitre

Trait distinctif de l'arbitrage C.C.I., l'acte de mission est un document relativement court, établi par le tribunal arbitral avec la participation, si possible, de toutes les parties au litige. Ce document résume le différend, énumère les prétentions des parties et les points litigieux à résoudre; il contient en outre les précisions nécessaires quant à la procédure (article 13)¹². L'acte de mission doit être communiqué à la Cour dans les deux mois suivant la saisine du tribunal arbitral. S'il est signé par le tribunal arbitral et toutes les parties, la Cour en prend note. Si l'une des parties refuse de participer à son établissement ou à sa signature, l'acte de mission est soumis à la Cour pour approbation; la procédure arbitrale suivra alors son cours à l'expiration d'un délai imparti à la partie défaillante pour signer cet acte. Ultérieurement, d'un commun accord, les parties conservent la possibilité de consigner de nouvelles demandes dans un *addendum* à l'acte de mission qui sera communiqué à la Cour (article 16).

L'établissement d'un acte de mission préalablement à l'instruction de la cause comporte de nombreux avantages d'ordre technique, psychologique et juridique: il permet de structurer et de circonscrire le litige, de délimiter son enjeu; il sert à consigner définitivement les points d'entente entre les parties sur des questions telles que la loi applicable au fond, la langue de l'arbitrage, la procédure en matière de preuves et témoignages et parfois, certains points relatifs au fond du litige. Enfin, il permet à la Cour de vérifier *l'infra* et *l'ultra petita* lors de l'examen de la sentence et impose donc une discipline à la fois au tribunal arbitral et aux parties.

La partie défenderesse peut formuler une demande reconventionnelle (article 5)¹³ dans les trente jours qui suivent la réception de la demande d'arbitrage, sous réserve de l'octroi d'un délai supplémentaire dans la mesure où elle aura répondu aux propositions formulées concernant la constitution du tribunal arbitral et moyennant le droit pour le demandeur de présenter une note en réponse dans les mêmes délais. Après la prise d'effet de l'acte de mission, une demande reconventionnelle ne peut être soumise qu'à la condition qu'elle fasse l'objet d'un *addendum* à l'acte de mission, signé par toutes les parties (article 16)¹⁴.

8 *Id.*, à la p. 24.

9 *Id.*, à la p. 11.

10 *Id.*, à la p. 14.

11 *Ibid.*

12 *Id.*, à la p. 20.

13 *Id.*, à la p. 16.

14 *Id.*, à la p. 23.

Une demande reconventionnelle a pour effet d'augmenter le montant en litige et par conséquent, le montant des frais et particulièrement de l'avance réclamée aux parties. Cette circonstance, ainsi que le risque de devoir supporter en fin de procédure tout ou partie des frais de l'arbitrage, peut décourager les demandes abusives.

B. Les principes régissant la procédure arbitrale

La procédure arbitrale doit respecter un des grands principes de la juridiction: le caractère contradictoire, c'est-à-dire que, sans pour autant allonger abusivement les délais, elle doit offrir à chacune des parties toutes les chances d'exposer ses demandes et ses arguments, de connaître et de discuter ceux de son adversaire, d'apporter tous les éléments de preuve qu'elle estime utile et de critiquer ceux de son adversaire, de participer ou d'être représentées à toutes les audiences, et, le cas échéant, aux expertises prescrites par l'arbitre. Ces points sont vérifiés par certaines des institutions chargées d'administrer les arbitrages, notamment par la Cour de la C.C.I. dont le règlement d'arbitrage a été rédigé dans le plus grand respect des normes internationalement reconnues au titre du contradictoire dans les pays de tradition civiliste et dans le « due process » des pays de *Common Law*: transparence du processus arbitral; droit des parties à être appelées et entendues; égalité de traitement des parties dans l'échange des mémoires, le recours à l'expertise, la tenue des audiences.

La tendance qui consiste à rapprocher la procédure arbitrale de la procédure juridictionnelle a été jusqu'à porter la C.C.I. à mettre en vigueur un référé pré-arbitral qui permette aux parties d'obtenir des mesures avant-dire droit, provisionnelles ou transitoires, avant même l'ouverture de l'instance arbitrale.

Avant qu'un tribunal arbitral ne soit constitué et saisi d'une affaire, les correspondances passent par le secrétariat de la Cour qui est chargé de notifier à chaque partie tous les mémoires présentés par l'autre partie (article 6)¹⁵; dans certains arbitrages multipartites, ces notifications se comptent par centaines. Ces échanges préliminaires (demande principale, réponse à la demande et demande reconventionnelle, réponse à la demande reconventionnelle) sont assortis de délais.

En ce qui concerne la procédure devant le tribunal arbitral, l'article 15¹⁶ du règlement précise expressément que les audiences seront contradictoires. La Cour et son secrétariat exigent que les parties défaillantes aient les mêmes possibilités d'être appelées et entendues que celles qui participent à la procédure. La Cour veille à l'application du même principe dans les rapports entre les arbitres; ainsi, une sentence arbitrale ne sera pas approuvée si tous les arbitres n'ont pas eu la possibilité de participer au délibéré.

Selon le règlement de la C.C.I., « les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celles qui résultent du présent règlement et, dans le silence de ce dernier, celles que les parties, ou à défaut d'arbitres, déterminent en se référant ou non à une loi interne de procédure applicable à l'arbitrage » (article 11)¹⁷. Il est donc dans la *prérogative* des parties de faire le choix de la procédure applicable. Dans le cadre de l'arbitrage C.C.I., le règlement confère des pouvoirs étendus à l'arbitre, celui-ci pouvant instruire la cause « par tous moyens appropriés » (article 14,1)¹⁸; nommer un ou plusieurs experts (article 14,2)¹⁹;

fixer la ou les langues de l'arbitrage lorsque les parties n'en sont pas convenues (article 15,3)²⁰; régler le déroulement des audiences qui, en tout état de cause, sont contradictoires (article 15,4)²¹. Dans la pratique, les règles gouvernant la procédure sont précisées par l'arbitre après consultation des parties. En effet, il n'existe pas de lien nécessaire, dans l'arbitrage C.C.I., entre le siège de l'arbitrage et la procédure devant être suivie par les arbitres. Toutefois, afin d'assurer l'efficacité juridique de la sentence, les règles d'ordre public du lieu de l'arbitrage ne peuvent être ignorées.

Aucune prorogation de délai n'est accordée sans que la Cour ne soit parfaitement tenue au courant du développement de l'affaire. Avec l'accord et le concours des parties ces délais peuvent être réduits afin de mettre en oeuvre une procédure accélérée.

C. La juridictionnalisation de l'arbitrage

Une décision arbitrale est une forme de décision de juridiction. Elle l'est non seulement par sa nature de chose jugée et ses effets, même à l'étranger, mais aussi par ses conditions d'application correcte, honnête, réfléchie du droit. Ce caractère d'application du droit, qui est majeur dans la sentence arbitrale classique, plus que dans la sentence rendue par amiable composition d'ailleurs, donne à l'arbitrage le caractère d'une procédure débouchant sur une sentence que les parties intéressées se sont engagées à exécuter de bonne foi. Bien entendu, cette voie de règlement n'est pas de droit commun, elle ne porte que sur des affaires dont le caractère est d'être arbitrables, c'est-à-dire de nature patrimoniale, pécuniaire, par opposition généralement aux affaires de statut civil ou de droit pénal. Mais une fois ce caractère défini et reconnu, il est généralement considéré que la clause d'arbitrage engage toutes les parties qui l'ont souscrite même si elles sont des États ou des agences étatiques, au moins dès lors qu'elles opèrent dans le champ du commerce international.

Un bon système d'arbitrage étant celui qui offre les meilleures chances d'obtenir une solution juridiquement correcte, les parties sont tout à fait fondées à questionner leurs conseils sur toutes les conditions à réunir, en matière de juridiction, de procédure et de droit applicable. Ces choix seront très importants car ils conditionneront la solution du procès: dès le droit applicable est déjà fournir la voie de la solution d'un litige. Il faudra également déterminer le lieu de l'arbitrage, choix important en ce qui concerne non seulement les facilités de travail, mais aussi les conditions dans lesquelles pourront éventuellement être tranchées les contestations sur la sentence arbitrale. La C.C.I. constate à cet égard une très sensible progression du caractère international des arbitrages. Par exemple, en 1991, sa Cour a nommé plus de 500 arbitres qui travaillent dans environ 50 lieux différents, opposant des parties qui proviennent d'environ 80 pays, dans des litiges où l'on trouve souvent des parties nationales de plusieurs pays différents. Quant aux arbitres, ils sont des milliers, de nationalités différentes, qui dans le monde arbitrent sous l'égide de la C.C.I. ou à un autre titre.

Ainsi, peut-on constater qu'existe aujourd'hui une approche juridique particulière de l'arbitrage international conçu comme une prestation de services de plus en plus perfectionnée et performante, impliquant donc un travail de plus en plus soigneux? Lorsque surviendra le contentieux, il faudra que les conseils des parties préparent les dossiers, les arguments de fait et de droit, les audiences, les plaidoiries comme devant une

15 *Id.*, à la p. 17.

16 *Id.*, à la p. 22.

17 *Id.*, à la p. 20.

18 *Id.*, à la p. 22.

19 *Ibid.*

20 *Id.*, à la p. 22.

21 *Ibid.*

juridiction classique. Quant aux arbitres, ils n'auront pas à défendre les intérêts des parties, mais à donner au procès une solution juridique valable après une procédure contradictoire et complète. Comme une juridiction, le tribunal arbitral ne rend sa sentence que lorsqu'il a entendu tous les arguments, examiné toutes les preuves, délibéré et fait son intime conviction sur la base des éléments d'information qui lui ont été communiqués. En effet, il ne faut pas oublier qu'une solution arbitrale est une décision qui a l'autorité de la chose jugée et qui, notamment dans les pays qui ont ratifié la *Convention de New-York*, revêtira si nécessaire force exécutoire. Aussi dans de nombreuses affaires du commerce international, l'arbitrage représente-t-il une forme d'accès à la justice, parfois la seule disponible. Ainsi s'explique aisément le très important taux d'accroissement des affaires d'arbitrage aussi bien devant la C.C.I. qu'en dehors de sa compétence.

L'accroissement du rôle des parties dans le procès arbitral est tout à fait caractéristique. Il répond à une tendance à la juridictionnalisation de l'arbitrage dans le commerce international, qu'il s'agisse du choix de la langue et du lieu de l'arbitrage, de celui des arbitres et éventuellement, du président du tribunal arbitral, voire du droit applicable, de la rédaction des actes de mission et parfois dans des manœuvres, de caractère dilatoire ou frustratoire, qui sont tout à fait caractéristiques de la tendance à la procédualisation. Le suivi des instances arbitrales par des cabinets juridiques de plus en plus spécialisés confirme leur importance dans le règlement des grandes affaires du commerce international. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que l'un des objectifs de l'arbitrage est de favoriser la solution rapide des litiges: la fermeté des arbitres doit empêcher les manœuvres dilatoires ou frustratoires. Il est dans la prérogative des arbitres de mettre fin aux mesures d'instruction lorsqu'ils ont estimé avoir connaissance de tous les éléments de preuve utiles et être capables de les apprécier.

D. Les règles déontologiques qui s'imposent aux arbitres

L'arbitrage coûte cher. Aussi les sociétés étudient-elles très attentivement les conditions dans lesquelles il est rendu. Elles entendent que la sentence soit solide, claire et impartiale, rendue par un collègue indépendant de toute pression, non seulement de pressions d'argent, mais aussi de pressions gouvernementales. Aussi apparaît-il une déontologie particulière de l'arbitrage international, consistant en un ensemble de normes d'ailleurs très proches de la déontologie du barreau, mais encore plus complètes pour se rapprocher de celles du juge dont le métier est parfois plus astreignant, notamment sur le plan de la recherche de la preuve et de l'intime conviction. Le tribunal arbitral doit éviter tout ce qui pourrait entraîner une critique de la sentence. Aussi est-il opportun que soient attentivement vérifiées sa composition et sa juridiction. Il s'agit de s'assurer que ces collègues fonctionnent en toute impartialité et que leur future décision rendue tranchera pleinement et correctement le litige. Il leur incombe aussi de respecter le caractère international de leur mission, c'est-à-dire de n'adopter aucune attitude d'exclusion politique ou culturelle, ni à l'égard des plaideurs, ni dans le cas éventuel d'une opinion dissidente, et de refuser toute ingérence, qu'elle soit procédurale ou qu'elle tende à influencer sur sa décision finale.

Doivent s'ajouter à l'indépendance de l'arbitre, de particulières compétences juridiques, des connaissances linguistiques et des qualités humaines, conditions souvent difficiles à réunir.

En pratique, le bon déroulement d'un arbitrage est subordonné au soin que l'arbitre apporte à sa tâche, en y consacrant le travail, la disponibilité et le soin nécessaires, sans perdre de temps mais en abordant franchement toutes les difficultés de procédure qui peuvent se présenter. La définition de la mission à accomplir en accord avec les parties ne doit omettre aucune question afin que les débats soient correctement situés sur le terrain du droit applicable et portent sur tous les éléments et toutes les prétentions en cause, y compris les éventuels intérêts. Il est généralement affirmé que la motivation de la sentence doit être complète, claire et suffisante, sur le terrain du fait et du droit: il s'agit là d'un devoir impérieux de l'arbitre quand il opère sous l'égide de la C.C.I., sous réserve des cas d'arbitrages domestiques soumis à un droit national qui les en exempte, suivant la volonté des parties.

Dans le processus de prise de décision d'un tribunal arbitral, le président joue un rôle-clé. Il lui appartient de veiller à ce que les audiences se tiennent dans le respect des exigences formelles sur lesquelles se fonde une bonne administration de la justice; cela veut dire qu'il doit rester attentif au libellé de l'acte de mission, à l'échange équilibré des documents et des arguments, au déroulement de l'instance au cours de laquelle se feront la découverte des faits et la détermination du droit. Sa responsabilité s'affirmera non seulement dans la procédure, mais aussi dans la rédaction de la sentence. Le processus de la délibération est la face cachée des travaux du tribunal arbitral: sa qualité est intimement liée à l'intelligence et aux méthodes des arbitres et notamment à l'autorité de leur président. Il est du devoir de celui-ci de permettre à chacun de ses collègues d'apporter au débat une contribution à la mesure de ses qualités personnelles et de son expérience et de formuler en fin de parcours les questions sur lesquelles le tribunal devra opiner et qui serviront de base à la recherche de la solution définitive du différend.

Toutefois, le travail n'est pas achevé une fois que la décision est finalement prise à l'unanimité ou à la majorité, sinon par le président lui-même selon le règlement de la C.C.I. (article 19)²². Le projet de sentence doit ensuite être rédigé, tâche à laquelle le président doit souvent apporter grand soin, avec conscience professionnelle, juste confiance en soi, désir d'éviter tout recours devant un tribunal d'État. En outre, dans tout arbitrage sous l'égide de la C.C.I., le tribunal arbitral sait qu'avant de signer la sentence et d'en donner communication aux parties, il lui faut soumettre le projet à la Cour pour qu'il soit examiné conformément aux articles 21 et 26 du règlement d'Arbitrage de la C.C.I.²³

Les devoirs du tribunal arbitral sont délicats par nature, s'agissant à la fois des exigences spécifiques de la procédure et des réponses à des questions de fond que ne règlent souvent ni le droit national, ni les pratiques du commerce. On a pu s'interroger sur les principes généraux du droit applicables à l'arbitrage commercial international, inspirés d'usages commerciaux ou corporatistes et établis dans une société en voie d'intégration. La question est celle d'un espace de communauté juridique sans législateur souverain reconnu, où la règle de droit serait d'origines diverses: diplomatique (*Convention de Vienne sur la vente de marchandises*), jurisprudentielle (décisions de juridictions ou d'arbitres), coutumière (*lex mercatoria*), voire éthique (codes de bonne conduite), déontologique (professions) ou contractuelle.

Il est certain que la démarche de l'arbitre doit s'abstraire de toute rigidité dogmatique pour se référer principalement à la volonté des parties même lorsqu'elles entendent se soustraire à un droit étatique, mais sous réserve d'un ordre public international fondamental auquel on ne saurait déroger sans mettre en péril

²² *Id.*, à la p. 24.

²³ *Id.*, à la p. 24 et p. 26.

l'édifice juridique de l'arbitrage. On peut citer certains de ces principes généralement reconnus, ou du moins affirmés, de façon assez forte pour peser sur l'appréciation des arbitres: les droits de l'homme (mais dans quelle acception?); le respect de la moralité mais de façon étroite (la corruption); le refus des causes illicites et des fraudes; le droit de la concurrence (dans certains cas); le respect de la bonne foi; le devoir d'information du contractant; le refus de la violence ou de la contrainte ouverte. La simple mention de ces normes de base montre combien elles ont un caractère spécifiquement juridique.

Ces règles de déontologie doivent être complétées par un certain nombre de qualités spécifiques à l'arbitrage. La première serait que la procédure ne traîne pas en longueur: alors que souvent les procès civils et commerciaux sont très lents, un des mérites de l'arbitrage serait de fournir aux sociétés une réponse rapide aux problèmes juridiques qu'elles rencontrent.

Un autre des bénéfices de l'arbitrage commercial est sa confidentialité: son utilisateur doit être assuré que, sans son consentement, rien ne sera révélé du litige et que pourront être évités les inconvénients des procédures juridictionnelles. Sur ce point, les tribunaux arbitraux doivent être très prudents et toujours attentifs au secret des affaires. Dans l'arbitrage de la C.C.I., sauf décision du tribunal et accord des parties, les audiences ne sont pas ouvertes au public (article 15,4)²⁴. La Cour s'impose un devoir de discrétion; elle le fait aussi à tous ceux qui participent à ses travaux (article 2)²⁵. Cependant, son règlement ne prévoit aucune sanction à l'encontre des parties qui révèlent leurs différends: à cet égard, les limites du principe de confidentialité sont celles que s'imposent les intéressés.

E. La sentence arbitrale

En règle générale, la procédure arbitrale ne connaît pas les voies d'appel ou de réformation qui existent dans le fonctionnement des juridictions nationales. Elle débouche sur une sentence finale sauf lorsque le contraire est stipulé dans le règlement applicable. Toutefois, afin de donner à la sentence les meilleures garanties d'efficacité juridique, le règlement de la C.C.I. prévoit qu'aucun projet de sentence ne sera signé par les arbitres sans avoir été préalablement examiné et approuvé par la Cour (article 21)²⁶. Celle-ci, dans l'exercice de sa mission contractuelle, veille à ce que les arbitres décident du fond de l'affaire. Certes les arbitres sont juges; mais il faut que leur décision soit susceptible d'exécution et celle-ci dépend de la qualité de la sentence. L'expérience révèle que si une sentence arbitrale est une bonne sentence, bien étudiée, bien motivée, bien écrite, donnant une bonne réponse juridique aux questions posées, les parties lui donneront exécution, même si elles ont perdu. D'abord, parce qu'elles ne prendront pas le risque d'un procès devant le juge national, et aussi, parce qu'elles s'exposent à compromettre leur crédit, soit à l'égard des banques, soit à l'égard de leurs contractants, voire plus généralement dans le milieu des affaires. En définitive, à la C.C.I., il n'y a qu'une sentence arbitrale sur dix pour laquelle se produisent des difficultés d'exécution, une partie étant devenue insolvable ou ayant disparu, ou étant de mauvaise foi; c'est notamment le cas de certains organismes officiels qui, dès lors qu'ils ont perdu la cause, refusent l'autorité de la chose jugée au risque de compromettre le crédit de leur pays.

C'est du fait, et du seul fait des entreprises intéressées, que prospère l'arbitrage commercial international. Elles y recherchent non seulement la confidentialité et la prudence dans les affaires, mais aussi le rétablissement d'un certain équilibre dans les prestations, une ouverture vers la pluralité des cultures, la recherche d'une modération de la puissance financière ou industrielle, l'indépendance à l'égard du pouvoir d'État, et, d'une façon générale, un minimum de sécurité dans un monde dangereusement aléatoire où la méfiance l'emporte trop souvent sur la confiance et où les litiges commerciaux sont parfois sous-tendus et aggravés par l'intérêt national.

Au fil des années, l'arbitrage international est devenu un vrai service public, notamment lorsqu'il est rendu sous l'égide d'institutions honorablement connues et par des juristes indépendants et confirmés. Certes, ce service public est payant: les parties non seulement doivent rémunérer leurs conseils mais aussi couvrir les frais de l'arbitrage. Dans la mesure où il est indispensable au bon exercice du commerce mondial, dans la mesure où il n'y a pas d'autre choix pour maintenir le développement des investissements dans tous les domaines, l'arbitrage doit être encouragé, quel que soit le règlement applicable, à condition qu'il réponde à des conditions impératives de qualité.

En réalité, la base sur laquelle repose tout cet édifice est la volonté des parties, naturellement exprimée sous forme contractuelle. L'arbitrage commercial international est une des expressions d'un monde libre. Il ne faut donc pas l'opposer à la justice étatique, mais simplement comprendre qu'il présente une forme de règlement juridique des litiges qui est respectueuse de la liberté des sociétés et des individus, leur permettant notamment de choisir leurs juges, élément capital de la confiance qui conditionnera ultérieurement l'acceptation et l'exécution de la sentence.

* * *

L'arbitrage n'est pas seulement une expression de la liberté dans les rapports entre les parties; il est aussi une forme de liberté dans le choix du mode de solution des litiges. Il n'y a pas de monopole international de l'arbitrage. Si la C.C.I. propose une forme de règlement d'arbitrage, ce n'est qu'une parmi d'autres, multiples. Précisément, dans un monde où l'économie doit progresser, où règne l'innovation, la concurrence entre les différentes formes d'arbitrage est une façon d'en améliorer la qualité, d'éliminer la bureaucratie, d'accroître le rendement et l'efficacité des procédures d'arbitrage. Ainsi, faut-il bien voir qu'il n'y a pas lieu d'adresser critiques ou compliments aux uns ou aux autres, mais de considérer tout simplement qu'en vérité le monde se construit sous nos yeux et qu'en particulier l'arbitrage se perfectionne sans cesse, souvent dans de grandes difficultés, parce que les questions sont importantes, parfois neuves et difficiles à résoudre. Précisément, un des aspects les plus séduisants de la Cour de la C.C.I. est la grande facilité qu'elle donne aux parties de choisir leurs arbitres, le lieu de l'arbitrage, le droit applicable, éventuellement différentes règles ou modalités de procédure lorsque les clauses de son règlement ne sont pas impératives. Autrement dit, elle offre le plus de liberté possible aux parties, tout en leur donnant les garanties fondamentales qu'elles auront un juge et qu'elles pourront, le cas échéant, surmonter l'obstruction et les manoeuvres dilatoires qui sont un grand danger de l'arbitrage non organisé.

La confidentialité des affaires, et par conséquent de nombreuses sentences arbitrales, paralyse la formation d'une véritable doctrine du droit commercial international. Certes, divers commentaires sont publiés dans différentes revues très connues. Il n'en

²⁴ *Id.*, à la p. 22.

²⁵ *Id.*, à la p. 11.

²⁶ *Id.*, à la p. 24.

reste pas moins que dans ce domaine, le progrès du droit exigera davantage de documentation. En revanche, comme instrument, c'est-à-dire comme procédé de règlement des litiges internationaux, l'arbitrage s'est défini et perfectionné d'années en années. On peut affirmer qu'apparaissent progressivement un droit commun de la procédure arbitrale et une politique juridique générale des centres d'arbitrages, notamment à la C.C.I.

L'arbitrage exige beaucoup de travail, beaucoup de renseignements, une spécialisation accrue dans les cabinets juridiques, chez les juristes d'entreprise, chez les jurisconsultes étatiques aussi, une qualification très poussée des arbitres sur le plan du droit, comme de la procédure. La nécessité de qualité y est supérieure. C'est la raison pour laquelle se développe un grand besoin de juristes internationalistes. Qu'il s'agisse de rédiger les contrats, de conseiller les sociétés, de préparer les procès, de plaider devant les tribunaux, ou bien qu'il s'agisse d'exercer le métier difficile d'arbitre, il faut des personnalités de premier plan. Quant à la Cour de la C.C.I., près de soixante dix ans d'œuvre tenace lui ont permis d'accréditer auprès des gouvernements, des juridictions et des entreprises l'idée qu'un arbitrage doit être exécuté de bonne foi. Les intéressés comprennent aujourd'hui que leur crédit dépend de la bonne volonté qu'ils mettront dans l'exécution des sentences même défavorables. Le droit ne doit pas être seulement théorique mais effectivement appliqué: il est donc heureux que, année après année, se soit installée l'idée que l'arbitrage est une véritable voie de solution juridique des litiges internationaux les plus délicats.