

directement la loi applicable au fond, comme l'a fait le paragraphe 1 pour les parties, il ne lui accorde que le choix de la loi dont les règles de conflit seront utilisées pour désigner la loi applicable au fond.

36. Cette distinction entre les deux situations paraît à l'Égypte insoutenable. Elle est la survivance d'un faux sentiment de méfiance envers l'institution d'arbitrage, méfiance surannée que la pratique a déjà démentie. La proposition de l'Égypte tend à supprimer ladite distinction.

Article 32, paragraphe 2, alinéa b

37. Le texte dit qu'au cas où la procédure arbitrale devient superflue ou inappropriée, le tribunal arbitral "peut" ordonner la clôture de la procédure. Le mot "peut" indique un droit et non une obligation. Il en résulte que, malgré sa conviction que la procédure s'est révélée superflue ou inappropriée, le tribunal arbitral peut, quant même, en ordonner la poursuite. Sur quel motif ? A quelle fin ? Dans l'intérêt de qui ? Le texte ne le précise pas. Il est évident que la poursuite d'une telle

procédure ne serait qu'une perte de temps, d'efforts et d'argent. Aussi proposons-nous de modifier le paragraphe 2 comme suit :

"2. Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque :

- a) Le demandeur retire . . . (sans changement).
- b) La procédure arbitrale devient, pour toute autre raison, superflue ou inappropriée."

Article 34, paragraphe 2, alinéa b i

38. L'Égypte soutient l'opinion tendant à supprimer ce texte. Les raisons justifiant cette suppression ont été avancées et discutées au Groupe de travail, l'Égypte ne les rappellera pas ici. Elle ajoutera seulement que la suppression proposée n'implique pas l'exclusion de la non-arbitrabilité comme cause de nullité, car cette nullité serait couverte par d'autres textes; par l'alinéa b ii : lorsque l'arbitralité fait partie de l'ordre public de l'État, et l'alinéa a i, quand elle est considérée par la loi de l'État comme élément de la convention d'arbitrage.

**B. Commentaire analytique du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international :
Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/264)^a**

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	107
COMMENTAIRE ANALYTIQUE	108
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	108
Article 1 ^{er} . Champ d'application	108
Article 2. Définitions et règles d'interprétation	113
Article 4. Renonciation au droit de faire objection	114
Article 5. Domaine de l'intervention des tribunaux	115
Article 6. Tribunal chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage	115
CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE	116
Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage	116
Article 8. Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal	117
Article 9. Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal	118
CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL	119
Article 10. Nombre d'arbitres	119
Article 11. Nomination des arbitres	119
Article 12. Motifs de récusation	121
Article 13. Procédure de récusation	121
Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre	123

^aPour l'examen par la Commission, voir le *Rapport*, chap. II, A (première partie, A, plus haut).

	<i>Pages</i>
Article 14 <i>bis</i>	123
Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant	123
CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL	124
Article 16. Pouvoir qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence	124
Article 18. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires	127
CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE	128
Article 19. Détermination des règles de procédure	128
Article 20. Lieu de l'arbitrage	129
Article 21. Début de la procédure arbitrale	130
Article 22. Langue	130
Article 23. Conclusions en demande et en défense	131
Article 24. Procédure orale et procédure écrite	132
Article 25. Défaut d'une partie	134
Article 26. Expert nommé par le tribunal arbitral	135
Article 27. Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves	135
CHAPITRE VI. PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLOTURE DE LA PROCÉDURE	136
Article 28. Règles applicables au fond du différend	136
Article 29. Prise de décisions par plusieurs arbitres	138
Article 30. Règlement par accord des parties	138
Article 31. Forme et contenu de la sentence	139
Article 32. Clôture de la procédure	140
Article 33. Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle	140
CHAPITRE VII. RECOURS CONTRE LA SENTENCE	141
Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale	141
CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES ...	144
Article 35. Reconnaissance et exécution	144
Article 36. Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution	145

Introduction

1. A sa quatorzième session (1981), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a décidé de charger son Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux d'élaborer un projet de loi type sur l'arbitrage commercial international¹. A cette session, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général intitulé "Loi type sur l'arbitrage international : éléments éventuels" (A/CN.9/207). Il a été convenu que ce rapport, qui décrivait les orientations et objectifs de la Loi type, ainsi que les questions qu'elle pourrait traiter, serait utile à l'élaboration d'une loi type².

2. Le Groupe de travail a commencé d'entreprendre cette tâche à sa troisième session en examinant diverses

questions, de manière à dégager les caractéristiques principales d'un projet de loi type³. A sa quatrième session, il a examiné des projets d'articles établis par le secrétariat⁴ et a étudié, à ses cinquième et sixième sessions, des articles modifiés et révisés⁵. A sa septième session, le Groupe de travail a examiné un projet de texte composite et, après qu'un groupe de rédaction eut établi les différentes versions de ce texte dans les six langues de la Commission, a adopté le projet de texte d'une loi type, figurant en annexe au rapport du Groupe de travail⁶.

3. A sa dix-septième session (1984), la Commission a prié le Secrétaire général de communiquer le projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées en les invitant à présenter des

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quatorzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17 (A/36/17)*, par. 70.

²*Ibid.*, par. 65.

³A/CN.9/216.

⁴A/CN.9/232.

⁵A/CN.9/233 et A/CN.9/245.

⁶A/CN.9/246 et Corr.1.

observations et a prié le secrétariat d'établir une compilation analytique des observations reçues⁷. Elle a également décidé d'examiner à sa dix-huitième session (1985) le projet de texte à la lumière des observations reçues, en vue de mettre au point et d'adopter le texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international⁷.

4. A la dix-septième session, il a été suggéré que le secrétariat élabore un commentaire sur le projet de loi type pour aider les gouvernements à formuler leurs observations sur le projet de texte et, plus tard, à examiner les mesures législatives à prendre sur la base de la Loi type. La Commission a estimé qu'un tel commentaire, bien qu'il ne puisse être établi suffisamment vite pour être d'une grande aide aux gouvernements lorsqu'ils formuleraient leurs observations, pourrait se révéler utile s'il était soumis à la dix-huitième session de la Commission⁸. Aussi la Commission a-t-elle décidé de prier le secrétariat de lui présenter, à sa dix-huitième session, un commentaire sur le projet de loi type sur l'arbitrage commercial international⁹.

5. Le présent rapport a été établi comme suite à cette demande. Il indique brièvement pourquoi telle ou telle disposition a été adoptée et quel est le champ d'application envisagé; ce résumé s'accompagne souvent d'explications et d'interprétations de mots particuliers. Le rapport ne rend pas compte intégralement des travaux préparatoires, notamment des nombreuses propositions et variantes qui n'ont pas été retenues. Afin de faciliter la tâche à ceux qui souhaiteraient davantage de renseignements sur les origines d'une disposition donnée, le commentaire fait référence aux sections pertinentes des cinq rapports de session du Groupe de travail¹⁰.

6. Durant l'établissement du présent document, le secrétariat a tenu compte du fait qu'il ne s'agissait pas du commentaire d'un texte final, mais que son objet principal et immédiat était d'aider la Commission à examiner et mettre au point définitivement le texte. Le secrétariat a donc pris la liberté de noter les éventuelles ambiguïtés et incohérences et de présenter quelques suggestions dont la Commission voudra peut-être tenir compte. On s'est efforcé de distinguer les avis du secrétariat — en les introduisant par des expressions telles que "il nous semble que" ou "il est suggéré que" — des explications ou interprétations conformes à l'avis unanime du Groupe de travail ou à celui qui a prévalu en son sein.

⁷Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17 (A/39/17)*, par. 101.

⁸*Ibid.*, par. 100.

⁹*Ibid.*, par. 101.

¹⁰Afin d'éviter toute confusion, on n'a pas mentionné les numéros précédents des articles, la numérotation ayant été modifiée deux fois durant les travaux préparatoires. Cependant, on pourra retrouver les numéros précédents d'un article en se référant aux débats résumés dans les rapports de session ou aux tableaux comparatifs de la numérotation des articles figurant dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.40 et A/CN.9/WG.II/WP.48, qui ont été soumis au Groupe de travail à ses cinquième et septième sessions.

Commentaire analytique¹¹

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. *Champ d'application**

1) La présente loi s'applique à l'arbitrage commercial** international; elle ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent Etat.

2) Un arbitrage est international si :

a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :

i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention;

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit;

ou

c) L'objet de la convention d'arbitrage est lié à plus d'un Etat.

3) Aux fins du paragraphe 2 du présent article, si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Références

A/CN.9/216, par. 16 à 21

A/CN.9/232, par. 26 à 36

A/CN.9/233, par. 47 à 60

A/CN.9/245, par. 160 à 168 et 173

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 156 à 164

Commentaire

1. L'article premier du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international (ci-après dénommé

*Les titres des articles sont destinés uniquement à faciliter la lecture du texte et ne doivent pas être utilisés à des fins d'interprétation.

**Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises; accords de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

¹¹Le projet de texte d'une loi type reproduit ci-après et faisant l'objet du commentaire est celui que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a adopté à la clôture de sa septième session (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 14 et annexe).

“la Loi type”) traite du champ d’application envisagé de la Loi type. Il énonce en particulier son domaine d’application quant au fond qui est, conformément au mandat conféré au Groupe de travail par la Commission¹², “l’arbitrage commercial international”. Avant d’aborder ce champ d’application, on trouvera ci-après des observations générales sur la forme de la Loi type et sur d’autres aspects de son application.

“La présente Loi s’applique . . .”

La Loi type en tant que “présente Loi” d’un Etat donné

2. Le mode d’unification et d’amélioration des lois nationales sur l’arbitrage qui a été envisagé par le Groupe de travail, sous réserve de la décision finale de la Commission, consiste en l’adoption d’une loi type. Le texte, dans sa forme définitive, serait recommandé par la Commission, puis par l’Assemblée générale à tous les Etats, en vue de son incorporation dans les différentes législations nationales.

3. Afin de faciliter cette incorporation, le texte a été rédigé de manière à pouvoir être promulgué dans un Etat donné. Conformément à cette méthode, le commentaire désigne sous le nom d’Etat X “le présent Etat”¹³, où “la présente Loi” serait applicable.

Champ d’application territorial (non encore déterminé)

4. “La présente Loi”, sous sa forme actuelle, n’indique pas en général à quels arbitrages particuliers (de caractère commercial international) elle s’applique. On pourrait par exemple utiliser comme critère principal le lieu de l’arbitrage, c’est-à-dire que la loi s’appliquerait à tous les arbitrages ayant lieu dans “le présent Etat” (X). Il serait également possible de reconnaître aux parties la liberté de choisir une loi autre que celle du lieu de l’arbitrage; on couvrirait ainsi tous les arbitrages ayant lieu dans l’Etat X, à moins que les parties n’aient choisi la loi d’un autre Etat, ainsi que les arbitrages “étrangers” pour lesquels les parties ont choisi la loi du “présent Etat” (X).

5. La solution qui a prévalu au sein du Groupe de travail est la première (c’est-à-dire un strict critère territorial), mais il a été décidé de ne pas traiter expressément de cette question dans l’article premier¹⁴. Cette question n’a pas non plus été tranchée dans le contexte de l’article 34, comme l’indiquent les deux variantes placées entre crochets : “sentence arbitrale rendue [sur le territoire du présent Etat] [en vertu de la présente Loi]”¹⁵. Le libellé actuel de l’article 27 (“pro-

cedure arbitrale menée dans le présent Etat ou en vertu de la présente Loi”) est lui aussi neutre et pourrait être adapté aux deux possibilités mentionnées ci-dessus¹⁶.

6. La question du champ d’application territorial, qui n’a pas encore été résolue par la Commission, a des incidences sur la plupart des dispositions de la Loi type, mais non sur toutes. En effet, certaines dispositions, qui traitent du rôle des tribunaux de l’Etat X en matière de reconnaissance des conventions d’arbitrage (art. 8 et 9)¹⁷ et de reconnaissance et d’exécution des sentences (art. 35 et 36), doivent s’appliquer aux conventions d’arbitrage ou aux sentences quel que soit le lieu de l’arbitrage ou la règle de procédure choisie.

La Loi type en tant que “lex specialis”

7. Une fois la Loi type promulguée dans l’Etat X, “la présente Loi s’applique”, en tant que *lex specialis*, c’est-à-dire à l’exclusion de toutes autres dispositions juridiques pertinentes, à l’exception des traités¹⁸, qu’elles figurent par exemple dans un code de procédure civile ou dans une loi séparée sur l’arbitrage. Cette priorité, bien qu’elle ne soit pas énoncée expressément dans la Loi type, découle de l’intention du législateur, qui est d’instaurer un régime particulier pour l’arbitrage commercial international.

8. On notera (et il faudra peut-être le stipuler à l’article premier) que la Loi type ne prévaut sur les autres dispositions qu’en ce qui concerne les sujets et questions dont elle traite. Aussi, d’autres dispositions de la législation nationale restent-elles applicables si elles traitent de questions qui, bien que se rattachant à l’arbitrage international, n’entrent pas dans le cadre de la Loi type (par exemple la capacité des parties à conclure des conventions d’arbitrage, les effets de l’immunité d’Etat, la jonction des procédures arbitrales, la compétence du tribunal arbitral en matière d’adaptation des contrats, les relations contractuelles entre les arbitres et les parties ou organismes d’arbitrage, la fixation des honoraires et les demandes de caution, les garanties pour le paiement des honoraires ou des frais, le délai d’exécution de la sentence arbitrale).

La Loi type cède le pas devant la loi des traités

9. Conformément au paragraphe 1 de l’article premier, “la présente Loi . . . ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent Etat”. Cette réserve peut être considérée comme superflue, car la priorité donnée à la loi des traités découle dans la plupart, sinon dans la totalité des systèmes juridiques, de la hiérarchie interne des sources du droit. Néanmoins, elle a été retenue afin qu’il soit bien clair que l’on ne souhaitait pas, par cette loi,

¹²Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa douzième session, Documents officiels de l’Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17 (A/34/17), par. 81.

¹³Un Etat, lorsqu’il adoptera la Loi type, ne souhaitera peut-être pas retenir l’expression “le présent Etat” [que l’on trouve aux articles 1 1), 27 1), 34 1) et 2), 35 2) et 3) et 36 1)] mais, conformément à sa pratique législative, pourra soit y substituer l’expression voulue (par exemple, le nom de l’Etat) ou considérer cette référence comme superflue s’il juge que le contexte de la loi et de sa promulgation est suffisamment clair.

¹⁴A/CN.9/246 et Corr.1, par. 165 à 168.

¹⁵*Ibid.*, par. 169 à 171. Voir également le commentaire de l’article 34, par. 4.

¹⁶*Ibid.*, par. 92 à 97. Voir également le commentaire de l’article 27, par. 3.

¹⁷Pour ce qui est de l’article 9, il faut établir une distinction entre le droit qu’a une partie de demander une mesure provisoire conservatoire et le pouvoir qu’a le tribunal d’accorder une telle mesure; voir les paragraphes 2 et 3 du commentaire de l’article 9.

¹⁸Pour ce qui est de la “loi des traités”, qui prévaut sur la Loi type, voir plus bas les paragraphes 9 à 11.

porter atteinte à la validité et au fonctionnement des accords multilatéraux et bilatéraux en vigueur dans l'Etat X.

10. Cette réserve revêt une importance particulière pour ce qui est des traités consacrés à la question même qui fait l'objet de la Loi type. Parmi les traités multilatéraux en la matière, on notera en particulier la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958; ci-après dénommée "la Convention de New York de 1958"), la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961; ci-après dénommée "la Convention de Genève de 1961"), la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Washington, 1965; ci-après dénommée "la Convention de Washington de 1965") et la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975)¹⁹.

11. On notera cependant que le champ d'application de cette réserve est plus large, en ce sens qu'il couvre également les traités consacrés à d'autres questions mais contenant des dispositions sur l'arbitrage. Par exemple, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978 (Hambourg) restreint, en vertu du paragraphe 3 de son article 22, les effets d'un accord antérieur concernant le lieu de l'arbitrage en stipulant d'autres lieux, au choix du demandeur²⁰. Cette disposition, si elle est en vigueur dans l'Etat X, et applicable au cas visé, prévaudrait sur l'article 20 de la Loi type qui stipule que les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage et donne plein effet à ce choix, qu'il soit fait avant ou après l'apparition du différend.

¹⁹Il existe un autre traité important, la Convention sur le règlement par voie d'arbitrage des différends civils résultant de relations de coopération économique et scientifique et technique (Moscou, 1972), mais il porte avant tout sur l'arbitrage obligatoire, alors que la Loi type ne vise que l'arbitrage consensuel (voir plus bas le paragraphe 15).

²⁰*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.80.VIII 1), première partie, Acte final de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (A/CONF.89/13), annexe I.

Les paragraphes 3, 5 et 6 de l'article 22 des Règles de Hambourg sont formulés comme suit :

"3. La procédure d'arbitrage est engagée, au choix du demandeur :
"a) Soit en un lieu sur le territoire d'un Etat dans lequel est situé :

- "i) L'établissement principal du défendeur, ou, à défaut, sa résidence habituelle; ou
- "ii) Le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu; ou
- "iii) Le port de chargement ou le port de déchargement.

"b) Soit en tout autre lieu désigné à cette fin dans la clause ou le pacte compromissoire.

"...

"5. Les dispositions des paragraphes 3 et 4 du présent article sont réputées incluses dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle.

"6. Aucune disposition du présent article n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport par mer."

Champ d'application quant au fond : "arbitrage commercial international"

12. Le champ d'application de la Loi type quant au fond, tel qu'il ressort de son titre, est l'"arbitrage commercial international". Ce terme largement utilisé comporte trois éléments qui sont définis, illustrés ou accompagnés d'une remarque descriptive dans la Loi type.

"Arbitrage"

13. La Loi type, comme la plupart des conventions et lois nationales sur l'arbitrage, ne définit pas le mot "arbitrage". Elle précise simplement, au paragraphe 1 de son article 7, qu'elle porte sur tout arbitrage, "que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage". Ainsi, elle s'applique à l'arbitrage *ad hoc* et à tout type d'arbitrage organisé ou institutionnel.

14. Naturellement, le mot "arbitrage" ne doit pas être interprété comme n'englobant que les arbitrages en cours, c'est-à-dire la procédure arbitrale. Il couvre également le délai qui s'écoule avant et après ladite procédure, comme il ressort clairement, par exemple, des dispositions relatives à la reconnaissance des conventions d'arbitrage et, ultérieurement, des sentences arbitrales.

15. Si la Loi type vise en général à couvrir tous les types d'arbitrage, il faut cependant noter deux réserves, qui n'apparaissent pas immédiatement dans le texte mais peuvent être exprimées par tout Etat adoptant la Loi type²¹. La Loi type vise l'arbitrage consensuel, c'est-à-dire l'arbitrage fondé sur un accord volontaire des parties (comme il ressort du paragraphe 1 de l'article 7); ainsi, elle ne s'applique pas à l'arbitrage obligatoire. Ne sont également pas traités différents types d'"arbitrages libres", tels que le *bindend advies* des Pays-Bas, le *Schiedsgutachten* allemand ou l'*arbitrato irrituale* italien.

"Commercial"

16. Le mot "commercial" n'a pas été défini dans la Loi type, non plus que dans les conventions sur l'arbitrage commercial international. Il serait certes souhaitable d'en établir une définition précise, mais il a été impossible d'en trouver une qui établirait une distinction nette entre les relations commerciales et les relations non commerciales. On a cependant jugé qu'il ne serait pas souhaitable de laisser aux différents Etats le soin de trancher cette question ou de ne promouvoir une interprétation uniforme que par un renvoi aux rapports de session du Groupe de travail ou à tout commentaire de la Loi type. A titre de solution intermédiaire, on a joint à l'article premier une note qui devrait faciliter l'interprétation du mot "commercial".

17. Pour ce qui est de la forme, on peut exprimer des doutes quant au destinataire et à l'effet juridique d'une telle note, car cette technique législative n'est pas utilisée dans tous les systèmes. Cette note peut, pour le moins, être d'une certaine utilité au législateur d'un

²¹A/CN.9/216, par. 17.

Etat, même si elle n'est pas reproduite dans la loi telle que promulguée par cet Etat. La Commission souhaitera peut-être recommander de donner à cette note une beaucoup plus grande portée en la maintenant dans la loi nationale promulguée, de manière à préciser dans une certaine mesure l'application et l'interprétation de "la présente Loi".

18. Le contenu de la note fait apparaître l'intention du législateur, qui est d'interpréter largement le mot "commercial". Cette interprétation large du mot est étayée par une liste d'exemples de relations commerciales. Bien que les exemples couvrent presque tous les types de cas ayant donné lieu à des différends soumis à des arbitrages commerciaux internationaux, il est stipulé que la liste n'est pas exhaustive. Ainsi, seraient également considérées comme commerciales des transactions telles que la fourniture d'énergie électrique, le transport de gaz liquéfié par gazoduc et même des "non-transactions" telles que des demandes de dommages-intérêts s'inscrivant dans un contexte commercial. Ne sont pas visés par exemple les différends liés au travail ou à l'emploi et les actions intentées par de simples particuliers, malgré leurs liens avec l'activité économique. Naturellement, le fait qu'une transaction entre dans le cadre de la Loi type en raison de son caractère commercial ne signifie pas nécessairement que tous les différends issus de la transaction peuvent être réglés par arbitrage (pour ce qui est du critère de l'arbitrabilité, voir le paragraphe 5 du commentaire de l'article 7).

19. Cette note, si elle ne comporte pas de définition précise, contribue à donner une interprétation autonome au mot "commercial"; elle ne se réfère pas, comme la Convention de New York de 1958 (par. 3 de l'article premier), à ce que les législations nationales en vigueur considèrent comme commercial. Aussi, serait-il erroné d'appliquer les critères nationaux utilisés pour définir ce qui est commercial, par exemple, uniquement les types de relations traités dans le code de commerce ou les transactions dont les parties sont des commerçants.

20. Cette dernière idée était exprimée dans une version précédente de la note par les mots suivants (à la fin de la première phrase) : "que les parties soient ou non des 'commerçants' aux termes de telle ou telle législation nationale". Ce libellé, qui visait exclusivement à préciser que le caractère commercial de la relation était indépendant du fait que les parties soient ou non des "commerçants" (précision retenue dans certaines législations nationales pour établir une distinction entre les relations commerciales et civiles), a néanmoins été supprimé, de peur qu'il ne soit interprété comme une référence à l'immunité des Etats²².

21. A ce propos, on notera que la Loi type n'aborde pas la question délicate et complexe de l'immunité des Etats. Par exemple, elle n'indique pas si la signature d'une convention d'arbitrage par un organisme de l'Etat ou une administration constitue une renonciation à cette immunité. Par contre, il faut également noter

que la Loi type s'applique aux relations auxquelles un organe de l'Etat ou une administration est partie, à condition bien sûr que ces relations soient de caractère commercial.

"International", paragraphe 2

22. Conformément au mandat donné par la Commission, la Loi type vise à instituer un régime spécial pour les cas internationaux. C'est dans ces cas en effet que les disparités actuelles des législations nationales posent des problèmes et nuisent au bon fonctionnement de la procédure arbitrale. En outre, il faut appliquer à ces cas des règles plus flexibles et plus libérales afin de surmonter les obstacles et particularismes locaux. Enfin, dans de tels cas, l'Etat se sent moins tenu de préserver ses notions traditionnelles et règles familières que dans un cas purement interne. Cependant, malgré cette conception et cette retenue du législateur, tout Etat est libre de prendre la Loi type, soit immédiatement soit à un stade ultérieur, comme modèle pour sa législation sur l'arbitrage interne, ce qui permettrait d'éviter toute dichotomie de sa législation sur l'arbitrage.

23. A moins qu'un Etat ne retienne une telle méthode unitaire, le critère de l'internationalité énoncé au paragraphe 2 de l'article premier est d'une importance essentielle pour déterminer l'applicabilité de "la présente Loi". Puisqu'elle doit permettre de déterminer si un cas donné est régi par le système particulier que représente la Loi type ou par la législation sur l'arbitrage national, la définition doit être aussi précise que possible afin d'éviter toute incertitude pour les parties intéressées. Cependant, dans la recherche d'une telle définition, on se trouve confronté à un dilemme : une formule précise tend à être trop restrictive et ne couvre donc pas tous les cas que l'on rencontre dans la pratique de l'arbitrage commercial international; par ailleurs, plus la définition est large, plus elle manque de précision. La solution présentée au paragraphe 2 commence par un critère relativement précis, figurant à l'alinéa *a*, qui couvre la grande majorité des cas pertinents, puis s'élargit aux alinéas *b* et *c*, sa précision s'en trouvant de plus en plus réduite.

a) Etablissement des parties dans des Etats différents, alinéa a

24. Le critère de base énoncé à l'alinéa *a* est fondé sur le critère de l'internationalité adoptée au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980²³; ci-après dénommée la Convention de Vienne sur les ventes de 1980). Il prend pour facteur déterminant le lieu où se situe l'établissement des parties à la convention d'arbitrage. Ainsi, d'autres caractéristiques propres à une partie, telles que sa nationalité ou son lieu d'immatriculation, ne sont pas déterminantes.

²³Voir Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.IV.3), Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (A/CONF.97/18), annexe I.

²²A/CN.9/246 et Corr.1, par. 158.

25. Puisqu'un cas donné est international lorsque les parties ont leur établissement "dans des Etats différents", il importe peu de savoir si l'un de ces Etats est l'Etat X (c'est-à-dire l'Etat promulguant "la présente Loi"). Sont donc ainsi pris en compte tout arbitrage entre "étrangers" (par exemple des parties ayant leur établissement dans l'Etat Y et dans l'Etat Z) et tout arbitrage entre une partie située dans l'Etat X et une partie située dans un autre Etat (Y). Cependant, savoir si la "présente Loi" s'applique — et dans quelle mesure — à de tels cas internationaux est une question différente, à laquelle on répondra en se fondant sur d'autres articles relatifs au champ d'application (voir ci-dessus par. 4 à 6). Alors que les articles 8, 9, 35 et 36, qui traitent de la reconnaissance des conventions d'arbitrage et des sentences par les tribunaux de l'Etat X, s'appliquent, quels que soient le lieu de l'arbitrage ou les règles de procédure retenues, les autres dispositions, qui traitent notamment de la procédure arbitrale, ne s'appliquent que si le cas entre dans le champ d'application territorial.

b) *Autres lieux pertinents, alinéa b*

26. Chacun des lieux mentionnés à l'alinéa b établit la présence d'un lien international, s'il est situé dans un Etat autre que celui où les parties ont leur établissement. Là aussi, il importe peu, pour le critère de l'internationalité, que l'un de ces Etats soit ou non l'Etat X. Ainsi, un arbitrage serait international en vertu de l'alinéa b dans chacune des situations suivantes : établissement des parties dans l'Etat X et autre lieu pertinent dans l'Etat Y; établissement des parties dans l'Etat Y et autre lieu pertinent dans l'Etat X; établissement des parties dans l'Etat Y et autre lieu pertinent dans l'Etat Z. Cependant, pour que "la présente Loi" s'applique effectivement dans son intégralité, il faut là aussi que le cas en question entre dans son champ d'application territorial²⁴.

27. Les lieux mentionnés à l'alinéa b se rattachent soit à l'arbitrage (sous-alinéa i), soit à l'objet de la relation ou du différend (sous-alinéa ii). Le premier lieu pertinent est le lieu de l'arbitrage et constitue le seul critère lié à l'arbitrage. Ainsi, la présence d'un lien international ne saurait être établie au moyen d'un autre élément lié à l'arbitrage, tel que la nomination d'un arbitre étranger ou le choix de règles de procédure étrangères (si cela est autorisé).

28. Le lieu de l'arbitrage est pertinent s'il est déterminé dans la convention d'arbitrage, ou conformément à ladite convention. Lorsque ce lieu est spécifié dans la convention d'arbitrage, les parties savent dès le départ si leur cas est international aux termes du sous-alinéa i. Lorsque ce lieu est déterminé conformément à la convention, cette question peut rester longtemps incertaine. Il semble que ce problème ne serait pas résolu par

²⁴Pour ce qui est en particulier du sous-alinéa i, on notera que "la présente Loi" ne s'applique intégralement que si le lieu de l'arbitrage est dans l'Etat X, à supposer que l'on adopte le strict critère territorial. Le sous-alinéa i a donc pour objet de couvrir les cas où les parties ont leur établissement, non dans l'Etat X, mais dans un autre Etat (à condition que ce dernier Etat n'interdise pas à ces parties "nationales" de choisir un lieu d'arbitrage étranger).

une stipulation autorisant le tribunal arbitral à déterminer le lieu de l'arbitrage.

29. Aux termes du sous-alinéa ii, l'internationalité est établie si une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale doit être exécutée dans un Etat autre que celui où les parties ont leur établissement. Cela serait le cas, par exemple, lorsqu'un producteur et un négociant concluent un accord de distribution exclusive concernant un marché étranger ou lorsqu'un entrepreneur principal emploie un sous-traitant indépendant pour exécuter certaines parties d'un projet de construction à l'étranger. Si la convention d'arbitrage doit couvrir tout différend ou certains différends issus de cette relation, il n'est pas nécessaire que le différend lui-même soit lié à l'élément international.

30. Même si aucune partie substantielle des obligations ne doit être exécutée à l'étranger, un arbitrage serait international en vertu du sous-alinéa ii si l'objet du différend se rattache avant tout à un lieu situé à l'étranger. Comme de tels cas sont tout à fait exceptionnels, on peut accepter l'inconvénient que présente ce critère, à savoir que le caractère international ne peut être déterminé avant que le différend ne naisse.

c) *Autre lien international, alinéa c*

31. Le dernier critère énoncé à l'alinéa c est le suivant : "l'objet de la convention d'arbitrage est lié à plus d'un Etat". Ce critère "résiduel" vise à englober tous les cas dignes d'intérêt non couverts par les alinéas a ou b; il apparaît que ce vaste champ d'application a pour conséquence une grande imprécision. On peut ajouter que "l'objet de la convention d'arbitrage" ne doit pas être interprété comme faisant référence à l'arbitrage lui-même, mais plutôt comme désignant les questions de fond pouvant être soumises à l'arbitrage.

d) *Détermination de l'établissement, paragraphe 3*

32. Si une partie a deux établissements ou plus, dont l'un se situe dans le même Etat que l'établissement de l'autre partie, il est nécessaire de déterminer lequel de ces établissements est pertinent aux fins du paragraphe 2. En vertu de la première phrase du paragraphe 3, c'est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage. Une telle relation pourrait par exemple être fondée sur le fait qu'un contrat, comportant une clause compromissoire, est entièrement négocié par une succursale ou un bureau, même s'il est signé dans un autre endroit (par exemple, le principal établissement).

33. Comme il ressort de cet exemple, l'emplacement de l'établissement principal (ou siège) n'est pas déterminant. Si l'on prenait pour critère décisif l'établissement principal, la Loi type aurait un champ d'application un peu plus vaste, car elle couvrirait également les cas où "l'établissement ayant la relation la plus étroite", mais non l'établissement principal, est situé dans l'Etat où se trouve l'établissement de l'autre partie. Néanmoins, c'est le critère de la "relation la plus étroite" qui a été retenu, parce que l'on a estimé qu'il répondait mieux à l'attente des parties et qu'il était en

outre conforme à la Convention de Vienne sur les ventes de 1980 (art. 10 a)²⁵.

34. La deuxième phrase du paragraphe 3 traite du cas peu fréquent où une partie à une transaction commerciale n'a pas d'établissement. Dans un tel cas, sa résidence habituelle constituerait le lieu déterminant aux fins du paragraphe 2.

* * *

Article 2. Définitions et règles d'interprétation

Aux fins de la présente Loi :

a) L'expression "tribunal arbitral" désigne un arbitre unique ou un groupe d'arbitres;

b) Le terme "tribunal" désigne un organisme ou organe du système judiciaire d'un pays;

c) Lorsqu'une disposition de la présente Loi laisse aux parties la liberté de décider d'une certaine question, cette liberté emporte le droit pour les parties d'autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question;

d) Lorsqu'une disposition de la présente Loi se réfère au fait que les parties sont convenues ou peuvent convenir d'une question, ou se réfère de toute autre manière à une convention des parties, une telle convention englobe tout règlement d'arbitrage qui y est mentionné;

e) Sauf convention contraire des parties, toute communication écrite est réputée être arrivée à destination si elle a été remise soit à la personne du destinataire, soit à son établissement, à sa résidence habituelle ou à son adresse postale, soit encore, si aucun de ces lieux n'a pu être trouvé après une enquête raisonnable, au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle, ou à la dernière adresse postale connus du destinataire. La communication est réputée avoir été reçue le jour d'une telle remise.

Références

A/CN.9/233, par. 75, 101 et 102

A/CN.9/245, par. 28 et 169 à 172

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 172 et 173

Commentaire

Définition des termes "tribunal arbitral" et "tribunal", alinéas a et b

1. Les définitions des termes "tribunal arbitral" et "tribunal" peuvent être considérées comme évidentes et donc superflues. On les a cependant retenues, notamment à des fins terminologiques. Leur juxtaposition vise

²⁵Dans cette convention, le critère a deux objets qui tendent à contrebalancer les effets d'un élargissement ou d'un rétrécissement du champ d'application. Le premier de ces objets consiste, comme dans la Loi type, à établir une distinction entre les cas strictement nationaux et ceux de caractère international; le second, étranger à la Loi type, vise à distinguer entre les cas internationaux où les parties ont leur établissement dans des Etats contractants et ceux où une partie a son établissement dans un Etat non contractant.

à établir une distinction claire entre les deux différents types de mécanisme de règlement des différends. On veut ainsi éviter notamment tout malentendu, possible dans des langues telles que l'espagnol et le français, qui serait dû au fait que le mot "tribunal" peut être une forme abrégée de "tribunal arbitral"; en outre, il ne faudrait pas que le mot "tribunal" (*court*) soit considéré comme englobant tout organisme d'arbitrage ou institution d'arbitrage organisé portant le nom de tribunal ou cour en français ou de "court" en anglais [par exemple, la Cour d'arbitrage (*Court of Arbitration*) de la CCI ou le Tribunal d'arbitrage international de Londres (*London Court of International Arbitration*)].

2. L'alinéa b se réfère simplement, sans s'y ingérer, au système judiciaire national, qui n'est pas nécessairement celui de l'Etat X [voir les articles 9, 35 3) et 36 1) a v et 2)]. Compte tenu de la diversité des terminologies, le mot "tribunal" ne se limite pas aux organes effectivement appelés "tribunaux" dans un pays donné, mais peut englober également toute autre "autorité compétente" (qui est l'expression utilisée dans la Convention de New York de 1958). La référence au système judiciaire d'"un pays" (au lieu d'"un Etat") vise uniquement à éviter une erreur d'interprétation, possible dans une fédération d'Etats, consistant à croire que seuls les tribunaux d'Etat sont visés, mais non les tribunaux fédéraux²⁶.

Interprétation de la "liberté des parties" et de la "convention", alinéas c et d

3. Les alinéas c et d visent à prévenir une interprétation trop littérale des références, dans la Loi type, à la liberté qu'ont les parties de décider d'une question, ou à une convention des parties. Conformément à l'interprétation raisonnable énoncée à l'alinéa c, cette notion couvre la liberté qu'ont les parties, non seulement de décider elles-mêmes de la question, mais également d'autoriser un tiers ou une institution à décider de la question en leur nom. Il peut s'agir dans la pratique de questions telles que le nombre d'arbitres, le lieu de l'arbitrage et d'autres questions de procédure.

4. L'alinéa d entérine la pratique consistant pour les parties à mentionner dans l'accord un règlement d'arbitrage (d'institutions, d'associations ou d'autres organes), au lieu de négocier et de rédiger une convention d'arbitrage originale et individuelle. Il semble préférable d'énoncer une règle générale d'interprétation, plutôt que d'inclure des éclaircissements dans chacune des nombreuses dispositions de la Loi type pour lesquelles cette question pourrait se poser.

5. Les alinéas c et d se chevauchent, en ce sens que la liberté de décider d'une question (en vertu de l'alinéa c) est incluse dans la notion selon laquelle les parties peuvent convenir d'une question (en vertu de l'alinéa d) et que l'autorisation donnée à un tiers (en vertu de l'alinéa c) est souvent envisagée dans les règlements

²⁶La Commission voudra peut-être se pencher sur la question de savoir s'il est bon de conserver le mot "pays", que l'on retrouve aux articles 35 1) et 3) et 36 1), et déterminer s'il est possible, dans un souci d'uniformité, d'utiliser exclusivement le mot "Etat" dans toute la Loi type.

d'arbitrage (alinéa *d*). Cependant, ce n'est pas toujours le cas : une autorisation peut venir s'ajouter au régime instauré par un règlement d'arbitrage (par exemple désignation d'une autorité de nomination); elle peut viser à remplacer une disposition de ce règlement ou être placée dans une convention d'arbitrage de circonstance.

Définition de la "réception d'une communication", alinéa e

6. L'alinéa *e*, qui est fondé sur le paragraphe 1 de l'article 2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, donne divers exemples indiquant dans quelles circonstances une communication écrite par une partie ou par le tribunal arbitral est "réputée être arrivée à destination". Malgré ce libellé, la liste commence par des exemples de réception effective (c'est-à-dire non fictive) puis entre dans le domaine de la fiction juridique. La dernière phrase précise que de tels cas permettent non seulement de conclure à l'arrivée à destination, mais également de déterminer la date de la remise.

* * *

(Article 3 supprimé)²⁷.

* * *

Article 4. Renonciation au droit de faire objection

Est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection toute partie qui, bien qu'elle sache ou eût dû savoir que l'une des dispositions de la présente Loi auxquelles les parties peuvent déroger, ou toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage, n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai.

Références

A/CN.9/233, par. 66

A/CN.9/245, par. 176 à 178

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 178 à 182

Commentaire

1. Lorsqu'une stipulation de procédure, qu'elle soit énoncée dans la Loi type ou dans la convention d'arbitrage, n'est pas respectée, toute partie a le droit de faire objection afin qu'il soit remédié au vice de procédure. L'article 4 implique une renonciation à ce droit dans certaines conditions, sur la base de principes généraux tels que *l'estoppel* (déchéance, forclusion) ou le principe *venire contra factum proprium*.

2. La première condition est la suivante : la stipulation de procédure qui n'a pas été respectée figure, soit dans une disposition non impérative de la Loi type, soit dans la convention d'arbitrage. La limitation du champ d'application de cette règle aux dispositions de la loi auxquelles

les parties peuvent déroger a été adoptée parce que l'on estimait qu'une règle de forclusion ou de déchéance (*estoppel*) qui couvrirait également les vices de procédure fondamentaux serait par trop rigide. On notera cependant que la Loi type contient des règles spécifiques concernant les objections relatives à certains vices fondamentaux, tels que l'absence d'une convention d'arbitrage valide ou le cas où le tribunal arbitral outrepassa son mandat [art. 16 2)]. Pour ce qui est du non-respect d'une condition stipulée dans la convention d'arbitrage, on notera que la stipulation de procédure énoncée par les parties doit être valide et, en particulier, ne pas s'opposer à une disposition impérative de "la présente Loi".

3. La deuxième condition est que la partie avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de la stipulation en question. Nous proposons que l'expression "eût dû savoir" ne soit pas interprétée comme couvrant tous les cas d'ignorance par négligence, mais se limite aux cas où une partie n'aurait pas pu rester dans l'ignorance du vice. Cette interprétation restrictive, qui pourrait être exprimée dans l'article, semble appropriée compte tenu du principe justifiant les conséquences légales de la renonciation implicite.

4. La troisième condition est que la partie ne formule pas son objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai. Cette dernière référence à un délai est, logiquement, la première à examiner, car un délai, qu'il soit prévu dans la Loi type ou dans la convention d'arbitrage, a la priorité sur une formule de sens général telle que "promptement".

5. Il y a encore une autre condition qu'il ne faut pas négliger. Une partie ne perd son droit à faire objection que si, sans formuler cette objection, elle poursuit l'arbitrage. La poursuite de l'arbitrage pourrait par exemple prendre la forme d'une comparution à une audience ou d'une communication adressée au tribunal arbitral ou à l'autre partie. Aussi, une partie ne serait pas réputée avoir renoncé à son droit si, par exemple, une grève des postes ou un obstacle similaire l'empêchait pendant un délai prolongé d'envoyer quelque communication que ce soit.

6. Lorsque, en vertu de l'article 4, une partie est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection, elle ne peut plus soulever l'objection durant les phases subséquentes de la procédure arbitrale et, ce qui peut se révéler d'un plus grand intérêt pratique, après que la sentence a été rendue. En particulier, elle ne peut alors invoquer le non-respect de l'exigence en question pour faire annuler la sentence ou en refuser la reconnaissance ou l'exécution. Bien sûr, une renonciation n'aura un tel effet que dans les cas où l'article 4 est applicable, c'est-à-dire pour les sentences rendues "en vertu de la présente Loi" (quel que soit le critère adopté pour le champ d'application territorial). Il nous semble qu'un tribunal auquel serait demandée la reconnaissance ou l'exécution de toute autre sentence pourrait également ne pas tenir compte d'objections tardives d'une partie en appliquant toute règle similaire du droit de procédure applicable ou la notion générale de forclusion.

* * *

²⁷L'ancien projet d'article 3 a été supprimé par le Groupe de travail à sa septième session (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 174 à 177). Afin d'éviter toute confusion, on a reporté la numérotation des articles à un stade ultérieur, lorsque la Commission achèvera de réviser le projet.

Article 5. *Domaine de l'intervention des tribunaux*

Pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit.

Références

A/CN.9/233, par. 69 à 73

A/CN.9/245, par. 183 et 184

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 183 à 188

Commentaire

1. Cet article traite de la question essentielle et complexe du rôle des tribunaux dans le cadre de l'arbitrage. Le Groupe de travail l'a adopté provisoirement et a invité la Commission à réexaminer cette décision, compte tenu des observations des gouvernements et des organisations internationales²⁸. Lorsque l'on étudiera s'il est souhaitable et approprié de conserver cette disposition, on devra tenir compte des considérations ci-après.

2. Bien que cette disposition, du fait de son libellé catégorique²⁹, semble donner l'impression que l'intervention des tribunaux est quelque chose de négatif et doit être limitée dans toute la mesure possible, elle ne prend pas position pour ce qui est du rôle approprié des tribunaux. Elle demande simplement que tout cas d'intervention des tribunaux soit mentionné dans la Loi type. Elle aurait donc pour effet d'exclure tout pouvoir général ou résiduel conféré aux tribunaux dans certains systèmes nationaux et non mentionné dans la Loi type. Il semble bénéfique pour l'arbitrage commercial international que les parties et les arbitres puissent savoir avec davantage de certitude dans quels cas on peut escompter un contrôle ou une assistance des tribunaux.

3. Aussi faudrait-il s'efforcer d'arriver à l'équilibre souhaité entre l'indépendance de la procédure arbitrale et l'intervention des tribunaux en indiquant tous les cas d'intervention des tribunaux dans le cadre de la Loi type, mais on ne peut y arriver ni au moyen de l'article 5, ni en supprimant cet article. La Commission souhaitera donc peut-être se demander s'il faudrait inclure d'autres cas, outre ceux déjà traités dans le présent texte. Il ne s'agit pas seulement des fonctions confiées au Tribunal visé à l'article 6, c'est-à-dire les fonctions visées aux articles 11 3) et 4), 13 3), 14 et 34 2), mais également des cas d'interventions des tribunaux envisagés aux articles 9 (mesures provisoires conservatoires), 27 (assistance pour l'obtention de preuves) et 35 et 36 (reconnaissance et exécution des sentences).

4. Il faut tenir compte d'une autre considération importante lorsque l'on évalue l'incidence de l'article 5 : la nécessité d'établir la liste de tous les cas d'interven-

tion des tribunaux dans le cadre de la Loi type, ne concerne que les "questions régies par la présente Loi". Le champ de l'article 5 est donc plus étroit que le champ d'application, quant au fond, de la Loi type, qui est "l'arbitrage commercial international" (article premier), en ce sens qu'il est limité aux questions qui sont en fait régies, que ce soit expressément ou implicitement, par la Loi type.

5. L'article 5 n'exclurait donc pas l'intervention des tribunaux pour toute question non régie par la Loi type. On notera, par exemple, les incidences de l'immunité d'Etat, les relations contractuelles entre les parties et les arbitres ou l'institution d'arbitrage, les honoraires et autres frais, y compris les garanties y afférentes, ainsi que d'autres questions mentionnées ci-dessus à propos de la Loi type en tant que "*lex specialis*", pour lesquelles il faut faire la même distinction³⁰.

6. Il nous semble que cette distinction est raisonnable, même nécessaire, bien qu'elle ne soit pas toujours facile à établir. Par exemple, l'article 18 régit le pouvoir qu'a le tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires, en impliquant un pouvoir qui, sinon, serait douteux, mais il ne régit pas l'exécution éventuelle de cet ordre. Un Etat ne serait donc pas empêché (par l'article 5), soit d'autoriser le tribunal arbitral à prendre lui-même certaines mesures de contrainte (comme c'est le cas dans certains systèmes juridiques), soit de prévoir une exécution par les tribunaux (comme c'est le cas dans d'autres systèmes)³¹. Par ailleurs, lorsque la Loi type, par exemple, donne aux parties la liberté de convenir d'une certaine question [par exemple, la nomination de l'arbitre, art. 11 2)], cette question est par là même intégralement régie par la Loi type à l'exclusion de toute intervention des tribunaux (par exemple, toute confirmation judiciaire, comme l'exigent certaines lois même lorsque l'arbitre est nommé par les parties).

* * *

Article 6. *Tribunal chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage*

Le tribunal compétent pour s'acquitter des fonctions mentionnées aux articles 11 3) et 4), 13 3), 14 et 34 2) est ... (à préciser par chaque Etat lorsqu'il adoptera la Loi type).

Références

A/CN.9/232, par. 89 à 98

A/CN.9/233, par. 82 à 86

A/CN.9/245, par. 190 et 191

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 189 et 190

Commentaire

1. L'article 6 demande à chaque Etat adoptant la Loi type de désigner un tribunal donné, chargé de s'acquitter

²⁸A/CN.9/246 et Corr.1, par. 186.

²⁹Un libellé moins catégorique a été proposé à la septième session du Groupe de travail, mais n'a pas été adopté : "Pour toutes les questions régies par la présente Loi concernant la procédure arbitrale ou la composition du tribunal arbitral, les tribunaux ne peuvent exercer un rôle de contrôle ou d'assistance que si celle-ci le prévoit." (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 183 et 184).

³⁰Voir le commentaire de l'article premier, par. 8.

³¹Voir le commentaire de l'article 18, par. 4.

ter de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage. Ces fonctions visées dans l'article 6 concernent la nomination d'un arbitre [art. 11 3) et 4)], la récusation d'un arbitre [art. 13 3)], la cessation du mandat d'un arbitre si celui-ci ne s'acquitte pas de ses fonctions (art. 14) et l'annulation d'une sentence arbitrale [art. 34 2)].

2. Le fait de confier toutes ces fonctions liées à l'arbitrage à un tribunal donné devrait offrir les avantages suivants : il serait plus facile aux parties, notamment aux parties étrangères, d'identifier le tribunal compétent et d'obtenir des renseignements sur toutes caractéristiques pertinentes dudit "Tribunal", notamment sa jurisprudence. La spécialisation du Tribunal, à laquelle on peut s'attendre, aurait des incidences encore plus favorables sur le fonctionnement de l'arbitrage commercial international.

3. Bien que le mieux, pour obtenir ces deux avantages, soit de promouvoir au maximum la centralisation, la désignation d'un tribunal ne signifie pas nécessairement qu'il n'y aura qu'un seul tribunal dans chaque Etat. Les grands pays en particulier peuvent souhaiter désigner un type ou une catégorie de tribunaux, par exemple, tout tribunal de commerce, ou tout tribunal d'arrondissement statuant selon la procédure commerciale.

4. Le Tribunal désigné ne doit pas nécessairement être un tribunal dans son entier ou une chambre dudit tribunal. Il peut s'agir par exemple du président du Tribunal ou du président d'une chambre, pour des fonctions de caractère plus administratif et lorsqu'il faut avant tout agir vite et de manière définitive (voir par exemple les articles 11, 13 et 14). La mesure dans laquelle cet avantage se matérialisera dépend des dispositions de chaque Etat en matière d'organisation judiciaire ou de procédure, que ces dispositions soient déjà en vigueur ou qu'elles soient adoptées en même temps que "la présente Loi". Il est suggéré qu'un Etat puisse même confier ces fonctions d'ordre administratif à un organisme n'appartenant pas au système judiciaire, par exemple, à une commission nationale d'arbitrage ou à une institution chargée de cas internationaux.

* * *

CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE

Article 7. *Définition et forme de la convention d'arbitrage*

1) Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage, que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage, tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si

elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

Références

A/CN.9/216, par. 22 à 24 et 26

A/CN.9/232, par. 37 à 46

A/CN.9/233, par. 61 à 68

A/CN.9/245, par. 179 à 182

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 17 à 19

Commentaire

Définition (et reconnaissance), paragraphe 1

1. Le paragraphe 1 décrit l'important instrument juridique qui constitue la base et la justification d'un arbitrage. La définition de l'expression "convention d'arbitrage" est conforme au paragraphe 1 de l'article II de la Convention de New York de 1958; comme il est plus clairement précisé dans ladite convention, il y a une garantie implicite de reconnaissance qui va au-delà d'une simple définition.

2. La Loi type reconnaît non seulement une convention concernant un différend existant (compromis), mais également une convention concernant tout différend futur (clause compromissoire). Il semble impératif d'inclure ce dernier type de convention, fréquemment utilisé dans l'arbitrage international et l'on peut espérer que cela ira dans le sens d'une unification mondiale, étant donné qu'à l'heure actuelle certaines législations nationales ne reconnaissent pas entièrement ce genre de convention.

3. La Loi type reconnaît une convention d'arbitrage, qu'elle prenne la forme d'une clause compromissoire contenue dans un contrat ou d'un accord séparé. Ainsi, toute exigence de la législation nationale, aux termes de laquelle l'accord devrait être contenu dans un document séparé serait abolie. De par la nature des choses, une clause compromissoire dans un contrat serait adaptée aux différends futurs, alors qu'un accord séparé le serait non seulement pour les différends existants, mais également pour les différends futurs.

4. La Loi type reconnaît la convention d'arbitrage si le différend actuel ou futur tient à "un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel". Il nous semble que l'expression "rapport de droit déterminé" devrait être interprétée largement, de manière à couvrir toutes les affaires commerciales non contractuelles se rencontrant dans la pratique (par exemple, tiers s'ingérant dans des relations contractuelles; contrefaçon d'une marque déposée ou tout autre type de concurrence déloyale).

5. Les dispositions de la Loi type concernant la convention d'arbitrage ne retiennent pas la stipulation du paragraphe 1 de l'article II de la Convention de New York de 1958, aux termes de laquelle le différend doit porter sur "une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage". Cela ne signifie pas cependant que la Loi type donnerait pleinement effet à toute convention d'arbitrage, que l'objet du différend puisse ou non être réglé par voie d'arbitrage. Le Groupe de travail, lorsqu'il a examiné les différentes propositions, a souligné l'importance du critère de l'arbitrabilité, mais n'a pas jugé nécessaire de l'énoncer expressément³². On a noté par exemple qu'une convention d'arbitrage portant sur une question ne pouvant être réglée par voie d'arbitrage serait normalement, du moins dans certaines juridictions, considérée comme nulle et non avenue et que la question de la non-arbitrabilité était traitée de manière appropriée dans les articles 34 et 36³³. A ce propos, on notera que le Groupe de travail a décidé, dès le début de ses travaux, de ne pas traiter de la validité matérielle de la convention d'arbitrage et de ne pas s'attacher à unifier cette question ou du moins à spécifier quelles questions ne peuvent être soumises à l'arbitrage, soit en en faisant la liste dans la Loi type, soit en demandant à chaque Etat d'en établir une liste exhaustive dans "la présente Loi"³⁴.

Exigence de l'écrit, paragraphe 2

6. La Loi type se conforme à la Convention de New York de 1958 en exigeant que la convention d'arbitrage se présente sous forme écrite, bien que, dans l'arbitrage commercial, on ait parfois recours dans la pratique à des conventions orales qui sont reconnues par certaines législations nationales. D'une certaine manière, la Loi type est encore plus stricte que la Convention, en ce sens qu'elle ne permet pas d'invoquer une "disposition plus favorable" de la législation nationale subsidiaire (sur l'arbitrage national), comme le permettrait le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention. La Loi type vise à régir toutes les conventions d'arbitrage commercial international et, comme l'indique le paragraphe 2 de l'article 7, exige que ces conventions soient sous forme écrite³⁵. Cependant, il est possible de remédier au non-respect de cette exigence en se soumettant à la procédure arbitrale, c'est-à-dire en y participant sans soulever l'exception visée à l'article 16 2)³⁶.

7. La définition de la forme écrite se fonde sur le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York de 1958, mais deux additions utiles ont été apportées. Cette définition élargit et précise les différentes formes écrites possibles en ajoutant les "communications télex" et "tout autre moyen de télécommunications qui atteste l'existence [de la convention]", afin de

³²A/CN.9/246 et Corr.1, par. 23; également, A/CN.9/245, par. 187; voir en outre A/CN.9/232, par. 40.

³³Pour ce qui est de l'article 34, où l'inclusion du critère de la non-arbitrabilité de l'objet du différend est controversée, voir le commentaire de l'article 34, par. 12.

³⁴A/CN.9/216, par. 25, 30 et 31.

³⁵A/CN.9/233, par. 66; A/CN.9/232, par. 46.

³⁶Pour ce qui est de l'éventualité d'une modification à cette fin de l'article 35 2), de manière à tenir compte des cas où il est remédié à un vice de forme, voir la note 91.

tenir compte des moyens de communication modernes et à venir.

8. La deuxième addition, dans la dernière phrase, vise à préciser une question qui, dans le cadre de la Convention de New York de 1958, a posé des problèmes et a été cause de décisions judiciaires divergentes. Elle porte sur le cas relativement fréquent où les parties, au lieu d'inclure une clause compromissoire dans leur contrat, se réfèrent à un document (par exemple des conditions générales ou un autre contrat) contenant une clause compromissoire. La référence vaut convention d'arbitrage si elle est telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat et, naturellement, si le contrat lui-même satisfait à l'exigence de l'écrit, telle que définie dans la première phrase du paragraphe 2. Comme l'indique clairement le texte, il suffit qu'il soit fait référence au document; ainsi, aucune référence explicite à la clause compromissoire qui y est contenue n'est exigée³⁷.

* * *

Article 8. *Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal*

1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2) Dans un tel cas, lorsque la procédure arbitrale est déjà engagée, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure en attendant que le tribunal ait statué sur sa compétence.

Références

A/CN.9/216, par. 35 et 36

A/CN.9/232, par. 49 à 51, 146 et 151

A/CN.9/233, par. 74 à 81

A/CN.9/245, par. 66 à 69, 185 à 187

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 20 à 23

Commentaire

1. L'article 8 traite de l'un des effets "négatifs" importants de la convention d'arbitrage. La convention visant à soumettre une certaine question à l'arbitrage a pour conséquence que les tribunaux, quels qu'ils soient, n'ont ni à connaître de ladite question, ni à se prononcer, que cette exclusion soit stipulée ou non dans la convention. Si, néanmoins, une partie soumet la question à un tribunal, celui-ci renvoie les parties à l'arbitrage, à moins qu'il ne constate que la convention est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2. L'article 8 est directement inspiré de l'article II 3) de la Convention de New York de 1958, mais deux éléments utiles ont été ajoutés. En raison de la nature

³⁷Voir A/CN.9/246 et Corr.1, par. 19.

de la Loi type, le paragraphe 1 de l'article 8 s'adresse à tous les tribunaux d'un Etat X; il n'est pas limité aux conventions prévoyant l'arbitrage dans l'Etat X; aussi la large acceptation de la Loi type contribuerait-elle à la reconnaissance et à l'application universelles des conventions d'arbitrage commercial international.

3. Comme pour la Convention de New York de 1958, le tribunal ne renverrait les parties à l'arbitrage, c'est-à-dire qu'il déclinerait sa compétence, qu'à la demande d'une partie et non pas de son propre chef. L'élément temps a été introduit dans le texte puisque la demande doit être présentée au plus tard soit en même temps que les premières conclusions quant au fond du différend, soit même dans les premières conclusions. Nous proposons que ce délai soit entendu au sens strict et appliqué dans tous les systèmes juridiques, y compris dans ceux où l'on considère normalement une telle demande comme une exception devant être soulevée préalablement à tout débat quant au fond.

4. En ce qui concerne le cas où une partie n'invoquerait pas la convention d'arbitrage par une demande effectuée dans le délai prévu, il semble clair qu'en application de l'article 8 1), ladite partie ne pourrait plus invoquer la convention d'arbitrage à un stade ultérieur de la procédure judiciaire. On notera que, bien qu'une grande partie de ses membres aient estimé que le fait pour une partie de ne pas invoquer la convention d'arbitrage devait empêcher ladite partie de se prévaloir de la convention d'arbitrage dans d'autres procédures ou contextes, le Groupe de travail a décidé de ne pas introduire dans le texte une disposition ayant un effet aussi général car il aurait été impossible d'élaborer une règle simple qui traitât de manière satisfaisante de tous les aspects de cette question complexe³⁸.

5. Autre ajout au texte original de la Convention de New York de 1958, la disposition du paragraphe 2 qui confirme que le paragraphe 1 s'applique, que la procédure arbitrale soit engagée ou non. Cette disposition autorise le tribunal arbitral à poursuivre la procédure d'arbitrage (si elle est régie par "la présente Loi") en attendant qu'un tribunal ait statué sur sa compétence. Ce pouvoir discrétionnaire est accordé au tribunal arbitral dans le but de limiter le risque et les conséquences de manœuvres dilatoires de toute partie qui faillirait à son engagement de se soumettre à l'arbitrage.

* * *

Article 9. *Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal*

La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec la convention d'arbitrage.

Références

A/CN.9/216, par. 39

A/CN.9/232, par. 52 à 56

A/CN.9/233, par. 74 et 81

A/CN.9/245, par. 185, 188 et 189

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 24 à 26

Commentaire

1. L'article 9 porte — comme l'article 8 — sur la reconnaissance et les effets de la convention d'arbitrage, mais il le fait d'un point de vue différent. Il énonce le principe, contesté dans certains systèmes juridiques, que le recours à un tribunal et les décisions ultérieures de ce tribunal relatives aux mesures provisoires conservatoires sont compatibles avec la convention d'arbitrage. L'article stipule donc clairement que l'effet "négatif" de la convention d'arbitrage, à savoir l'incompétence des tribunaux, n'opère pas en ce qui concerne ces mesures provisoires; ceci essentiellement en raison du fait que la possibilité de recourir à ces mesures n'est pas contraire aux intentions des parties ayant convenu de soumettre un différend à l'arbitrage et que ces mesures elles-mêmes contribuent à rendre l'arbitrage efficace et à en garantir les résultats escomptés.

2. L'article 9 pose le principe de la compatibilité selon deux axes ayant des champs d'application distincts. Selon le premier axe de cette disposition, la demande de toute mesure provisoire conservatoire adressée par une partie à un tribunal n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage, c'est-à-dire qu'une telle mesure ne peut ni être interdite, ni être considérée comme une renonciation à la convention d'arbitrage. Cette stipulation s'applique que la demande soit faite auprès d'un tribunal de l'Etat X ou auprès d'un tribunal de tout autre pays. Où qu'elle soit faite, elle ne peut être ni invoquée ni considérée comme étant contraire ou comme passant outre à une convention d'arbitrage conclue conformément à la "présente Loi", c'est-à-dire dans les affaires d'arbitrage relevant du champ d'application territorial de "la présente Loi" ou dans le cadre des articles 8 et 36.

3. Le deuxième axe de la disposition ne concerne que les tribunaux de l'Etat X et stipule que les mesures provisoires conservatoires qu'ils prennent doivent être compatibles avec la convention d'arbitrage, quel que soit le lieu de l'arbitrage. Dans l'hypothèse où la Loi type susciterait une large adhésion, ces deux axes de l'article 9 se compléteraient et contribueraient efficacement à une reconnaissance universelle du principe de la compatibilité qui, dans le cadre de la Convention de New York de 1958, n'avait pas été uniformément accepté.

4. L'éventail des mesures provisoires conservatoires couvert par l'article 9 est sensiblement plus étendu que dans l'article 18 en raison des buts différents qui sont assignés à ces deux articles. L'article 18 traite du pouvoir limité qu'a le tribunal arbitral d'ordonner à toute partie de prendre des mesures provisoires conservatoires relatives à l'objet du différend et ne traite pas de l'exécution de tels ordres. L'article 9 traite de la compatibilité avec la convention d'arbitrage des nombreuses mesures que peuvent prendre les tribunaux dans

³⁸A/CN.9/246 et Corr.1, par. 22.

les différents systèmes juridiques, non seulement les mesures prises par les parties pour protéger l'objet du différend ou pour obtenir des éléments de preuve, mais aussi d'autres mesures, éventuellement requises par un tiers, et leur exécution. Il s'agit, en particulier, des saisies conservatoires intervenant avant le prononcé de la sentence et toute autre saisie de biens similaire.

5. On notera que la Loi type ne traite pas du conflit possible entre un ordre donné par le tribunal arbitral en vertu de l'article 18 et une décision judiciaire prise en vertu de l'article 9 relatifs au même objet ou à la même mesure de protection. Toutefois, nous estimons que l'éventualité d'un tel conflit est assez peu probable en raison de la dissemblance (voir plus haut) des mesures couvertes par ces deux articles.

* * *

CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 10. *Nombre d'arbitres*

- 1) Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres.
- 2) Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres.

Références

- A/CN.9/216, par. 46 à 48
 A/CN.9/232, par. 78 à 82
 A/CN.9/233, par. 92 et 93
 A/CN.9/245, par. 194 et 195
 A/CN.9/246 et Corr.1, par. 27 et 28

Commentaire

1. L'article 10 est le premier article introduisant et illustrant le "système à deux niveaux" si caractéristique de la Loi type. La première disposition entre dans la catégorie des articles qui postulent la liberté des parties et donnent effet à leur convention, à l'exclusion de toute disposition existante du droit national sur la question³⁹. La seconde disposition entre dans la catégorie des règles supplétives qui permettent à celles des parties qui ne décident pas de la procédure par convention de disposer d'un ensemble de règles en vue d'engager la procédure d'arbitrage et d'arriver à un règlement définitif du différend⁴⁰.

2. Le paragraphe 1 accorde aux parties le libre choix du nombre d'arbitres. Ainsi le choix d'un nombre quelconque d'arbitres prendrait effet, même dans les systèmes juridiques qui, à l'heure actuelle, exigent un nombre impair d'arbitres. Comme il est stipulé de manière générale à l'article 2 c, la liberté des parties ne se limite pas à une décision prise par elles mais emporte le droit pour les parties d'autoriser un tiers à décider de cette question.

3. Pour les cas où le nombre d'arbitres n'a pas été convenu à l'avance ou ne peut être convenu à temps, le paragraphe 2 prévient tout retard ou blocage en fixant le nombre des arbitres. Le nombre de trois a été retenu, comme dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (art. 5) car il semble être le nombre le plus couramment retenu dans l'arbitrage commercial international. Toutefois, les arbitrages conduits par un arbitre unique sont également courants, en particulier dans les affaires les moins complexes. On estime que les parties qui souhaiteraient s'en tenir à un arbitre unique par souci d'économie de temps et d'argent en conviendraient normalement et y seraient de plus incitées par ce paragraphe.

* * *

Article 11. *Nomination des arbitres*

1) Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties.

2) Les parties sont libres de convenir de la procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres, sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 et 5 du présent article.

3) Faute d'une telle convention,

a) En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux autres arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours après avoir été priée de le faire par l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le Tribunal visé à l'article 6;

b) En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le Tribunal visé à l'article 6.

4) Lorsque, dans le cadre d'une procédure de nomination convenue par les parties,

a) Une partie n'agit pas conformément à ladite procédure, ou

b) Les parties, ou deux arbitres, ne peuvent parvenir à un accord conformément à ladite procédure, ou

c) Une autorité de nomination ne s'acquitte pas d'une fonction que lui confère ladite procédure,

l'une ou l'autre partie peut prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre la mesure voulue, à moins que la convention relative à la procédure de nomination ne stipule d'autres moyens d'assurer cette nomination.

5) La décision sur une question confiée au Tribunal visé à l'article 6 conformément aux paragraphes 3 et 4 du présent article est définitive. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des

³⁹Voir A/CN.9/207, par. 13.

⁴⁰Voir A/CN.9/207, par. 17 et 18.

parties et de toute considération propre à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

Références

- A/CN.9/216, par. 41, 49 et 50
 A/CN.9/232, par. 73 et 74, 83 à 88
 A/CN.9/233, par. 87 et 88, 94 à 100
 A/CN.9/245, par. 192 et 193, 196 à 201
 A/CN.9/246 et Corr.1, par. 29 à 32

Commentaire

Aucune discrimination législative fondée sur la nationalité, paragraphe 1

1. Certains textes du droit national interdisent aux étrangers d'exercer la fonction d'arbitre, même dans des affaires internationales. Le paragraphe 1 vise à écarter cette discrimination fondée sur la nationalité voulue par le législateur⁴¹. Comme l'indiquent les mots "sauf convention contraire des parties", on ne souhaite pas interdire aux parties (ou aux associations professionnelles ou institutions arbitrales) de stipuler que les nationaux de certains Etats peuvent, ou ne peuvent pas, être nommés arbitres.

Liberté de convenir de la procédure de nomination, paragraphe 2

2. Le paragraphe 2 reconnaît aux parties la liberté de convenir d'une procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres. Cette liberté de passer convention doit être interprétée au sens large conformément aux dispositions générales des alinéas *c* et *d* de l'article 2.

3. La marge de manœuvre des parties est cependant quelque peu limitée par les dispositions impératives des paragraphes 4 et 5. Dans leur convention sur la nomination, les parties ne peuvent écarter le droit d'une partie, en vertu du paragraphe 4, de recourir au Tribunal visé à l'article 6 pour toute situation décrite dans ce paragraphe, ou déroger au principe du caractère définitif de la décision du Tribunal énoncé au paragraphe 5⁴².

Assistance du Tribunal dans le cadre de la procédure de nomination convenue, paragraphe 4

4. Le paragraphe 4 décrit trois défaillances possibles que l'on rencontre souvent dans les procédures de

⁴¹A la sixième session du Groupe de travail, on s'est inquiété de la difficulté qu'il y aurait à appliquer cette disposition dans les Etats où il est interdit aux nationaux de certains autres Etats d'exercer la fonction d'arbitre; on a répondu à cette préoccupation en avançant que, la Loi type n'étant pas une convention, elle ne pourrait pas empêcher un Etat de donner à ses propres choix leur expression dans la législation nationale (A/CN.9/245, par. 193).

⁴²Nous proposons que la dernière partie du paragraphe 5 relative à la nomination d'un arbitre unique ou d'un troisième arbitre ne soit pas impérative (voir plus bas par. 8).

nomination et y remédie en autorisant l'une ou l'autre des parties à prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre la mesure voulue en son lieu et place (c'est-à-dire en lieu et place de la partie, des personnes ou de l'autorité "défaillante" visées aux alinéas *a*, *b* ou *c*). L'assistance fournie par le Tribunal vise à éviter tout blocage ou tout retard indu dans la procédure de nomination. Cette assistance n'est pas nécessaire si les parties ont elles-mêmes prévu dans leur convention sur la procédure de nomination d'autres moyens d'assurer cette nomination. On notera, cependant, que la simple désignation d'une autorité de nomination n'est pas suffisante car elle ne parerait pas à l'éventualité décrite à l'alinéa *c*.

Règles supplétives relatives à la procédure de nomination, paragraphe 3

5. Le paragraphe 3 offre aux parties qui n'auraient pas convenu d'une procédure de nomination un système permettant de nommer soit trois arbitres, soit un arbitre, ces deux nombres étant les plus courants dans l'arbitrage international. L'alinéa *a* fixe les règles pour la nomination de trois arbitres, que ce nombre ait été convenu par les parties conformément à l'article 10 1) ou qu'il découle de l'application de l'article 10 2). L'alinéa *b* fixe la méthode à suivre pour nommer un arbitre unique pour les affaires où les parties se sont contentées de convenir du nombre d'arbitres (en l'occurrence un arbitre unique).

6. Dans les deux cas, un dernier recours au Tribunal visé à l'article 6 est envisagé afin d'éviter tout blocage de la procédure de nomination. Il y a toutefois une différence en ce qui concerne l'élément temps. Alors que l'alinéa *a* fixe par deux fois un délai (de trente jours) pour éviter toute incertitude, l'alinéa *b* ne fixe pas de délai, mais fait seulement état de l'incapacité des parties à s'accorder. Cette formulation générale semble acceptable dans ce dernier cas, car les personnes censées s'accorder sont les parties et leur incapacité à le faire est attestée par la demande adressée au Tribunal par l'une d'elles.

Règles et principes directeurs relatifs à la décision du Tribunal, paragraphe 5

7. Selon le paragraphe 5, la décision du Tribunal est définitive, que la question qui lui est confiée le soit en vertu des règles supplétives du paragraphe 3 ou en application des dispositions impératives du paragraphe 4 dans les cas où la procédure de nomination convenue ne permet pas d'assurer la nomination. Ce caractère définitif de la décision semble approprié en raison de la nature administrative de la fonction et essentiel du fait de la nécessité de constituer le tribunal arbitral le plus rapidement possible.

8. Quel que soit le type de nomination retenu, le Tribunal tient dûment compte de toutes qualifications requises par la convention conclue entre les parties et de tous les éléments susceptibles de garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial. Nous estimons que ces critères ont force obligatoire car ils découlent de la convention d'arbitrage ou, en ce qui concerne

l'impartialité et l'indépendance, de l'article 12, alors que la directive spéciale concernant la nomination d'un arbitre unique ou d'un troisième arbitre pourrait être invalidée par une stipulation contraire des parties.

* * *

Article 12. *Motifs de récusation*

1) Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. A partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties.

2) Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination.

Références

- A/CN.9/216, par. 42 et 43
- A/CN.9/232, par. 57 à 60
- A/CN.9/233, par. 103 à 106
- A/CN.9/245, par. 202 à 204
- A/CN.9/246 et Corr.1, par. 33 et 34

Commentaire

1. L'article 12 applique de deux manières le principe selon lequel les arbitres doivent être impartiaux et indépendants. Le paragraphe 1 exige de tout arbitre pressenti ou nommé qu'il signale promptement toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou son indépendance. Le paragraphe 2 fournit les moyens de garantir cette impartialité et cette indépendance en reconnaissant aux circonstances de nature à soulever des doutes légitimes en la matière la qualité de motifs de récusation.

2. L'obligation faite à l'arbitre pressenti de signaler toutes circonstances du type indiqué au paragraphe 1 vise à attirer l'attention de la personne qui le pressent sur d'éventuels doutes et à contribuer ainsi à empêcher la nomination d'un candidat ne remplissant pas les conditions voulues. Cette divulgation est requise non seulement lorsqu'une partie ou les parties pressentent le candidat, mais aussi lorsqu'il est contacté par une institution arbitrale ou autre autorité de nomination intervenant dans la procédure de nomination.

3. Comme cela est stipulé dans la deuxième phrase du paragraphe 1, même un arbitre nommé est et continue d'être tenu à cette obligation, et ce essentiellement à deux fins. La première est de fournir les renseignements requis à toute partie qui ne les a pas obtenus avant la nomination de l'arbitre. La deuxième est d'obtenir des renseignements sur toutes circonstances ne se produi-

sant qu'à un stade ultérieur de la procédure arbitrale (par exemple, situation professionnelle nouvelle ou achat d'actions).

4. Le paragraphe 2, comme l'article 10 1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, adopte une formulation générale pour les motifs pouvant justifier la récusation d'un arbitre. Cela semble préférable à l'énumération de toutes les relations professionnelles possibles et autres situations pertinentes. Comme l'indique la clause restrictive "ne peut être récusé que", les motifs de récusation dont il est fait état dans l'article 12 sont exhaustifs. Bien que la possibilité d'invoquer tout motif particulier figurant dans un texte du droit national (souvent applicable indifféremment aux juges et arbitres) soit écartée, nous estimons qu'il serait difficile de trouver un motif qui ne soit pas couvert par la formule générale retenue.

5. On notera que le Groupe de travail a estimé que la question de la compétence ou autres qualifications de l'arbitre définies par les parties était plus étroitement liée à la conduite de la procédure qu'à la nomination initiale⁴³. Aussi devrait-elle être examinée dans le cadre de l'article 14 et peut-être aussi dans le cadre de l'article 19 3)⁴⁴. Cependant, nous estimons à ce propos que la question du comportement de l'arbitre peut être envisagée dans le cadre de l'article 12 2), lorsque l'un quelconque de ses actes ou déclarations soulève des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. La Commission souhaitera peut-être envisager de formuler cette interprétation dans le texte, car le mot "circonstances" et le rapport direct avec le paragraphe 1 pourraient aboutir à une interprétation plus étroite qui ne couvrirait pas de tels types de comportement partial ou de faute.

6. La deuxième phrase du paragraphe 2 prive l'une ou l'autre des parties du droit de récuser un arbitre qu'elle a elle-même nommé ou à la nomination duquel elle a participé pour une cause dont elle avait connaissance avant la nomination. Dans un tel cas, ladite partie n'aurait pas dû nommer le candidat dont l'impartialité ou l'indépendance était douteuse ou accepter sa nomination. Nous estimons que la formule "participation à la nomination" couvre non seulement le cas où les parties nomment conjointement un arbitre, par exemple en application de l'alinéa b du paragraphe 3 de l'article 11, mais aussi une participation moins directe, comme celle prévue dans le cadre du système de listes envisagé dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI [art. 6 3)].

* * *

Article 13. *Procédure de récusation*

1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, les parties sont libres de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre.

2) Faute d'un tel accord, la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit, dans un délai

⁴³A/CN.9/233, par. 105.

⁴⁴Voir le paragraphe 4 du commentaire de l'article 14 et le paragraphe 9 du commentaire de l'article 19.

de quinze jours à compter de la date de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées au paragraphe 2 de l'article 12, si cette dernière date est postérieure, les motifs de la récusation au tribunal arbitral. Si l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, le tribunal arbitral se prononce sur la récusation.

3) Si la récusation ne peut être obtenue selon la procédure convenue par les parties ou en application du paragraphe 2 du présent article, la partie récusante peut, dans un délai de quinze jours après avoir eu communication de la décision rejetant la récusation, prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre sur la récusation une décision qui sera définitive; dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale.

Références

- A/CN.9/216, par. 44 et 45
- A/CN.9/232, par. 61 à 65
- A/CN.9/233, par. 107 à 111
- A/CN.9/245, par. 205 à 212
- A/CN.9/246 et Corr.1, par. 36 à 39

Commentaire

Liberté de convenir de la procédure de récusation et limites de cette liberté, paragraphe 1

1. Le paragraphe 1 accorde aux parties la liberté de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre, les motifs de récusation étant définis de manière exhaustive dans la disposition impérative de l'article 12 2).

2. Aussi la Loi type donne-t-elle plein effet à toute convention relative à la manière d'engager la procédure de récusation et de statuer en la matière. Cependant, il existe une restriction particulière⁴⁵. Les parties ne peuvent pas exclure le dernier recours au Tribunal prévu au paragraphe 3. Cette restriction, contrairement à la restriction qui figure aux paragraphes 2 et 4 de l'article 11⁴⁶, s'applique même si les parties ont autorisé tout autre organe, par exemple une autorité de nomination, à statuer définitivement sur la récusation. Nous estimons que dans un tel cas la partie récusante devrait épuiser tous les recours possibles et obtenir une décision dudit organe, mais cette décision ne serait pas définitive car le dernier recours au Tribunal visé à l'article 6 ne peut être exclu par convention des parties.

Règles supplétives relatives à la procédure de récusation, paragraphe 2

3. Le paragraphe 2 met un mécanisme de récusation à la disposition des parties qui n'ont pas convenu d'une

⁴⁵Il existe également une restriction de caractère général, car nous estimons que les principes fondamentaux énoncés à l'article 19.3 couvrent cette convention sur la procédure de récusation. Voir le commentaire de l'article 19, par. 7.

⁴⁶Voir le commentaire de l'article 11, par. 3 et 4.

procédure de récusation en spécifiant le délai et la forme dans lesquels engager la procédure de récusation, ainsi que la manière de statuer sur la récusation, sous réserve du contrôle judiciaire ultime prévu au paragraphe 3.

4. Comme l'indique la deuxième phrase du paragraphe 2, la question de la récusation serait tranchée par le tribunal arbitral au cas où une décision serait nécessaire, c'est-à-dire si l'arbitre récusé ne se déportait pas ou que l'autre partie n'acceptait pas la récusation. Le fait de laisser le tribunal arbitral statuer sur la récusation est évidemment sans valeur pratique dans le cas d'un arbitre unique qui a été récusé et ne se déporte pas. Cependant, lorsque l'un des trois arbitres est récusé, cette solution présente certains avantages, en dépit des difficultés psychologiques qu'implique pour le tribunal arbitral le fait de statuer sur la récusation de l'un de ses membres. Du moins pourrait-on, lorsque la récusation n'est ni frivole ni manifestement injustifiée, économiser du temps et de l'argent en rendant superflu le dernier recours au Tribunal. On ajoutera que la récusation n'est pas une décision de procédure au sens de l'article 29 (deuxième phrase) et devrait donc être prise par tous les membres ou une majorité des membres du tribunal arbitral (art. 29, première phrase)⁴⁷. Cela signifie que la récusation ne sera acquise que si les deux autres membres statuent en faveur de la partie récusante.

Contrôle judiciaire ultime, paragraphe 3

5. Le paragraphe 3 ouvre à toute partie récusante, qui n'a pas eu gain de cause dans la procédure convenue par les parties ou dans la procédure prévue au paragraphe 2, un dernier recours devant le Tribunal visé à l'article 6. Cette disposition, dans sa partie la plus importante, apporte une solution de compromis à la question de savoir si tout recours à un tribunal ne devrait être autorisé qu'après le prononcé de la sentence définitive ou si une décision intervenant au cours de la procédure arbitrale ne serait pas préférable. Le principal argument en faveur de la première solution est qu'elle élimine toute manœuvre dilatoire; le principal argument en faveur de la seconde solution est qu'une décision prompt mettrait fin rapidement à la situation fâcheuse que provoquerait la participation de l'arbitre récusé à la procédure et éviterait, en particulier, un gaspillage de temps et d'argent dans les cas où le Tribunal entérinerait ultérieurement la récusation.

6. Le paragraphe 3, comme l'article 14, mais au rebours de l'article 16 3), prévoit l'intervention du Tribunal pendant la procédure arbitrale; toutefois, il comporte trois éléments visant à minimiser le risque et les effets néfastes d'éventuelles manœuvres dilatoires. Le premier élément est le court délai de quinze jours dans lequel on peut demander au Tribunal d'annuler la décision négative du tribunal arbitral ou de tout autre organe choisi d'un commun accord par les parties. Le deuxième élément est que la décision du Tribunal est définitive; en plus d'exclure tout appel, les autres mesures relatives à l'organisation du Tribunal visé à

⁴⁷Voir A/CN.9/246 et Corr.1, par. 38.

l'article 6 peuvent accélérer la procédure⁴⁸. Le troisième élément est que le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale, dans l'attente de la décision du Tribunal, ce qu'il ferait certainement s'il considérait la récusation comme totalement injustifiée et ayant pour seul but de faire traîner la procédure.

* * *

Article 14. *Carence ou incapacité d'un arbitre*

Lorsqu'un arbitre se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de remplir sa mission ou ne s'acquitte pas de ses fonctions pour d'autres raisons, son mandat prend fin s'il se déporte ou si les parties conviennent d'y mettre fin. Au cas où il subsiste un désaccord quant à l'un quelconque de ces motifs, l'une ou l'autre partie peut prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre une décision, qui sera définitive, sur la cessation du mandat.

Références

- A/CN.9/216, par. 50
- A/CN.9/232, par. 66 à 69
- A/CN.9/233, par. 112 à 117
- A/CN.9/245, par. 213 à 216
- A/CN.9/246 et Corr.1, par. 40 à 42

Commentaire

1. L'article 14 traite de la cessation du mandat d'un arbitre qui se trouve de droit ou de fait dans l'impossibilité de remplir sa mission ou ne s'acquitte pas de ses fonctions pour d'autres raisons. Dans l'un quelconque de ces cas, son mandat cesse s'il se déporte ou si les parties conviennent de mettre fin au mandat ou lorsque cette impossibilité est si patente que ni le déport, ni une convention ne sont nécessaires comme, par exemple, en cas de décès.

2. Dans les autres cas, le Tribunal visé à l'article 6 prend, à la demande de l'une ou l'autre partie, une décision définitive sur la cessation du mandat s'il subsiste un désaccord quant à l'un quelconque des motifs susmentionnés. L'assistance du Tribunal est rarement nécessaire en ce qui concerne l'impossibilité de droit ou de fait et est le plus souvent liée au motif moins précis de la "carence".

3. De l'aveu général, ce terme, emprunté au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI [art. 13 2)], est vague, en particulier en ce qui concerne l'élément temps (indéfini) inhérent au mot "carence". Il est néanmoins utilisé dans le texte car aucune formule plus détaillée acceptable n'a pu être trouvée qui soit suffisamment souple pour couvrir la grande diversité de situations dans lesquelles le maintien dans ses fonctions d'un arbitre "non opérationnel" deviendrait intolérable.

4. Nous suggérons que, pour déterminer s'il y a eu carence de l'arbitre, il soit tenu compte des considéra-

tions suivantes : qu'attendait-on ou qu'exigeait-on de lui eu égard à la convention d'arbitrage et à la procédure proprement dite ? S'il n'a rien fait dans ce domaine, le retard est-il excessif au point d'être inacceptable compte tenu des circonstances, y compris des difficultés techniques et de la complexité de l'affaire ? Si l'arbitre a agi d'une certaine manière, son comportement se situe-t-il clairement en deçà de ce que l'on doit raisonnablement attendre d'un arbitre ? Parmi les facteurs qui influent sur ce que l'on est en droit d'attendre de l'arbitre figurent la capacité à agir avec efficacité et diligence et toute compétence particulière ou autres qualifications requises de l'arbitre par convention des parties.

5. On notera que l'article 14 ne couvre pas tous les motifs qui peuvent aboutir à la cessation du mandat d'un arbitre. D'autres motifs figurent à l'article 15⁴⁹.

* * *

Article 14 bis

Le fait que, dans les cas prévus au paragraphe 2 de l'article 13 ou à l'article 14, un arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que le mandat d'un arbitre prenne fin n'implique pas reconnaissance des motifs mentionnés au paragraphe 2 de l'article 12 ou à l'article 14.

Références

- A/CN.9/233, par. 107 et 109
- A/CN.9/245, par. 208, 213 et 215
- A/CN.9/246 et Corr.1, par. 33 et 35

Commentaire

1. L'article 14 bis stipule que le fait qu'un arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que son mandat prenne fin, dans les cas prévus au paragraphe 2 de l'article 13 ou à l'article 14, n'implique pas reconnaissance des motifs invoqués pour demander la cessation du mandat. Cette disposition, qui écarte toute conclusion quant à la validité des motifs, vise à faciliter ce déport ou cette approbation afin d'éviter qu'un désaccord ne s'éternise.

2. Cette disposition est présentée dans un article distinct, car elle touche à deux articles différents. Si elle était retenue sous cette forme, on pourrait lui donner le titre suivant : "Pas de reconnaissance implicite de la validité des motifs de récusation".

* * *

Article 15. *Nomination d'un arbitre remplaçant*

Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre conformément à l'article 13 ou 14, ou lorsqu'il se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties ou dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux

⁴⁸Voir le commentaire de l'article 6, par. 4.

⁴⁹Voir le commentaire de l'article 15, par. 1 à 3.

règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé, sauf convention contraire des parties.

Références

- A/CN.9/216, par. 50
 A/CN.9/232, par. 70 à 72
 A/CN.9/233, par. 118 à 120
 A/CN.9/245, par. 217 à 219
 A/CN.9/246 et Corr. 1, par. 42 à 48

Commentaire

Autres cas de cessation du mandat

1. L'article 15 traite essentiellement de la question de la nomination d'un arbitre remplaçant. Toutefois, afin d'envisager toutes les éventualités, il traite aussi, d'une manière moins apparente, des multiples situations de cessation de mandat qui ne sont pas couvertes par les articles 13 et 14.

2. Les deux cas les plus importants ajoutés dans le texte visent le déport de l'arbitre "pour toute autre raison" (que celles couvertes par les articles 13 et 14) et la révocation du mandat par accord des parties. Ce dernier cas, c'est-à-dire la révocation d'un arbitre par convention des parties, semble avoir été ajouté à juste titre en raison de la nature consensuelle de l'arbitrage qui donne aux parties toute liberté de convenir de la cessation du mandat d'un arbitre.

3. L'inclusion du premier cas cité, toutefois, est moins facilement justifiable et peut, par exemple, être contestée au motif qu'une personne qui a accepté d'exercer des fonctions d'arbitre ne devrait pas être autorisée à démissionner pour des motifs futiles. Il est toutefois difficile d'exiger que la démission soit dûment justifiée (ou d'essayer d'énumérer tous les motifs pouvant justifier la démission), car un arbitre non consentant ne pourrait pas, dans la pratique, être contraint de s'acquitter de ses fonctions⁵⁰. On notera, en ce qui concerne les deux cas susmentionnés, que la Loi type ne traite pas de la responsabilité de l'arbitre sur le plan juridique ou d'autres questions relatives à la relation contractuelle parties-arbitre.

Règles de nomination d'un arbitre remplaçant

4. Toutes les fois qu'un arbitre remplaçant doit être nommé, il convient de le faire conformément aux règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé, que ces règles soient énoncées dans la convention d'arbitrage ou, en tant que dispositions supplétives, dans la Loi type.

5. Cette disposition est non impérative, ainsi qu'il ressort clairement des mots "sauf convention contraire des parties". Une telle convention devrait normalement prévoir une nouvelle procédure de nomination pour

remplacer l'arbitre dont le mandat a cessé⁵¹. Cependant, elle pourrait être liée à la question préliminaire de savoir s'il convient bien de nommer un arbitre remplaçant. Ainsi, lorsque les parties ont désigné un arbitre unique précis dans leur convention initiale, elles peuvent ne pas souhaiter poursuivre la procédure arbitrale sans cet arbitre.

* * *

CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 16. *Pouvoir qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence*

1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2) L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que le tribunal arbitral outrepassa son mandat doit être soulevée peu de temps après que le tribunal aura manifesté son intention de statuer sur la question alléguée comme ne relevant pas de son mandat. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3) Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Dans les deux cas, la décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent ne peut être attaquée par l'une ou l'autre des parties que lors d'une action en annulation de la sentence arbitrale.

Références

- A/CN.9/216, par. 34, 81 à 83
 A/CN.9/232, par. 47 et 48, 146 à 150, 152 à 157

⁵¹Par exemple, les parties pourraient, dans leur convention d'arbitrage, inclure une stipulation visant à éliminer le risque que, dans le cas d'un arbitre nommé par une partie, la procédure de démission et de remplacement prévue à l'article 15 soit utilisée de manière abusive en vue de bloquer la procédure (en particulier par un emploi répété). Cette question — que le Groupe de travail a décidé de ne pas traiter sans toutefois en contester le bien-fondé (A/CN.9/245, par. 19) — pourrait être réglée par une stipulation, inspirée du paragraphe 3 de l'article 56 de la Convention de Washington de 1965, selon laquelle l'arbitre nommé par une partie qui démissionne sans l'accord du tribunal arbitral (c'est-à-dire des deux autres membres) ne serait pas remplacé par un autre arbitre nommé par une partie mais par un arbitre qui serait nommé par le troisième arbitre (président) ou par une autorité de nomination déterminée.

⁵⁰Voir A/CN.9/246 et Corr. 1, par. 44.

A/CN.9/245, par. 58 à 65

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 49 à 52, 54 à 56

Commentaire

A. La "Kompetenz-Kompetenz" et la doctrine de l'autonomie, paragraphe 1

1. L'article 16 adopte le principe important selon lequel il incombe initialement et essentiellement au tribunal arbitral lui-même de déterminer s'il est compétent, sous réserve du contrôle ultime exercé par l'instance judiciaire (voir ci-après par. 12 à 14). Le paragraphe 1 autorise le tribunal arbitral à statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. Ce droit, souvent désigné par la formule *Kompetenz-Kompetenz*, est une caractéristique fondamentale et très répandue de l'arbitrage international moderne, mais il n'est pas encore reconnu dans tous les systèmes juridiques.

2. Il en va de même pour le second principe adopté au paragraphe 1 de l'article 16, à savoir la doctrine de l'autonomie de la clause compromissoire. Cette doctrine complète le droit du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence, car elle préconise que la clause compromissoire doit être considérée comme une convention indépendante des autres stipulations du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas, par conséquent, la nullité de la clause compromissoire. Aussi le tribunal arbitral est-il compétent pour statuer sur la nullité du contrat (et sur d'autres questions qui lui seraient soumises), à moins qu'il ne constate que le vice qui est à l'origine de la nullité du contrat touche également la clause compromissoire. On notera que le principe de l'autonomie qu'adopte le paragraphe 1 de l'article 16, contrairement à certains systèmes juridiques qui distinguent sur ce point entre vice initial et motif ultérieur de nullité, s'applique quelle que soit la nature du vice.

3. L'article 16 n'indique pas en vertu de quelle loi le tribunal arbitral se prononcerait sur les diverses questions pouvant se poser quant à sa compétence. Il est suggéré que la loi applicable soit la même que celle que le Tribunal visé à l'article 6 appliquerait dans la procédure d'annulation prévue à l'article 34, car cette procédure constitue le contrôle ultime de l'instance judiciaire sur la décision du tribunal arbitral (par. 3 de l'article 13). Il en résulterait que la capacité des parties et la validité de la convention d'arbitrage seraient décidées conformément à la loi déterminée en application des règles prévues à l'article 34 2) a) i et que la question de l'arbitrabilité et les autres questions d'ordre public seraient régies par la loi du "présent Etat" [voir le texte de l'article 34 2) b)]⁵². Pour ces dernières questions, notamment l'arbitrabilité, il est en outre suggéré que le Tribunal arbitral, comme le Tribunal visé à l'article 34 2) b), puisse se prononcer d'office,

⁵²En ce qui concerne le sous-alinéa i, la référence à la loi du "présent Etat" est provisoire et controversée; voir le commentaire de l'article 34, par. 12.

c'est-à-dire sans même qu'une partie soulève l'exception visée à l'article 16 2)⁵³.

B. Délais pour soulever une exception, paragraphe 2

4. Le paragraphe 2 traite de l'exception qui peut être prise de ce que le tribunal arbitral est incompétent pour juger de l'affaire dont il est saisi, ou de ce qu'il outrepassé son mandat. Il vise, en particulier, à faire en sorte que ces exceptions soient soulevées le plus rapidement possible.

5. Le défendeur ne peut pas invoquer l'incompétence après avoir présenté ses défenses (comme cela est mentionné à l'article 23 i), sauf si le tribunal arbitral admet une exception soulevée après le délai prévu au motif que le retard est dû à une cause valable. S'agissant de la demande reconventionnelle, qui n'est plus traitée expressément dans le texte⁵⁴, l'exception pourrait être soulevée au plus tard au moment où le demandeur dépose sa réplique.

6. Comme l'énonce la deuxième phrase du paragraphe 2, le fait pour le défendeur d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à cette désignation ne le prive pas du droit de soulever l'exception d'incompétence. Aussi, si, en dépit de ses objections, il préfère ne pas rester passif, mais au contraire participer activement à la constitution du tribunal arbitral, lequel en dernière analyse statuera sur ses objections, n'a-t-il pas à émettre de réserves, comme cela serait le cas dans certains systèmes juridiques nationaux en vue d'exclure les effets de la renonciation ou de la soumission.

7. La deuxième exception visée au paragraphe 2, à savoir l'exception prise de ce que le tribunal arbitral outrepassé son mandat, doit être soulevée peu de temps après que le tribunal aura manifesté son intention de statuer sur la question alléguée comme ne relevant pas de son mandat; là encore, le tribunal arbitral peut admettre une exception soulevée après le délai prévu s'il estime que le retard est dû à une cause valable. Souvent, ce genre d'abus ne se produit ou ne devient certain que dans le cadre de la sentence ou d'une autre décision, mais le délai prescrit ci-dessus serait néanmoins applicable et utile dans les cas qui apparaissent clairement à un stade antérieur, par exemple lorsque le tribunal arbitral requiert des éléments de preuve pour une question dont il n'est pas saisi.

C. Effets du non-recours à l'exception d'incompétence

8. La Loi type ne dit pas si le fait pour une partie de ne pas soulever l'exception d'incompétence dans le délai fixé au paragraphe 2 de l'article 16 a des effets au stade

⁵³Si la Commission accepte cette interprétation, elle pourra souhaiter la voir reflétée dans le texte de l'article 16, éventuellement dans une disposition portant en outre sur l'effet, et ses limites, d'une renonciation ou d'une soumission; voir plus bas, par. 8 à 10.

⁵⁴Le Groupe de travail a décidé, à sa septième session, de supprimer à la fin de la première phrase du paragraphe 2 de l'article 16 les mots "ou, en cas de demande reconventionnelle, de la réplique du demandeur", étant entendu que toute disposition de la loi type concernant la demande s'appliquerait, *mutatis mutandis*, à une demande reconventionnelle (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 196).

postérieur à la sentence. Le Groupe de travail a fait remarquer à ce propos qu'une partie qui ne soulèverait pas l'exception d'incompétence prévue au paragraphe 2 de l'article 16 devrait être privée du droit de soulever des objections à ce titre, non seulement à un stade ultérieur de la procédure arbitrale, mais également dans d'autres contextes, notamment dans celui d'une demande d'annulation ou d'exécution de la sentence arbitrale, sous réserve de certaines limites telles que l'ordre public, y compris celles qui ont trait à l'arbitrabilité⁵⁵.

9. Il nous semble que cette observation est conforme à la finalité du paragraphe 2 et pourrait être reflétée de manière appropriée dans la Loi type⁵⁶. Cela signifierait, dans la pratique, que toute objection relative, par exemple, à la validité de la convention d'arbitrage ne pourrait plus être invoquée ultérieurement comme motif d'annulation dans le cadre de l'article 34 2) a i ou pour demander, conformément à l'article 36 1) a i, la non-reconnaissance ou la non-exécution d'une sentence (rendue en application de "la présente Loi"); ces dispositions sur les motifs d'annulation ou de refus de reconnaissance ou d'exécution resteraient applicables et seraient utiles pour les cas dans lesquels une partie soulèverait l'exception dans les délais mais sans succès ou lorsqu'une partie n'aurait pas participé à l'arbitrage, ou du moins n'aurait pas présenté de conclusion ou n'aurait pas participé aux audiences portant sur le fond du litige.

10. Ainsi qu'il ressort de l'observation susmentionnée du Groupe de travail, les effets qu'entraîne l'absence d'objection par une partie sont limités. Ces limites résultent de l'impossibilité de remédier, par soumission à la procédure, à certains vices, tels la violation de l'ordre public, notamment la non-arbitrabilité. Aussi l'instance judiciaire statuerait-elle sur ces motifs d'incompétence conformément à l'article 34 2) b ou, en ce qui concerne les sentences rendues en application de "la présente Loi", de l'article 36 1) b, si aucune partie n'a soulevé d'objection en la matière au cours de la procédure arbitrale. On ajoutera que ceci est conforme à l'interprétation (énoncée ci-dessus au paragraphe 3) selon laquelle ces questions doivent être réglées d'office par le tribunal arbitral.

D. *Décision du tribunal arbitral et contrôle par l'instance judiciaire, paragraphe 3*

11. Le refus de reconnaître la compétence du tribunal arbitral touche au fondement même de l'arbitrage. Les questions de compétence précèdent, par conséquent, les questions de fond et sont généralement réglées en premier par une décision distincte, afin d'éviter une possible perte de temps et des dépenses inutiles. Toutefois, dans certains cas, en particulier lorsque la question de la compétence est étroitement liée au fond

du litige, il peut être préférable d'associer la décision sur la compétence à une décision partielle ou complète sur le fond. Aussi le paragraphe 3 de l'article 16 accorde-t-il au tribunal arbitral le droit de statuer sur l'exception d'incompétence, soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond.

12. Comme on l'a noté précédemment (par. 1 ci-dessus), le droit qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence est soumis au contrôle de l'instance judiciaire. Lorsqu'une décision du tribunal arbitral se déclarant compétent est, exceptionnellement, incluse dans une sentence quant au fond, il est évident que le contrôle de cette décision par l'instance judiciaire sera exercé lors de la demande en annulation de ladite sentence présentée par la partie contestant la compétence du tribunal arbitral. On se trouve face à un cas moins clair et même controversé, lorsque cette décision est rendue sur une exception traitée comme une question préalable. La solution adoptée au paragraphe 3 de l'article 16 est que, dans ce cas également, le contrôle par l'instance judiciaire ne peut être demandé qu'après le prononcé de la sentence sur le fond, autrement dit dans une procédure d'annulation (et, bien que cela ne ressorte pas immédiatement du texte actuel⁵⁷, dans toute procédure de reconnaissance ou d'exécution).

13. C'est dans le but de prévenir toute manœuvre dilatoire et tout abus du droit immédiat de faire appel que cette solution a été adoptée et renforcée par la suppression du précédent projet d'article 17, qui prévoyait un contrôle concomitant de l'instance judiciaire⁵⁸. Comme l'ont fait remarquer les partisans du contrôle judiciaire immédiat, l'inconvénient de cette solution est qu'elle peut entraîner une perte de temps et d'argent considérable si, après une longue procédure faite d'audiences coûteuses (obtention des preuves, etc.), le Tribunal annule la sentence pour incompétence.

14. Il nous semble que l'importance relative de ces deux préoccupations opposées, à savoir la crainte de manœuvres dilatoires et d'obstruction d'une part, et le

⁵⁷La raison pour laquelle le paragraphe 3 de l'article 16 ne mentionne que la demande en annulation est que cette disposition est axée sur la capacité d'une partie contestant la compétence du tribunal arbitral d'attaquer la décision de ce dernier en engageant une procédure judiciaire de contrôle de cette décision. Toutefois, la Commission peut souhaiter envisager d'ajouter, par souci de clarté, une référence aux procédures de reconnaissance ou d'exécution, qui, bien qu'engagées par l'autre partie, offrent à la partie objectante une occasion d'invoquer l'incompétence comme motif de refus [en vertu de l'article 36 1) a i].

⁵⁸A/CN.9/246 et Corr.1, par. 52 à 56. Le texte de l'article 17, qui ne se limite pas au cas prévu au paragraphe 3 de l'article 16, c'est-à-dire la décision du tribunal arbitral affirmant sa compétence, était le suivant :

"Article 17. *Contrôle concomitant du tribunal*

"1) [Nonobstant les dispositions de l'article 16,] une partie peut [à tout moment] prier le Tribunal visé à l'article 6 de statuer sur l'existence d'une convention d'arbitrage valide et [, si la procédure arbitrale a commencé,] sur la compétence du tribunal arbitral [en ce qui concerne le différend dont il est saisi].

"2) Dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure [à moins que le Tribunal n'ordonne une suspension de la procédure arbitrale]."

⁵⁵A/CN.9/246 et Corr.1, par. 51.

⁵⁶Cette interprétation serait également conforme à celle agréée par le Groupe de travail sur l'effet d'une renonciation en vertu de l'article 4, concernant le non-respect d'une disposition non impérative de la Loi type ou d'une clause de la convention d'arbitrage (voir le commentaire de l'article 4, par. 6).

souci d'éviter un gaspillage de temps et d'argent d'autre part, est difficile à déterminer dans un cadre général prévoyant tous les cas possibles. Il semble que cette évaluation puisse être faite avec plus de précision pour chaque cas particulier. Aussi pourrait-il être utile d'envisager de donner au tribunal arbitral le pouvoir discrétionnaire, fondé sur son évaluation de l'importance réelle de ces deux facteurs, de donner à sa décision la forme soit d'une sentence, soumise à un contrôle immédiat de l'instance judiciaire⁵⁹, soit d'une décision de procédure qui ne pourrait être contestée que dans une action en annulation de la sentence sur le fond. Lors de l'examen de cette suggestion qui contribuerait à éviter l'actuel défaut de concordance entre le paragraphe 3 de l'article 16 et le paragraphe 3 de l'article 13, on pourrait envisager d'adopter les dispositions spéciales du paragraphe 3 de l'article 13 visant à minimiser le risque de manœuvres dilatoires, à savoir délai bref de recours à l'instance judiciaire, caractère définitif de la décision rendue par cette instance, droit du tribunal arbitral de poursuivre la procédure.

15. Le paragraphe 3 de l'article 16 ne régit pas les cas où le tribunal arbitral se déclare incompétent. Un précédent projet de disposition qui autorisait le recours à l'instance judiciaire, pas nécessairement dans le but de contraindre les arbitres à poursuivre la procédure, mais afin d'obtenir une décision sur l'existence d'une convention d'arbitrage valable, n'a pas été retenu par le Groupe de travail⁶⁰. On a fait valoir que la décision par laquelle le tribunal arbitral se déclare incompétent était définitive et avait force obligatoire pour ce qui est de la procédure arbitrale en cours, mais ne réglait pas définitivement la question de savoir si la requête quant au fond devait être tranchée par une instance judiciaire ou par un tribunal arbitral. Il est suggéré de se reporter à la législation générale en matière d'arbitrage et de procédure civile pour savoir si le contrôle par l'instance judiciaire de ce type de décision peut être recherché autrement que par une demande dans le cadre d'une procédure portant sur le fond du différend, ainsi qu'il est mentionné au paragraphe 1 de l'article 8.

* * *

Article 18. *Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires*

Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut exiger de toute partie des sûretés au titre des frais occasionnés par ladite mesure.

⁵⁹On notera que la solution retenue au paragraphe 3 de l'article 16 ne donne pas cette possibilité au tribunal arbitral, que la décision sur la compétence soit ou non considérée comme une "sentence"; quant à l'intérêt qu'il y aurait à inclure dans la Loi type une définition du mot "sentence", voir le commentaire de l'article 34, par. 3.

⁶⁰A/CN.9/245, par. 62 à 64. La disposition supprimée était la suivante : "La décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré incompétent peut être attaquée par l'une ou l'autre partie, dans un délai de 30 jours, devant le Tribunal visé à l'article [6]".

Références

- A/CN.9/216, par. 65 à 69
- A/CN.9/232, par. 119 à 123
- A/CN.9/245, par. 70 à 72
- A/CN.9/246 et Corr.1, par. 57 à 59

Commentaire

1. Conformément à l'article 18, le tribunal arbitral a le pouvoir implicite, sauf convention contraire des parties, d'ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le but général d'un tel ordre est de prévenir ou de limiter tout inconvénient qui peut découler de la durée de la procédure arbitrale jusqu'au règlement définitif du différend et à la mise en œuvre de ce règlement.

2. Parmi les mesures provisoires destinées à prévenir ou atténuer une perte figurent la préservation, la garde ou la vente des marchandises qui font l'objet du différend. Cependant, l'article 18 n'est pas limité à la vente et couvrirait, par exemple, les mesures visant provisoirement à déterminer et à "stabiliser" le rapport existant entre les parties dans un projet à long terme. Parmi ces ordres visant à établir un *modus vivendi*, on peut citer l'utilisation ou la maintenance de machines ou d'installations ou la poursuite d'une certaine phase d'une construction si cela permet de prévenir des dommages irréversibles. Enfin, un tel ordre peut avoir pour objet de rassembler des éléments de preuve qui risqueraient de n'être pas disponibles à un stade ultérieur de la procédure.

3. Ainsi qu'il ressort clairement du texte de l'article 18, toute mesure provisoire doit concerner l'objet du différend et l'ordre ne peut être adressé qu'à l'une des parties (ou aux deux). Cette restriction, qui découle du fait que le tribunal arbitral tient sa compétence de la convention d'arbitrage, est l'un des principaux facteurs réduisant la portée de l'article 18 par rapport à la portée beaucoup plus grande des mesures judiciaires prévues à l'article 9⁶¹.

4. Autre différence importante, l'article 18 n'accorde pas au tribunal arbitral le pouvoir de faire exécuter ses ordres et ne prévoit pas non plus leur exécution judiciaire; un projet de disposition précédent prévoyant l'assistance des tribunaux sur ce point n'a pas été retenu par le Groupe de travail. Il était entendu néanmoins que cette suppression ne devait pas être interprétée comme interdisant à un Etat de fournir cette assistance en vertu de ses règles de procédure⁶², soit en assurant une exécution judiciaire, soit en habilitant le tribunal arbitral à prendre certaines mesures coercitives.

5. Cependant, même sans possibilité d'exécution, le pouvoir que confère l'article 18 au tribunal arbitral a valeur pratique. Il semble probable que la partie visée

⁶¹Voir le commentaire de l'article 9, par. 4 et 5.

⁶²A/CN.9/245, par. 72.

respectera l'ordre donné et prendra la mesure jugée nécessaire par les arbitres qui, de fait, seront ceux qui statueront sur l'affaire. Cette probabilité peut être accrue grâce au recours au droit d'exiger d'une partie qu'elle fournisse des sûretés au titre des frais occasionnés par ladite mesure, en particulier lorsque le tribunal arbitral exige de l'autre partie qu'elle fournisse aussi ces sûretés, lesquelles, est-il suggéré, pourraient également couvrir d'éventuels dommages-intérêts. Enfin, si une partie ne prend pas la mesure provisoire conservatoire ordonnée par le tribunal arbitral, il peut en être tenu compte dans la décision définitive, en particulier pour toute évaluation des dommages-intérêts.

* * *

CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Article 19. Détermination des règles de procédure

- 1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.
- 2) Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.
- 3) Dans les deux cas, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

Références

- A/CN.9/216, par. 56
 A/CN.9/232, par. 101 à 106
 A/CN.9/245, par. 73 à 75
 A/CN.9/246 et Corr.1, par. 60 à 63

Commentaire

"Grande Charte de la procédure arbitrale"

1. L'article 19 peut être considéré comme la disposition la plus importante de la Loi type. Il contribue dans une large mesure à établir l'autonomie de la procédure en laissant les parties libres de convenir des règles de procédure (par. 1) et, à défaut, en accordant au tribunal arbitral, une grande latitude quant à la manière de procéder à l'arbitrage (par. 2), sous réserve, dans les deux cas, d'appliquer les principes fondamentaux de l'équité (par. 3). Cette disposition et les autres dispositions sur la procédure arbitrale définissent une approche libérale pouvant être adaptée à la grande diversité des besoins et des paramètres des affaires internationales, dégagée des contraintes que constituent les particularismes locaux et les critères traditionnels qui émaillent parfois le droit interne du lieu de l'arbitrage.

Liberté des parties de convenir des règles de procédure, paragraphe 1

2. Le paragraphe 1 garantit aux parties la liberté de déterminer les règles concernant la manière d'appliquer la méthode de règlement des différends qu'elles ont choisie. Cela leur permet d'adapter ces règles à leurs impératifs et vœux particuliers. Elles peuvent le faire soit en établissant leurs propres règles de procédure, soit, comme le précise l'alinéa *d* de l'article 2, en se référant à des règlements standard d'arbitrage institutionnel (supervisé ou organisé) ou d'arbitrage strictement *ad hoc*. Ainsi les parties peuvent tirer pleinement profit des services qu'offrent les institutions permanentes d'arbitrage, ou des pratiques arbitrales établies des organismes commerciaux. Elles peuvent choisir des procédures qui leur sont familières et même opter pour une procédure propre à un ordre juridique donné. Toutefois, si elles se réfèrent à une loi donnée de procédure civile, notamment en matière de preuves, cette loi sera applicable en vertu de leur choix et non en vertu de sa qualité de loi du droit interne.

3. La liberté des parties n'est subordonnée qu'aux dispositions de la Loi type, du moins celles qui sont impératives. La plus importante de ces dispositions, auxquelles les parties ne peuvent déroger, est celle qui figure au paragraphe 3. Les autres dispositions relatives à la procédure ou au prononcé de la sentence figurent aux articles 23 1), 24 2) à 4), 27, 30 2), 31 1), 3) et 4), 32 et 33 1), 2), 4) et 5).

Pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral en matière de procédure, paragraphe 2

4. Lorsque les parties ne sont pas convenues, avant ou pendant la procédure arbitrale⁶³, de la procédure (du moins pas en ce qui concerne le point litigieux en cause), le tribunal arbitral est habilité à mener l'arbitrage de la manière qu'il juge appropriée, sous réserve des dispositions de la Loi type qui énoncent souvent des conditions particulières pour les pouvoirs discrétionnaires [par exemple articles 23 2), 24 1) et 2) et 25] et parfois limitent ces pouvoirs en vue de garantir l'équité [par exemple art. 19 3), 24 3) et 4) et 26 2)]. Comme l'énonce le paragraphe 2, ce pouvoir comprend le droit de statuer sur la recevabilité, la pertinence et l'importance de toute preuve produite⁶⁴. Ce droit comprend, à son tour, le droit du tribunal arbitral d'adopter ses propres règles de la preuve, bien que cela ne figure plus dans le texte.

5. Sauf dans les cas où les parties ont arrêté des règles de procédure détaillées et strictes, y compris en ce qui

⁶³Comme l'a noté le Groupe de travail, la liberté des parties de convenir de la procédure en vertu du paragraphe 1 joue pendant toute la durée de la procédure arbitrale et n'est pas limitée, par exemple, à la période précédant la nomination du premier arbitre (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 63). Il est suggéré, cependant, que les parties elles-mêmes puissent dans leur convention initiale limiter leur liberté de cette manière si elles souhaitent que leurs arbitres sachent dès le départ en vertu de quelles règles de procédure ils sont censés agir.

⁶⁴La question de savoir à qui incombe la charge de la preuve n'est pas régie dans l'article 16 (ou dans toute autre disposition de la Loi type) comme elle l'est, par exemple, au paragraphe 1 de l'article 24 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dont le texte est le suivant : "Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse".

concerne la preuve, les pouvoirs discrétionnaires du tribunal arbitral sont considérables, compte tenu que la Loi type et ses quelques dispositions les limitant en matière de procédure définissent un cadre d'action libéral. Le tribunal arbitral peut ainsi faire face aux exigences propres à chaque affaire et choisir la procédure la plus appropriée lorsqu'il organise l'arbitrage, lorsqu'il tient des audiences individuelles et d'autres réunions et lorsqu'il détermine les règles importantes à suivre en matière d'obtention et d'évaluation des preuves.

6. Dans la pratique, les arbitres pourraient adopter les modes de procédure auxquels les parties (et les arbitres) sont habituées, ou du moins qui leur conviennent. Ainsi, lorsque les deux parties appartiennent au même système de *common law*, le tribunal arbitral peut davantage s'appuyer sur des déclarations sous serment et ordonner plus facilement la signification des défenses avant audience que dans une affaire où les parties viennent d'un système de tradition romaine et où, pour citer un autre exemple, la procédure serait de caractère plus inquisitoire qu'accusatoire. Plus important encore, lorsque les parties appartiennent à des systèmes juridiques différents, le tribunal arbitral peut utiliser une procédure libérale "mixte", en empruntant à chaque système juridique des procédures adaptées, en s'appuyant sur des techniques éprouvées par la pratique internationale et, par exemple, en laissant les parties faire valoir leurs droits de la manière qu'elles estiment la plus efficace. Le pouvoir discrétionnaire en matière de procédure dans tous les cas mentionnés ci-dessus semble pouvoir faciliter l'arbitrage commercial international, alors que l'obligation d'appliquer la "loi du pays" où se déroule l'arbitrage présenterait un inconvénient certain pour toute partie qui ne serait pas habituée à ce système particulier en matière de procédure et de preuve.

Impératifs fondamentaux d'équité, paragraphe 3

7. Le paragraphe 3 adopte le principe fondamental de l'équité en exigeant que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et que chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits. Comme l'expriment les mots "dans les deux cas", ces exigences fondamentales doivent être respectées, non seulement par le tribunal arbitral lorsqu'il use des pouvoirs discrétionnaires que lui confère le paragraphe 2, mais également par les parties lorsqu'elles usent de la liberté que leur donne le paragraphe 1 de convenir des règles de procédure. Il est suggéré que ces principes, compte tenu de leur caractère fondamental, soient appliqués dans toutes les procédures, y compris, par exemple, les procédures visées aux articles 13 et 14.

8. Les principes, que le paragraphe 3 énonce d'une manière générale, sont appliqués et formulés d'une manière plus concrète par des dispositions telles que les articles 24 3) et 4) et 26 2)⁶⁵. D'autres dispositions, tels les articles 16 2), 23 2) et 25 c, présentent certains

⁶⁵Autre exemple, l'article 24 2), bien que l'on puisse douter que, dans sa formulation actuelle, cette disposition soit pleinement conforme à l'exigence selon laquelle chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits (voir le commentaire de l'article 24, par. 4).

raffinements ou certaines restrictions dans le cadre de procédures données, de manière à garantir un arbitrage efficace et rapide. Ces dispositions, qui, comme toutes les autres dispositions de la Loi type, sont conformes au principe énoncé à l'article 19 3), affirment clairement que l'expression "toute possibilité de faire valoir ses droits" n'autorise pas une partie à faire obstruction à la procédure par des manœuvres dilatoires et, par exemple, à présenter des objections, rectifications ou preuves alors même que le prononcé de la sentence est imminent.

9. Il va de soi que le tribunal arbitral doit s'inspirer de ce principe, et même s'y tenir strictement, lorsqu'il détermine la manière appropriée de mener la procédure, par exemple lorsqu'il fixe des délais pour la présentation des conclusions ou des preuves ou lorsqu'il fixe les modalités des audiences. Il ne peut pas, par exemple, exiger d'une partie plus qu'on ne peut raisonnablement en attendre compte tenu des circonstances. En ce qui concerne l'observation du Groupe de travail notée dans le commentaire de l'article 12 (par. 5), on peut douter qu'une partie ait bien toute possibilité de faire valoir ses droits lorsque, alors même qu'elle est en mesure de déposer intégralement sa réclamation et les éléments qui l'étayent, le comportement d'un arbitre révèle clairement son manque de compétence ou de toute autre qualification requise de lui par convention des parties.

* * *

Article 20. *Lieu de l'arbitrage*

1) Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral.

2) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

Références

- A/CN.9/216, par. 53 à 55
- A/CN.9/232, par. 99 et 100, 112 et 113
- A/CN.9/245, par. 76 à 79
- A/CN.9/246 et Corr. 1, par. 64 et 65

Commentaire

Détermination du lieu de l'arbitrage, paragraphe 1

1. Le paragraphe 1 accorde aux parties la liberté de décider du lieu de l'arbitrage. Les parties peuvent soit déterminer elles-mêmes ce lieu, soit, ainsi qu'il ressort clairement de l'article 2 c, autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question. Faute d'une telle convention, le lieu de l'arbitrage est déterminé par le tribunal arbitral.

2. Le lieu de l'arbitrage est triplement important sur le plan juridique. Premièrement, c'est l'un des divers

facteurs susceptibles d'affirmer le caractère international de l'arbitrage, sous réserve qu'il soit stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention (article premier, par. 2 b i). Deuxièmement, c'est un des déterminants de l'applicabilité "territoriale" de la Loi type, soit en tant que critère exclusif, si la Commission adoptait l'avis qui a prévalu dans le Groupe de travail, soit en tant que déterminant subsidiaire, si la Loi type autorisait, dans sa forme définitive, les parties à choisir une législation en matière de procédure autre que celle de l'Etat où a lieu l'arbitrage⁶⁶. Troisièmement, le lieu de l'arbitrage est, en vertu de l'article 31 3), le lieu où est rendue la sentence et il est en tant que tel pertinent dans le contexte de la procédure de reconnaissance ou d'exécution, en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer, aux fins de l'article 36 1) a v, "[le] pays dans lequel . . . elle a été rendue".

Réunion dans un lieu autre que le lieu de l'arbitrage, paragraphe 2

3. La signification pratique que revêt le lieu de l'arbitrage, en particulier lorsqu'il est déterminé par les parties elles-mêmes, est que, en principe, la procédure arbitrale, y compris toute audience ou autre réunion, doit normalement s'y tenir. Toutefois, il peut être nécessaire de se réunir dans d'autres endroits, non seulement lorsqu'un changement de lieu est nécessaire (par exemple, aux fins d'inspection des locaux). Ainsi, lorsque des témoins doivent être entendus ou lorsque les arbitres se réunissent pour consultation, un autre lieu de réunion peut être plus pratique pour les participants et plus économiquement pour l'arbitrage. Il est par ailleurs possible d'équilibrer les dépenses propres des parties en organisant certaines des réunions à l'endroit où se trouve une partie et d'autres réunions à l'endroit où se trouve l'autre partie.

4. Pour toutes ces raisons, le paragraphe 2 autorise le tribunal arbitral, sauf convention contraire des parties, à se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou (seulement) des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

* * *

Article 21. Début de la procédure arbitrale

Sauf convention contraire des parties, la procédure arbitrale concernant un différend déterminé est engagée à la date à laquelle la demande de soumission de ce différend à l'arbitrage est reçue par le défendeur.

Références

- A/CN.9/233, par. 21 à 23
A/CN.9/245, par. 24 à 27
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 66 et 67

⁶⁶Voir les remarques sur le champ d'application territorial de la Loi type dans le commentaire de l'article premier, par. 4 à 6.

Commentaire

1. L'article 21 contient une règle qui permet de déterminer à quel moment commence la procédure arbitrale concernant un différend donné. Le choix de ce moment est important, non seulement compte tenu des objectifs de la Loi type, mais aussi en ce qui concerne les effets juridiques régis par d'autres lois, par exemple en cas de suspension ou d'interruption de tout délai de prescription.

2. Le moment pertinent est la date à laquelle la demande de soumission de ce différend à l'arbitrage est reçue par le défendeur⁶⁷. Cette demande, qu'elle soit effectivement appelée "demande", "notification" ou "requête", doit exposer le différend en cause et indiquer clairement qu'il est recouru à l'arbitrage et non pas, par exemple, mentionner seulement l'intention d'engager ultérieurement une procédure arbitrale.

3. Comme l'énonce le texte, les parties peuvent déroger à cette disposition et choisir un autre moment. Elles peuvent, comme cela arrive parfois dans l'arbitrage institutionnel, convenir, par référence aux règles institutionnelles, que le moment pertinent est le moment auquel la demande d'arbitrage est reçue par l'institution arbitrale.

* * *

Article 22. Langue

1) Les parties sont libres de convenir de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale. Faute d'un tel accord, le tribunal arbitral décide de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure. Cet accord ou cette décision, à moins qu'il n'en soit convenu ou décidé autrement, s'appliquent à toute déclaration écrite d'une partie, à toute procédure orale et à toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral.

2) Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces soient accompagnées d'une traduction dans la langue ou les langues convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral.

Références

- A/CN.9/233, par. 27 à 30
A/CN.9/245, par. 34 à 36
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 68 à 70

Commentaire

1. L'article 22 traite d'une question qui, bien que rarement traitée dans les textes de droit interne relatifs à l'arbitrage, revêt une importance pratique considérable dans l'arbitrage commercial international, à savoir la détermination de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale. Il ressort clairement de

⁶⁷Pour savoir en quoi consiste la "réception" et à quel moment une communication est reçue ou réputée être arrivée à destination, voir l'alinéa e de l'article 2.

cette disposition, mais en a-t-on jamais douté, que la procédure arbitrale n'est pas soumise à la moindre exigence linguistique locale, par exemple, l'obligation d'utiliser la ou les langues "officielles" des procédures judiciaires du lieu de l'arbitrage.

2. Le paragraphe 2 stipule qu'il incombe tout d'abord aux parties de convenir de la langue ou des langues de la procédure arbitrale. L'autonomie des parties est ici particulièrement importante, car ce choix influe sur leur position dans la procédure et sur la rapidité et le coût de l'arbitrage. Elles sont mieux à même de juger, par exemple, si une langue unique suffit et est acceptable ou, si plusieurs langues sont nécessaires, lesquelles devront être retenues. L'accord entre les parties aurait l'avantage d'écartier toute ambiguïté sur ce point dès le commencement de la procédure. Cela permettrait également de choisir des arbitres remplissant les conditions requises et épargnerait à ceux-ci, au moment de leur désignation, d'avoir à prendre une décision de procédure qui, dans la pratique, se révèle souvent être assez délicate.

3. Lorsque les parties n'ont pas réglé la question de la langue, le tribunal arbitral en décide conformément au paragraphe 1. Ce faisant, il tient compte des facteurs mentionnés ci-dessus et des connaissances linguistiques des arbitres eux-mêmes. Mais surtout, le tribunal arbitral doit respecter les principes fondamentaux énoncés au paragraphe 3 de l'article 19.

4. Toutefois, il est suggéré que ces principes ne soient pas interprétés comme signifiant nécessairement que la langue de chaque partie doit être choisie comme étant la langue "à utiliser dans la procédure arbitrale". Ainsi, lorsque les parties n'ont utilisé qu'une seule langue dans leurs négociations, en particulier dans leur contrat et leur correspondance, la décision du tribunal arbitral de conduire la procédure dans ladite langue ne serait pas en soi contraire au principe de l'égalité de traitement des parties et ne priverait pas la partie dont la langue n'a pas été adoptée d'avoir toute possibilité de faire valoir ses droits. Ladite partie pourrait, de fait, utiliser sa langue dans toute audience ou autre réunion mais elle devrait prendre des dispositions, ou du moins payer, pour l'interprétation dans la langue de la procédure. Comme le montre cet exemple, le choix de la langue ou des langues à utiliser est une décision influant sur le coût de la procédure. Si l'on prend l'exemple inverse, c'est-à-dire dans une procédure utilisant deux langues, toute dépense d'interprétation ou de traduction d'une langue dans l'autre viendrait s'ajouter aux frais totaux de l'arbitrage et, en tant que telle, serait à la charge de la partie ayant succombé (voir, par exemple, le paragraphe 1 de l'article 40 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

5. L'article 22 définit la portée du choix d'une langue ou de plusieurs langues en énumérant ce qui doit être dans la langue retenue, à savoir toute déclaration écrite des parties, toute procédure orale et toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral. Toutefois, les parties ou les arbitres peuvent modifier le champ d'utilisation de la langue retenue. En ce qui

concerne les pièces, le paragraphe 2 laisse au tribunal arbitral le soin de décider dans quelle mesure la traduction dans la langue de la procédure est nécessaire. Ce pouvoir discrétionnaire est justifié compte tenu que ces documents peuvent être volumineux et ne se rapporter que partiellement au différend.

* * *

Article 23. *Conclusions en demande et en défense*

1) Dans le délai convenu par les parties ou fixé par le tribunal arbitral, le demandeur énonce les faits motivant sa demande, les points litigieux et l'objet de la demande et le défendeur énonce ses défenses à propos de ces questions. Les parties peuvent joindre à leurs conclusions toutes pièces qu'elles jugeront pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'elles produiront.

2) Sauf convention contraire des parties, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses, au cours de la procédure arbitrale, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait à l'autre partie ou de toute autre circonstance.

Références

A/CN.9/233, par. 24 à 26

A/CN.9/245, par. 29 et 30, 33

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 71 à 73

Commentaire

Principaux points devant figurer dans les conclusions en demande ou en défense, paragraphe 1

1. Le paragraphe 1 traite de la préparation de l'affaire sous forme écrite. La première phrase énonce les éléments des débats initiaux qui sont requis dans le but de définir le différend sur lequel le tribunal arbitral doit se prononcer. Il appartient ensuite au tribunal arbitral d'exiger de nouvelles conclusions ou explications conformément à l'autorité qui lui est conférée par le paragraphe 2 de l'article 19. Les points qui doivent figurer dans la requête initiale et dans la réponse du défendeur peuvent être considérés comme étant si fondamentaux et si indispensables qu'ils ne peuvent qu'être acceptables dans tous les systèmes et règlements d'arbitrage établis. C'est pour cette raison que cette disposition n'entre pas dans des détails tels que le destinataire des déclarations⁶⁸.

2. Néanmoins, il est proposé que cette disposition soit non impérative, du moins en ce qui concerne ses détails. Par exemple, les règlements d'arbitrage peuvent définir les éléments essentiels des conclusions sous une forme légèrement différente ou peuvent exiger leur inclusion

⁶⁸Le paragraphe 4 de l'article 24 est là pour garantir que toute conclusion soumise au tribunal arbitral par une partie sera communiquée à l'autre partie.

dans la demande initiale d'arbitrage, auquel cas la mention d'un délai faite au paragraphe 1 deviendrait inutile.

3. La deuxième phrase du paragraphe 1 laisse à chaque partie, compte tenu de sa stratégie de procédure, le choix de présenter ou non tous les documents pertinents, ou du moins de faire état de ces pièces ou autres preuves à ce stade. Ces documents ou listes de preuves ne font pas, par conséquent, partie des éléments essentiels devant figurer dans les débats initiaux, mais les parties ne sont pas totalement libres de choisir le moment auquel il convient de révéler ou de présenter les documents ou autres moyens de preuve sur lesquels elles comptent s'appuyer. Sauf disposition expresse de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral peut, en vertu des pouvoirs discrétionnaires généraux que lui confère le paragraphe 2 de l'article 19, exiger d'une partie qu'elle présente un résumé des documents et autres éléments de preuves que ladite partie a l'intention de présenter à l'appui de sa demande ou de ses défenses et, ainsi qu'il ressort clairement de l'alinéa c de l'article 25, exiger d'une partie qu'elle produise des documents, pièces ou autres éléments de preuve dans un délai donné.

Modification ou complément apporté à la demande ou aux défenses, paragraphe 2

4. Le paragraphe 2 laisse au tribunal arbitral le soin de déterminer, sur la base d'un certain nombre de critères, si une partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses. L'un des principaux critères serait la durée et le motif du délai demandé pour effectuer la modification (ou apporter un complément⁶⁹). Autre critère, le préjudice causé à l'autre partie, c'est-à-dire le préjudice en matière de procédure (telle l'interruption du cours normal de la procédure et les retards indus apportés au règlement définitif du différend tel qu'il a été exposé dans les débats initiaux). Toutefois, étant donné qu'il peut exister d'autres raisons rendant impossible une modification tardive, le tribunal arbitral peut, conformément au paragraphe 2, prendre en considération "toute autre circonstance".

5. Cependant, il y a un point important à propos duquel le tribunal arbitral ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire : la modification ou le complément ne doit pas excéder le champ d'application de la convention d'arbitrage. Cette restriction, bien que non expresse, semble aller de soi compte tenu que la compétence du tribunal arbitral est fondée sur cette convention et s'inscrit dans les limites qu'elle définit.

6. Le paragraphe 2, comme cela y est indiqué, n'est pas impératif. Aussi les parties peuvent-elles y déroger et stipuler, par exemple, que les modifications sont interdites de manière générale ou qu'elles sont autorisées de plein droit ou encore qu'elles sont soumises à des limites précises.

⁶⁹Pour le groupe de rédaction, le mot "modification" devait englober le mot "complément".

Application par analogie à la demande reconventionnelle et à la compensation

7. Comme on l'a noté plus haut⁷⁰, la Loi type ne fait plus expressément référence à la demande reconventionnelle, mais toute disposition se référant à la demande s'appliquerait, *mutatis mutandis*, à la demande reconventionnelle. Aussi le paragraphe 1 stipule-t-il, par analogie, que le défendeur énonce les faits appuyant sa demande reconventionnelle, les points litigieux et la réparation ou le recours recherché, et qu'il est libre d'annexer tous les documents qu'il juge pertinent, ou d'ajouter une référence aux documents ou autres éléments de preuve qu'il présentera à l'appui de sa demande reconventionnelle. Il est proposé que ceci s'applique également à une demande présentée par le défendeur aux fins de compensation.

8. En ce qui concerne le paragraphe 2, l'analogie est double. Dans le premier cas, il s'agit d'une véritable analogie avec la demande, c'est-à-dire que le défendeur peut modifier ou compléter sa demande reconventionnelle, sauf si le tribunal arbitral juge inapproprié d'autoriser ladite modification pour l'une quelconque des raisons énumérées au paragraphe 2. Dans le deuxième cas, plus fondamental, il s'agit de savoir si le défendeur est autorisé à "modifier ou compléter" ses défenses en introduisant à un stade ultérieur une demande reconventionnelle ou une demande de compensation. On notera que dans les deux cas la restriction susmentionnée du champ d'application de la convention d'arbitrage s'applique.

* * *

Article 24. *Procédure orale et procédure écrite*

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure se déroulera sur pièces ou si elle doit comporter des phases orales.

2) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, si une partie en fait la demande, le tribunal arbitral organise, au stade approprié de la procédure arbitrale, une procédure orale pour la production de preuves par témoins, y compris des experts, ou pour l'exposé oral des arguments.

3) Les parties recevront, suffisamment longtemps à l'avance notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins d'examen.

4) Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie. Tout rapport d'expert ou autre document sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être communiqué aux parties.

Références

A/CN.9/216, par. 57

A/CN.9/232, par. 107 à 111, 113

A/CN.9/245, par. 80 à 83

A/CN.9/246 et Corr. 1, par. 74 à 80

⁷⁰Commentaire de l'article 16, par. 5, et note 54.

Commentaire

Procédures avec ou sans phase orale, paragraphes 1 et 2

1. Les paragraphes 1 et 2 traitent d'une importante question de procédure : doit-il y avoir une phase orale ou non et, d'une manière moins fréquente, la procédure arbitrale doit-elle être conduite exclusivement sur la base de documents et d'autres pièces (c'est-à-dire en tant que "procédure écrite") ? Conformément au paragraphe 1, le tribunal arbitral décide de cette question⁷¹ sous réserve d'une convention contraire des parties et sous réserve du paragraphe 2, lequel devrait, par conséquent, être commenté en même temps que le paragraphe 1. Afin de permettre une meilleure compréhension de l'interaction de ces deux paragraphes, on peut utilement distinguer entre trois situations.

2. La première situation est celle dans laquelle les parties sont convenues qu'un exposé ou une procédure oraux seront possibles pour la présentation des preuves, soit à la demande de l'une ou l'autre des parties, soit même en l'absence d'une telle demande. Dans ce cas, probablement peu fréquent, le tribunal arbitral aurait à se soumettre à cette convention, bien que l'on puisse conclure d'une interprétation littérale de la formule "nonobstant les dispositions du paragraphe 1" que, même dans un tel cas, le tribunal arbitral serait libre de donner suite ou non à toute demande d'une partie à cet effet.

3. La deuxième situation est celle dans laquelle les parties sont convenues d'une procédure écrite. Dans un tel cas, probablement encore moins fréquent que le premier, le tribunal arbitral aurait à se soumettre au vœu des parties (par. 1). Cependant, si une partie demandait ultérieurement une phase orale, le paragraphe 2 habiliterait le tribunal arbitral à ne pas tenir compte de la convention initiale des parties et, usant de son pouvoir discrétionnaire, à tenir une audience au moment opportun de la procédure⁷². Le raisonnement qui sous-tend ce choix est que le droit d'une partie d'exiger une audience est d'une telle importance, comme le souligne le paragraphe 3 de l'article 19, que les parties ne devraient pas être autorisées à l'exclure par convention, même si, en revanche, il est souhaitable de prévoir un certain contrôle du tribunal arbitral de manière à éviter tout abus de ce droit à des fins dilatoires ou d'obstruction.

4. La troisième situation est celle dans laquelle les parties n'ont rien stipulé en ce qui concerne le mode de procédure. Dans un tel cas, apparemment le plus courant des trois cas envisagés, le tribunal arbitral serait libre, en vertu du paragraphe 1, de décider d'organiser ou non une

phase orale. Conformément au paragraphe 2, il conserverait ce droit même si une partie demandait la tenue d'une audience. Il est suggéré que cette dernière règle, qui semble résulter d'une négligence dans l'élaboration du texte⁷³, soit réexaminée, car on peut estimer qu'il y a une discordance avec le paragraphe 3 de l'article 19. D'après le texte tel qu'il se présente actuellement, une partie n'aurait le droit fondamental de faire valoir ses droits ou de présenter ses preuves dans une procédure orale, sans que le tribunal arbitral ait le pouvoir d'intervenir, que si cela était stipulé dans l'accord entre les parties, ce qui, comme on l'a indiqué ci-dessus, est rarement le cas et ne devrait pas être rendu nécessaire par la Loi type.

5. En ce qui concerne le détail du paragraphe 2, on notera que la formule "une procédure orale pour la production de preuves ... ou pour l'exposé oral des arguments" a été adoptée sous cette forme très générale de manière intentionnelle. La formule "production de preuves" est destinée à couvrir tous les types possibles de preuves reconnus dans les divers systèmes juridiques et potentiellement recevables conformément aux paragraphes 1 ou 2 de l'article 19, par exemple, témoignage, avis d'expert, contre-interrogatoire des témoins, témoignage et contre-interrogatoire d'une partie⁷⁴. La formule "exposé oral des arguments" est destinée à couvrir les arguments portant non seulement sur le fond du différend, mais également sur des questions de procédure⁷⁵.

Notification faite suffisamment longtemps à l'avance, paragraphe 3

6. Le paragraphe 3 assure, sur un certain point, le respect des principes du paragraphe 3 de l'article 19 en stipulant que les parties recevront, suffisamment longtemps à l'avance, notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins d'examen des marchandises, autres biens ou documents. L'obligation de notifier est fondamentale dans la mesure où elle permet aux parties de participer pleinement à la procédure et de préparer et de présenter leur affaire. Elle est également fondamentale dans la mesure où elle constitue un préalable, fondé sur le principe de l'équité, à la poursuite de la procédure en cas de défaut d'une des parties, cas prévu à l'alinéa c de l'article 25.

7. Cette disposition se contentant de faire d'un principe une obligation fondamentale, elle ne traite pas des détails, par exemple à qui incombe-t-il de notifier les parties (au tribunal arbitral, à l'arbitre-président, au secrétaire du tribunal ou à l'institution arbitrale) ? Elle ne fixe pas non plus de délai, eu égard à la grande diversité des cas pouvant se présenter. Aussi, si un délai est convenu par les parties, notamment par référence à un règlement d'arbitrage, une telle convention (confor-

⁷¹Sur le plan pratique, le mot "décision" ne signifie pas que le tribunal arbitral aurait à rendre une "ordonnance" sur cette question durant les premiers stades de l'arbitrage, ordonnance qui s'imposerait pour toute la procédure. On entend plutôt un pouvoir discrétionnaire permanent de déterminer, compte tenu de l'évolution de l'affaire, si une phase orale est nécessaire ou du moins souhaitable.

⁷²Dans le texte anglais figurant en annexe au document A/CN.9/246 et Corr.1, on trouve la formule "any appropriate stage" (tout stade approprié). Toutefois, ainsi qu'il ressort clairement du paragraphe 75 de ce rapport, il s'agit d'une faute typographique. La formule correcte est la suivante : "an appropriate stage" (au stade approprié).

⁷³Il ressort du rapport de la septième session du Groupe de travail (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 77 et 78) que la discussion a surtout traité la deuxième situation et que l'avis qui a prévalu en l'occurrence, à savoir qu'il était souhaitable que le tribunal arbitral dispose d'un certain pouvoir de contrôle, a été étendu par inadvertance à la troisième situation.

⁷⁴En ce qui concerne l'audition et l'interrogatoire d'un expert nommé par le tribunal arbitral, voir le paragraphe 2 de l'article 6.

⁷⁵A/CN.9/245, par. 81.

mément au paragraphe 1 de l'article 19) risque de ne pas être applicable, car elle ne prévoit pas une notification effectuée "suffisamment" longtemps à l'avance.

Communication des pièces, paragraphe 4

8. Le paragraphe 4 applique lui-aussi d'une certaine manière les principes énoncés au paragraphe 3 de l'article 19 en stipulant que chaque partie recevra copie de toute communication faite par l'autre partie au tribunal arbitral, ainsi que de tout rapport d'expert ou autre document sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer. Il est suggéré que l'expression "autre document" désigne toute pièce de nature similaire, c'est-à-dire ayant caractère de moyen de preuve (par exemple un bulletin météorologique ou une cote des changes pour un jour donné).

9. Le paragraphe 4 s'appuie sur un principe fondamental selon lequel les deux parties doivent avoir pleinement accès à l'information, sur un pied d'égalité. Il n'entre pas dans les détails, par exemple en précisant à qui il incombe de communiquer toute déclaration, rapport, document ou autres renseignements à la partie qui doit en être informée. Il nous semble, cependant que, dans les cas couverts par la première phrase du paragraphe 4, le tribunal arbitral (ou l'institution qui organise l'arbitrage) a le devoir soit de veiller à ce qu'une partie donne copie des pièces à l'autre partie, soit de communiquer lui-même l'exposé ou le document d'une partie à l'autre partie.

* * *

Article 25. Défaut d'une partie

Sauf convention contraire des parties, si, sans invoquer d'empêchement légitime,

a) Le demandeur ne présente pas sa demande conformément à l'article 23 1), il est mis fin à la procédure arbitrale;

b) Le défendeur ne présente pas ses défenses conformément à l'article 23 1), le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans considérer ce défaut comme une acceptation des allégations du demandeur;

c) L'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

Références

A/CN.9/216, par. 71

A/CN.9/232, par. 124 à 131

A/CN.9/245, par. 86

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 81 à 84

Commentaire

1. L'article 25 traite des cas où une partie, en particulier le défendeur, ne joue pas son rôle dans la procédure en dépit de l'engagement qu'elle avait pris de se soumettre à l'arbitrage. Cette disposition, qui est non

impérative, énonce les conséquences de ce défaut et garantit par conséquent l'application de la convention conclue par les parties.

2. L'article 25 contribuerait particulièrement à l'harmonisation souhaitée des textes du droit interne relatif à l'arbitrage compte tenu que certains droits étatiques ne reconnaissent pas les sentences par défaut. Il va de soi que ces Etats ne seraient pas les seuls à ne pas reconnaître une telle sentence s'ils n'étaient pas convaincus que les conditions fondamentales d'équité ont été respectées. Aussi la Loi type prévoit-elle, pour garantir la bonne marche de la procédure, que la partie défaillante doit avoir été convoquée ou notifiée suffisamment longtemps à l'avance et qu'elle a fait défaut sans justification suffisante.

3. Ces garanties de procédure revêtent une importance particulière dans les cas traités aux alinéas *b* et *c* de l'article 25, lorsque le tribunal arbitral est habilité à poursuivre la procédure et à prononcer sa sentence. Cependant, par souci d'exhaustivité, l'article 25 couvre aussi le cas où une partie engagerait la procédure arbitrale, mais ne présenterait pas sa demande (alinéa *a* de l'article 25); dans un tel cas, il serait mis fin à la procédure arbitrale.

4. Quant à la non-présentation par le défendeur de ses défenses, l'alinéa *b* de l'article 25 garantit que l'arbitrage ne sera pas entravé par une telle défaillance. Il stipule que le tribunal arbitral poursuit la procédure "sans considérer ce défaut comme une acceptation des allégations du demandeur". Cette règle relative à l'évaluation du défaut du défendeur semble utile, car, dans de nombreux textes du droit interne relatifs à la procédure civile, le défaut du défendeur pendant la procédure est considéré comme une acceptation des allégations du demandeur. Cependant, ceci ne signifie pas que le tribunal arbitral n'aurait pas le pouvoir de décider de la manière appropriée d'évaluer ce défaut et serait tenu de le considérer comme un refus total de la demande et de tous les éléments sur lesquels elle s'appuie.

5. En ce qui concerne la non-comparution à une audience ou la non-production de documents, l'alinéa *c* de l'article 25 autorise le tribunal arbitral à poursuivre la procédure et à statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose. Dans la pratique, cela inclut le droit de ne pas recevoir ou de rejeter toute preuve littérale présentée par la partie défaillante après le délai octroyé pour la présentation de telles preuves. En outre, le tribunal arbitral est en droit de tirer des conclusions de la non-production par une partie de tout élément de preuve requis. Bien que la disposition ne l'énonce pas de manière expresse, pour la "non-comparution à l'audience", on part du principe que la partie en cause a été notifiée suffisamment longtemps à l'avance (par. 3 de l'article 24), et pour "la non-production de documents", on s'appuie sur l'hypothèse que la partie en question a été priée de le faire dans un délai donné raisonnable, conformément aux principes fondamentaux énoncés au paragraphe 3 de l'article 19.

* * *

Article 26. *Expert nommé par le tribunal arbitral*

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral

a) Peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur les points précis qu'il déterminera;

b) Peut demander à une partie de fournir à l'expert tous renseignements appropriés ou de lui soumettre ou de lui rendre accessibles, aux fins d'examen, toutes pièces ou toutes marchandises ou autres biens pertinents.

2) Sauf convention contraire des parties, si une partie en fait la demande ou si le tribunal arbitral le juge nécessaire, l'expert, après présentation de son rapport écrit ou oral, participe à une audience à laquelle les parties peuvent l'interroger et faire venir en qualité de témoins des experts qui déposent sur les questions litigieuses.

Références

A/CN.9/216, par. 63 et 64

A/CN.9/232, par. 105, 114 à 118

A/CN.9/245, par. 80 et 81, 84 et 85

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 85 à 89

Commentaire

1. L'article 26 traite des experts nommés par le tribunal arbitral; il ne traite pas des experts qui peuvent témoigner à la demande de l'une ou l'autre des parties. Le paragraphe 1 donne au tribunal arbitral le droit implicite, c'est-à-dire sans autorisation expresse des parties, de nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur des points précis, et d'ordonner à une partie de coopérer comme il convient avec ledit expert.

2. Cette disposition étant non impérative, les parties peuvent refuser ce droit au tribunal arbitral. Cela signifierait que le tribunal arbitral aurait à trancher le différend sans avoir pu obtenir l'expertise nécessaire, dont il est lui-même démuné. Même si les candidats à l'arbitrage risquent d'être peu nombreux dans de telles conditions, la solution retenue par le paragraphe 1 a été adoptée en raison de l'importance suprême qu'a l'autonomie des parties (et des considérations pratiques qui lui sont sous-jacentes, à savoir que les parties sont mieux à même de juger par quels moyens leur différend doit être réglé, qu'elles devront rémunérer tout expert désigné et qu'elles sont suffisamment sages pour ne pas placer leurs arbitres dans un dilemme du type décrit ci-dessus). C'est également pour cette raison que les parties peuvent écarter ce droit à tout moment au cours de la procédure et non pas seulement, ainsi que le suggérerait le précédent projet, avant la nomination du premier arbitre⁷⁶.

3. L'article 26, comme la plupart des dispositions de la Loi type concernant la conduite de la procédure

arbitrale, constitue une déclaration de principe n'entrant pas dans le détail, à la différence des règlements d'arbitrage. Le paragraphe 2 n'échappe pas à cette règle car il garantit un droit de procédure fondamentale, qui est une autre application pratique des principes énoncés au paragraphe 3 de l'article 19. Les parties ont la possibilité d'interroger l'expert, après qu'il a remis son rapport écrit ou fait son exposé oral, et de demander à des experts de témoigner sur les points litigieux. Cette possibilité peut s'exercer lors d'une audience que le tribunal arbitral doit organiser si l'une ou l'autre des parties en fait la demande, ou qu'il peut organiser de son propre chef s'il le juge nécessaire.

* * *

Article 27. *Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves*

1) Dans une procédure arbitrale menée dans le présent Etat ou en vertu de la présente Loi, le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent Etat une assistance pour l'obtention de preuves. La demande précise :

a) Les noms et adresses des parties et des arbitres;

b) La nature générale de l'action et l'objet de la demande;

c) Les preuves à obtenir, en particulier

i) Le nom et l'adresse de toute personne devant être entendue comme témoin ou comme expert en précisant l'objet du témoignage demandé;

ii) Des renseignements complets sur tout document à produire ou tout bien à inspecter.

2) Le tribunal peut, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves, satisfaire à cette demande soit en recueillant lui-même les preuves, soit en ordonnant que les preuves soient fournies directement au tribunal arbitral.

Références

A/CN.9/216, par. 61 et 62

A/CN.9/233, par. 31 à 37

A/CN.9/245, par. 37 à 46

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 90 à 101

*Commentaire**Objet de cette disposition*

1. L'article 27 demande aux tribunaux de prêter leur concours pour l'obtention de preuves, en particulier en rendant obligatoire la comparution d'un témoin, la production d'un document ou l'accès à un bien pour inspection. Cette assistance, bien que rarement demandée dans la pratique et parfois uniquement à des fins dilatoires, est jugée utile compte tenu que le tribunal

⁷⁶A/CN.9/246 et Corr.1, par. 87.

arbitral, conformément à la Loi type et à la plupart des lois en vigueur, n'a pas de pouvoir coercitif⁷⁷.

2. L'article 27 a une portée qui s'étend au-delà de la procédure arbitrale dans la mesure où il ne se contente pas de régir la recevabilité ou le fonctionnement d'une demande d'assistance des tribunaux. En fait, il ajoute à cette demande l'idée que le droit national, dans certaines circonstances, prévoit l'assistance des tribunaux. L'article 27 est conçu pour modifier, par exemple, une loi nationale prévoyant une assistance judiciaire accordée à d'autres tribunaux mais pas aux tribunaux arbitraux, sans toutefois entrer en conflit avec les dispositions de la loi de procédure civile relatives à l'obtention des preuves et à l'organisation du système judiciaire et notamment aux problèmes de compétence.

Champ d'application territorial de cette disposition

3. L'assistance par les tribunaux de l'Etat adoptant la Loi type est prévue pour toute procédure arbitrale "menée dans le présent Etat ou en vertu de la présente Loi" (par. 1). On peut imaginer que ce double critère serait retenu si la Commission décidait d'entériner l'autonomie des parties par rapport à la loi de procédure applicable⁷⁸. Le critère "dans le présent Etat" s'étendrait alors à la procédure arbitrale tenue conformément à une loi autre que la Loi type, et le critère "en vertu de la présente Loi" s'appliquerait aux arbitrages menés ailleurs en application de la loi du "présent Etat". On estime, cependant, qu'il serait plus approprié de n'utiliser que le critère général que la Commission souhaitera peut-être adopter pour l'applicabilité de la Loi type, auquel cas il ne serait peut-être pas nécessaire de préciser le champ d'application territorial à l'article 27.

4. Ce point de détail est moins important toutefois que l'observation selon laquelle l'article 27 est fondamentalement limité aux arbitrages menés dans "le présent Etat"; contrairement aux précédents projets de dispositions, cet article n'envisage ni l'assistance aux arbitrages étrangers, ni les demandes adressées aux tribunaux étrangers en vertu de la Loi type⁷⁹. Cette limitation résulte d'un compromis entre ceux qui prônent une assistance judiciaire internationale et ceux qui sont opposés à toute disposition relative à l'assistance judiciaire⁸⁰.

⁷⁷Dans les cas où les éléments de preuve sont en la possession ou sous le contrôle d'une partie, le tribunal arbitral peut exercer une certaine pression en manifestant son intention d'appliquer la "sanction" prévue à l'alinéa c de l'article 25; voir le commentaire de l'article 25, par. 5.

⁷⁸Pour la question du champ d'application territorial de la Loi type en général, voir le commentaire de l'article premier, par. 4 à 6.

⁷⁹A/CN.9/233, par. 36; A/CN.9/245, par. 37, 42 à 46; A/CN.9/246 et Corr.1, par. 90 et 91, 95 et 96.

⁸⁰On a avancé sur ce point que l'assistance judiciaire aux tribunaux arbitraux étrangers ou l'assistance de tribunaux étrangers pour l'obtention de preuves ne pourrait pas être traitée de manière satisfaisante dans une loi type et on a suggéré qu'il serait peut-être souhaitable d'élaborer des règles sur l'assistance judiciaire internationale soit dans une convention distincte, soit en élargissant la portée d'une convention existante, cette suggestion pouvant éventuellement être examinée ultérieurement par la Commission dans le cadre de ses travaux (A/CN.9/233, par. 37; A/CN.9/245, par. 43 et 44).

Demande d'assistance, paragraphe 1, et son exécution, paragraphe 2

5. Le paragraphe 1 prévoit que l'assistance serait rendue par un "tribunal compétent" qui ne serait pas nécessairement le tribunal désigné conformément à l'article 6 car sa compétence peut-être fondée, par exemple, sur le lieu de résidence du témoin à entendre ou l'emplacement du bien à inspecter. Une demande d'assistance judiciaire peut être faite par le tribunal arbitral ou par l'une ou l'autre des parties avec l'approbation du tribunal arbitral. Bien que l'obtention de preuves puisse être considérée comme relevant strictement des parties, la participation du tribunal arbitral conduirait à prévenir toute pratique dilatoire de l'une ou l'autre des parties. Le paragraphe 1 énumère les éléments qui doivent figurer dans la demande d'assistance, sans entrer dans le détail de la forme ou de la procédure.

6. Le paragraphe 2 met en œuvre l'idée précédemment mentionnée selon laquelle on attend des tribunaux qu'ils apportent leur concours, sans entrer en conflit avec le droit national en matière de compétence et d'organisation judiciaire (voir ci-dessus, par. 2). Le tribunal peut, dans le cadre de sa compétence et conformément à ses règles d'obtention des preuves, satisfaire la demande selon l'une ou l'autre des deux manières ci-après : il peut rassembler lui-même les éléments de preuve (par exemple entendre les témoins, obtenir un document ou obtenir l'accès aux biens et, sauf lorsque les arbitres et les parties sont présents, communiquer les résultats au tribunal arbitral), ou il peut ordonner que les éléments de preuve soient communiqués directement au tribunal arbitral, auquel cas la participation du tribunal est limitée à l'exercice de la contrainte.

* * *

CHAPITRE VI. PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLÔTURE DE LA PROCÉDURE

Article 28. Règles applicables au fond du différend

1) Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un Etat donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet Etat et non ses règles de conflit de lois.

2) A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

3) Le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

Références

A/CN.9/216, par. 84 à 94

A/CN.9/232, par. 158 à 170

A/CN.9/245, par. 93 à 100

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 102 à 104

Commentaire

1. L'article 28 traite de la question de savoir quelle législation ou quelles règles le tribunal arbitral devra appliquer au fond du différend. Cette question, qu'il ne faut pas confondre avec la question de la loi applicable à la procédure arbitrale ou à la convention d'arbitrage, est souvent traitée dans les conventions et les textes du droit interne consacrés au droit international privé ou aux conflits de lois. Toutefois, elle est parfois couverte par le droit interne sur l'arbitrage et souvent aussi par les conventions et les règlements d'arbitrage.

2. La Loi type suit cette dernière pratique dans le but d'énoncer des principes directeurs sur ce point important et de répondre aux besoins de l'arbitrage commercial international. Elle adopte la même politique que pour les questions de procédure en octroyant aux parties une totale autonomie de décision (y compris l'option de l'amiable composition) et, lorsque les parties ne peuvent pas se mettre d'accord, en laissant au tribunal arbitral le soin d'effectuer le choix en question.

Liberté des parties de choisir les "règles de droit" applicables au fond du différend, paragraphe 1

3. La disposition du paragraphe 1 selon laquelle le différend sera tranché conformément aux règles de droit choisies par les parties est intéressante sur deux points. Le premier est la reconnaissance ou la garantie de l'autonomie des parties, qui à l'heure actuelle est largement, mais pas encore uniformément acceptée. Le paragraphe 1 de l'article 28 pourrait favoriser la reconnaissance universelle de cette autonomie et contribuer à surmonter les restrictions existantes telles que le lien organique de ces règles avec le pays dont la loi a été retenue.

4. Le deuxième point est la liberté de choisir des "règles de droit" et pas simplement une "législation" qui pourrait être interprétée comme renvoyant au système juridique d'un seul Etat donné. Ceci élargit le choix qu'ont les parties et leur permet, par exemple, de décider que s'appliqueront à leur cas des règles appartenant à plus d'un système juridique, y compris des règles de droit élaborées au niveau international⁸¹. L'adoption de cette formule, que l'on ne trouve jusqu'à présent que dans la Convention de Washington de 1965 (art. 42) et dans les récentes législations sur l'arbitrage international promulguées par la France (art. 1496 du nouveau Code de procédure commerciale) et par Djibouti (art. 12), constitue un progrès, visant à répondre aux besoins et aux intérêts des parties aux transactions commerciales internationales. Une règle d'interprétation utile y figure pour les affaires dans lesquelles les parties choisissent le droit ou le système juridique d'un Etat donné.

⁸¹Il convient de signaler, afin de faciliter l'interprétation de l'expression "règles de droit" et d'en définir les limites, que certains représentants auraient préféré une interprétation ou une formule encore plus large, qui inclurait, par exemple, les principes généraux du droit ou le droit jurisprudentiel en matière de sentence arbitrale, mais le Groupe de travail est convenu que ce serait aller trop loin et que de nombreux Etats n'accepteraient pas cette solution, du moins pas dans l'immédiat (A/CN.9/245, par. 94).

Détermination des règles juridiques de fond par le tribunal arbitral, paragraphe 2

5. Le paragraphe 2 traduit une approche plus prudente dans la mesure où il ne stipule pas, ce qui serait conforme au paragraphe 1, que le tribunal arbitral appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées. Au lieu de cela, il exige du tribunal arbitral qu'il applique une règle de conflit de lois, à savoir celle qu'il juge applicable, afin de déterminer la loi applicable au fond du différend.

6. La disparité qui en résulte peut être considérée comme acceptable compte tenu que le paragraphe 1 est destiné aux parties, qui sont libres de tirer avantage de son champ d'application plus étendu, alors que le paragraphe 2 est destiné au tribunal arbitral et n'est appliqué que si les parties n'ont pas fait leur choix. A ce propos, les parties peuvent convenir d'étendre la portée du choix opéré par le tribunal arbitral, de même qu'elles sont libres de la limiter, par exemple en excluant une ou plusieurs lois nationales données. Mais il convient avant tout de juger le paragraphe 2 sur ses mérites propres. A ce propos, on notera qu'il est en parfaite harmonie avec la Convention de Genève de 1961 [art. VII 1)] et avec divers règlements d'arbitrage fréquemment utilisés [art. 13 3) du Règlement de la CCI, art. 33 1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI], qui reconnaissent tous l'intérêt qu'ont les parties à avoir une idée relativement précise de la loi qui sera choisie par le tribunal arbitral.

Autorisation expresse de l'"amiable composition", paragraphe 3

7. Les règlements d'arbitrage stipulent souvent que les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à statuer en qualité d'amiable compositeur, sous réserve, cependant, que cet arbitrage soit autorisé par la loi applicable à la procédure arbitrale. Le paragraphe 3 de l'article 28 accorde cette liberté et, par conséquent, donne effet à une autorisation expresse des parties en vertu de laquelle le tribunal arbitral décide *ex aequo et bono*, ainsi que ce type d'arbitrage est désigné dans certains systèmes juridiques, ou, en qualité d'amiable compositeur, dénomination employée dans d'autres systèmes juridiques.

8. Bien que ce type d'arbitrage ne soit pas connu dans tous les systèmes juridiques, son inclusion dans la Loi type semble opportune pour les raisons énumérées ci-après. Il est judicieux de concilier diverses caractéristiques et pratiques de l'arbitrage, même si elles ne sont connues que de certains systèmes juridiques. Cela est judicieux non seulement parce qu'il serait contraire à la finalité de la Loi type de négliger ou même de proscrire certaines pratiques établies, mais aussi parce que cela est conforme au principe d'une réduction de l'importance du lieu de l'arbitrage par la reconnaissance de types d'arbitrage qui y sont peu usités ou même inconnus. Enfin, cette reconnaissance n'entraîne aucun risque pour une partie imprévoyante qui ne serait pas habituée à ce type d'arbitrage, car une autorisation expresse des parties est exigée.

9. On ne s'efforce pas dans la Loi type de définir ce type d'arbitrage, car il se présente sous des formes diverses et souvent vagues. Il est suggéré, toutefois, que les parties puissent, dans leur autorisation, se montrer plus précises, dans la mesure où elles le souhaitent, soit en faisant référence à un type d'arbitrage amiable mis en place dans un système juridique particulier, soit en arrêtant des règles ou des principes directeurs et, par exemple, en exigeant un règlement juste et équitable dans les limites de l'ordre public international de leurs deux Etats.

Pertinence des stipulations du contrat et des usages commerciaux

10. L'article 28 ne demande pas expressément au tribunal arbitral de statuer conformément aux stipulations du contrat et de tenir compte des usages commerciaux applicables à la transaction. Cependant, cela ne signifie pas que la Loi type doit négliger ou limiter l'importance du contrat et des usages commerciaux.

11. Cela ressort clairement des divers arguments avancés au cours des débats du Groupe de travail, qui a décidé de ne pas retenir une telle disposition⁸². En ce qui concerne la référence aux stipulations du contrat, on a avancé que cette référence ne devait pas figurer dans un article traitant de la loi applicable au fond du différend et qu'elle n'était pas nécessaire dans une loi sur l'arbitrage (même si elle était appropriée dans un règlement d'arbitrage) ou qu'elle pouvait être source d'erreurs, lorsque les stipulations du contrat étaient en conflit avec les dispositions impératives de la loi ou n'exprimaient pas la volonté réelle des parties. Pour ce qui est de la référence aux usages du commerce, les problèmes étaient dus au fait que leurs effets et leur statut juridique n'étaient pas uniformes dans tous les systèmes juridiques. Par exemple, ils peuvent faire partie de la loi applicable, auquel cas ils seraient déjà couverts par le paragraphe 1 ou 2 de l'article 28. Enfin, il était difficile de trouver une formulation satisfaisante, en particulier de choisir entre la formule du règlement d'arbitrage de la CNUDCI [art. 33, alinéa 3)] ou celle de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980, art. 9).

* * *

Article 29. Prise de décisions par plusieurs arbitres

Dans une procédure arbitrale comportant plus d'un arbitre, toute décision du tribunal arbitral est, sauf convention contraire des parties, prise à la majorité de tous ses membres. Toutefois, les parties ou le tribunal arbitral peuvent autoriser l'arbitre-président à trancher les questions de procédure.

Références

- A/CN.9/216, par. 76 et 77
- A/CN.9/232, par. 136 à 140
- A/CN.9/245, par. 101 à 104
- A/CN.9/246 et Corr.1, par. 105 à 108

⁸²A/CN.9/245, par. 99; A/CN.9/232, par. 164.

Commentaire

1. L'article 29 traite d'un aspect important de la prise de décisions dans les cas courants où le tribunal arbitral est composé de plus d'un arbitre (en particulier de trois arbitres). Laissant de côté divers aspects liés à la manière dont une décision est prise, l'article 29 adopte le principe de la majorité pour toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral, avec une exception toutefois pour les questions de procédure qui, par souci de rapidité et d'efficacité, peuvent être tranchées par l'arbitre-président s'il en a reçu l'autorisation des parties ou du tribunal arbitral.

2. Le principe de la majorité est, par rapport à l'exigence de l'unanimité, plus à même de permettre que les décisions nécessaires soient prises afin d'aboutir au règlement définitif du différend. Ce principe, qui est également adopté pour les signatures devant figurer sur la sentence (par. 1 de l'article 31) ne signifie pas, cependant, qu'il n'est pas nécessaire que tous les arbitres participent aux délibérations ou du moins aient la possibilité de le faire.

3. L'article 29 étant non impératif, les parties peuvent fixer des conditions différentes. Par exemple, en cas d'impossibilité d'arriver à une majorité, elles peuvent octroyer à l'arbitre-président une voix prépondérante ou le droit de trancher comme s'il était arbitre unique. Les parties peuvent aussi, pour les décisions relatives à des quantités, prévoir une formule selon laquelle le montant arrêté serait calculé sur la base des différents votes des arbitres.

* * *

Article 30. Règlement par accord des parties

1) Si, durant la procédure arbitrale, les parties s'entendent pour régler le différend, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale et, si les parties lui en font la demande et s'il n'y voit pas d'objection, constate le fait par une sentence arbitrale rendue par accord des parties.

2) La sentence d'accord des parties est rendue conformément aux dispositions de l'article 31 et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence. Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire.

Références

- A/CN.9/216, par. 95 à 97
- A/CN.9/232, par. 171 à 176
- A/CN.9/245, par. 105 à 107
- A/CN.9/246 et Corr.1, par. 109 et 110

Commentaire

1. L'article 30 traite du cas, heureusement assez fréquent, où les parties elles-mêmes règlent le différend pendant la procédure arbitrale, ce à quoi elles sont souvent incitées par la procédure arbitrale elle-même. Afin de rendre cet accord de règlement applicable, il est

nécessaire, dans la quasi-totalité des systèmes juridiques, de lui donner la forme d'une sentence arbitrale.

2. Le tribunal arbitral rend la sentence d'accord des parties, si les parties lui en font la demande et s'il n'y voit pas d'objection. Cette première condition s'appuie sur l'idée que les risques d'injustice sont moins grands lorsque l'on requiert une demande faite par les deux parties, et non pas par une seule partie, qui pourrait y avoir un intérêt particulier, car un règlement peut être ambigu ou soumis à des conditions qui risquent de ne pas apparaître au tribunal arbitral. La deuxième condition se fonde sur l'idée que le tribunal arbitral, même s'il répond généralement favorablement à une telle demande, ne devrait pas être tenu de le faire dans toutes les circonstances (par exemple lorsque l'on soupçonne une fraude, ou lorsque les conditions de règlement sont illicites ou totalement inéquitable).

3. Conformément au paragraphe 2, la sentence d'accord des parties doit être traitée comme toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire, en ce qui concerne non seulement sa forme et son contenu (art. 31), mais aussi son statut et ses effets.

* * *

Article 31. *Forme et contenu de la sentence*

1) La sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres. Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres.

2) La sentence est motivée, sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30.

3) La sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue ainsi que le lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20 1). La sentence est réputée avoir été rendue audit lieu.

4) Après le prononcé de la sentence, une copie signée par les arbitres conformément au paragraphe 1 du présent article en est remise à chacune des parties.

Références

- A/CN.9/216, par. 78 à 80, 100 à 102, 105
- A/CN.9/232, par. 141 à 145, 184 à 186
- A/CN.9/245, par. 108 à 116
- A/CN.9/246 et Corr.1, par. 111 et 112

Commentaire

Sentence rendue par écrit et signée, paragraphe 1

1. Afin d'éviter toute incertitude, la sentence arbitrale est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les

arbitres. Cependant, conformément à la disposition sur la prise de décisions par plusieurs arbitres (art. 29)⁸³, les signatures de la majorité de tous les membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de toute omission.

2. Cette réserve est certainement utile dans les cas où, après que la sentence a été rédigée, un arbitre meurt, devient physiquement incapable de signer ou ne peut plus être joint. Toutefois, lorsqu'un arbitre refuse de signer, cette réserve risque d'être contestée par ceux qui sont strictement opposés à ce que l'on révèle qu'une sentence a été rendue à l'unanimité ou qu'un arbitre s'en est dissocié. De l'autre côté, on trouve ceux qui, s'appuyant sur leur système et leur pratique juridiques, voudraient même que la Loi type contienne une disposition autorisant l'arbitre dissident à donner son opinion. La Commission voudra peut-être se prononcer sur le fait de savoir si l'obligation de donner la raison pour laquelle une signature a été omise devrait être maintenue dans cette disposition et si la Loi type devrait se prononcer sur la question distincte des opinions dissidentes, c'est-à-dire soit autoriser d'une manière générale, soit interdire d'une manière générale que ce type d'opinion soit émis. A l'heure actuelle, on estime que cette question relève du paragraphe 1 ou du paragraphe 2 de l'article 19 en tant que question liée à la conduite de la procédure.

Exposé des motifs, paragraphe 2

3. La pratique consistant à exposer les motifs sur lesquels est fondée la sentence est plus courante dans certains systèmes juridiques que dans d'autres et elle varie d'un système d'arbitrage à l'autre. Au paragraphe 2, on a retenu une solution adaptée à une telle diversité en exigeant que les motifs soient exposés, mais en autorisant les parties à lever cette exigence. Une convention des parties à cette fin sera normalement expresse et devra se référer à la règle d'arbitrage prévoyant une telle renonciation, mais elle peut également être implicite, par exemple en cas de soumission d'un différend à un système d'arbitrage permanent dont on sait qu'il n'a pas pour pratique de motiver ses sentences. Il en irait de même pour une solution intermédiaire retenue par certains systèmes, consistant par exemple à exposer les motifs dans un document séparé et confidentiel.

Date et lieu de la sentence, paragraphe 3

4. La date et le lieu de la sentence revêtent une importance considérable à divers titres, notamment, en ce qui concerne la procédure, pour la reconnaissance et l'exécution et pour d'éventuels recours contre la sentence. Le paragraphe 3 stipule donc que la sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue, ainsi que le lieu de l'arbitrage, qui est réputé être le lieu de la sentence.

⁸³La Commission souhaitera peut-être examiner la possibilité d'établir une correspondance totale avec l'article 29, en alignant les conditions requises en matière de signature sur tout système convenu autre que la décision à la majorité (voir le commentaire de l'article 29, par. 3).

5. Cette présomption, qui doit être considérée comme irréfragable⁸⁴, se fonde sur le principe que la sentence est rendue au lieu de l'arbitrage déterminé conformément au paragraphe 1 de l'article 20. Elle tient également compte du fait que le prononcé de la sentence est un acte juridique qui, dans les faits, n'est pas nécessairement un acte unique, mais peut par exemple être effectué dans le cadre de délibérations en divers lieux, par téléphone ou par courrier.

Remise de la sentence, paragraphe 4

6. Le paragraphe 4 stipule qu'une copie signée de la sentence est remise à chacune des parties. La réception de cette copie est un fait significatif, par exemple en tant que "réception de la sentence" aux fins des paragraphes 1 et 3 de l'article 33 et du paragraphe 3 de l'article 34 et en tant que condition nécessaire de la reconnaissance ou de l'exécution aux termes du paragraphe 2 de l'article 35. La Loi type n'exige pas d'autre acte administratif, tel que le dépôt ou l'enregistrement de la sentence.

* * *

Article 32. Clôture de la procédure

1) La procédure arbitrale est close par le prononcé de la sentence définitive ou par un accord des parties ou par une ordonnance de clôture rendue par le tribunal arbitral conformément au paragraphe 2 du présent article.

2) Le tribunal arbitral

a) Ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur y fasse objection et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé;

b) Peut ordonner la clôture de la procédure arbitrale lorsque, pour toute autre raison, la poursuite de la procédure devient superflue ou inappropriée.

3) Le mandat du tribunal arbitral prend fin avec la clôture de la procédure arbitrale, sous réserve des dispositions de l'article 33 et du paragraphe 4 de l'article 34.

Références

A/CN.9/232, par. 132 à 135

A/CN.9/245, par. 47 à 53 et 117 à 119

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 113 à 116

Commentaire

1. L'article 32, qui traite de la clôture de la procédure arbitrale, a trois objets. Le premier est d'éclairer cette ultime, mais non négligeable, phase de la procédure. Le paragraphe 2 a, qui précise que le retrait de la demande n'entraîne pas *ipso facto* la clôture de la procédure, en est un bon exemple.

⁸⁴A/CN.9/245, par. 115.

2. Son deuxième objet est de régir la fin du mandat du tribunal arbitral, qui est la conséquence de la clôture, et ses exceptions (par. 3). Par exemple, les arbitres ne deviendront *functus officio* en rendant la sentence que s'il s'agit de la "sentence définitive", c'est-à-dire celle qui constitue ou complète le règlement de toutes les questions soumises à l'arbitrage. Son troisième objet consiste à écarter tout doute quant au moment de la clôture de la procédure. Ce point peut être important pour des questions non liées à l'arbitrage lui-même, par exemple la poursuite du délai de prescription ou la possibilité d'engager une procédure judiciaire.

* * *

Article 33. Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle

1) Dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, à moins que les parties ne soient convenues d'un autre délai, une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral :

a) De rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature;

b) De donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence.

Le tribunal arbitral fait la rectification ou donne l'interprétation dans les trente jours qui suivent la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.

2) Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, rectifier toute erreur du type visé à l'alinéa a du paragraphe 1 du présent article dans les trente jours qui suivent la date de la sentence.

3) Sauf convention contraire des parties, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral, dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure arbitrale mais omis dans la sentence. Le tribunal arbitral complète sa sentence dans les soixante jours, s'il juge la demande justifiée.

4) Le tribunal arbitral peut prolonger, si besoin est, le délai dont il dispose pour rectifier, interpréter ou compléter la sentence en vertu du paragraphe 1 ou 3 du présent article.

5) Les dispositions de l'article 31 s'appliquent à la rectification ou l'interprétation de la sentence ou à la sentence additionnelle.

Références

A/CN.9/216, par. 98

A/CN.9/232, par. 177 à 183

A/CN.9/245, par. 120 à 123

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 117 à 125

Commentaire

1. L'article 33 prolonge le mandat du tribunal arbitral au-delà du prononcé de la sentence pour certaines mesures de clarification et de rectification, ce qui peut contribuer à prévenir des différends prolongés ou même des procédures d'annulation. La première mesure possible consiste à rectifier toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature, soit sur la demande d'une partie, soit à l'initiative du tribunal arbitral. La deuxième consiste à donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence, sur la demande d'une partie, et à ajouter cette interprétation à la sentence. La troisième consiste à rendre une sentence additionnelle sur tout chef de demande exposé au cours de la procédure arbitrale, mais omis dans la sentence (par exemple des intérêts demandés qui, par erreur, n'ont pas été accordés). Si le tribunal arbitral considère que la demande — qui n'est pas nécessairement la demande omise — est justifiée, il rend une sentence additionnelle, qu'il soit ou non nécessaire à cette fin de tenir de nouvelles audiences ou de demander la production de preuves.

2. Le délai durant lequel une partie peut demander que soit prise une de ces mesures est de trente jours à compter de la réception de la sentence. Le même délai, calculé à compter de la réception de la demande, est accordé au tribunal arbitral pour procéder à la correction ou donner l'interprétation, mais un délai de soixante jours est spécifié pour la rédaction d'une sentence additionnelle, tâche en général plus difficile et plus longue. Cependant, dans certains cas, le tribunal arbitral risque de ne pas être à même, pour des raisons légitimes, de respecter ces délais. Par exemple, la préparation d'une interprétation peut exiger des consultations entre les arbitres, le prononcé d'une sentence additionnelle imposera peut-être l'organisation d'audiences ou la production de preuves et, quoi qu'il en soit, il faut dès le départ laisser suffisamment de temps à l'autre partie pour répondre à la demande. Le tribunal arbitral peut donc prolonger les délais si nécessaire.

* * *

CHAPITRE VII. RECOURS CONTRE LA SENTENCE

Article 34. *La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale*

1) Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale rendue [sur le territoire du présent Etat] [en vertu de la présente Loi] ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

2) La sentence arbitrale ne peut être annulée par le Tribunal visé à l'article 6 que si

a) La partie en faisant la demande apporte la preuve :

i) Que les parties à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 étaient, en vertu

de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent Etat; ou

ii) Qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination de l'arbitre ou des arbitres, ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou

iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente Loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente Loi, ou

b) Le tribunal constate :

i) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat; ou

ii) Que la sentence ou toute décision y figurant est contraire à l'ordre public du présent Etat.

3) Une demande d'annulation ne peut être présentée après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu communication de la sentence ou, si une demande a été faite en vertu de l'article 33, à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral a pris une décision sur cette demande.

4) Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le Tribunal peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation.

Références

- A/CN.9/232, par. 14 à 22
 A/CN.9/233, par. 178 à 195
 A/CN.9/245, par. 146 à 155
 A/CN.9/246 et Corr.1, par. 126 à 139

Commentaire

Recours unique contre la sentence arbitrale, paragraphe 1

1. Les législations nationales existantes offrent à une partie attaquant la sentence diverses actions ou recours. Elles assimilent souvent les sentences arbitrales aux décisions des tribunaux locaux; aussi fixent-elles des délais variés, parfois extrêmement longs, et stipulent-elles des listes de motifs divers, parfois très longues, pour attaquer la sentence. L'article 34 vise à améliorer cette situation en ne prévoyant qu'un seul moyen de recours (par. 1), ne pouvant être invoqué que pendant un délai relativement court (par. 3) et pour un nombre relativement limité de raisons (par. 2). A part cela, il ne régit ni la procédure, ni l'importante question de savoir si une décision du Tribunal visé à l'article 6 peut faire l'objet d'un appel devant un autre tribunal, ni toute question concernant la procédure d'annulation elle-même.

2. La demande d'annulation constitue le seul recours contre la sentence devant un tribunal, en ce sens qu'il s'agit là du seul moyen d'attaquer activement la sentence, c'est-à-dire d'engager une procédure de révision judiciaire. Une partie conserve naturellement le droit de se défendre contre la sentence en demandant le refus de la reconnaissance ou de l'exécution lors de procédures engagées par l'autre partie (art. 35 et 36). De toute évidence, le paragraphe 1 de l'article 34 n'exclut pas le droit qu'a une partie de demander une rectification ou une interprétation de la sentence, ou encore le prononcé d'une sentence additionnelle en vertu de l'article 33, car cette demande serait adressée au tribunal arbitral et non à un tribunal; la situation est différente en cas de renvoi au tribunal arbitral en application du paragraphe 4 de l'article 34, qui est envisagé en tant que réponse possible d'un tribunal à une demande d'annulation de la sentence. Enfin, le paragraphe 1 de l'article 34 n'exclurait pas le recours à un second tribunal arbitral, lorsqu'un tel appel est envisagé dans le cadre du système d'arbitrage (comme, par exemple, pour certains types d'échanges de produits de base).

3. L'article 34 prévoit un recours contre une "sentence arbitrale", sans spécifier quels types de décisions pourront faire l'objet d'un tel recours. Le Groupe de travail est convenu qu'il était souhaitable que la Loi type définisse le mot "sentence" et a noté que cette définition avait des incidences importantes pour un certain nombre de dispositions de la Loi type, notamment les articles 34 et 16. Après avoir commencé d'examiner un projet de définition, le Groupe de travail a décidé, faute de temps, de ne pas inclure de définition

dans la Loi type qu'il adopterait et d'inviter la Commission à envisager cette question⁸⁵.

4. Une autre question doit être examinée par la Commission : celle du champ d'application territorial, qui est restée en suspens comme l'indique la présence de la variante proposée entre crochets au paragraphe 1. Il est suggéré que le champ d'application territorial de l'article 34 soit le même que celui de la Loi type en général, quel que soit le critère adopté par la Commission⁸⁶.

Motifs d'annulation de la sentence, paragraphe 2

5. Le paragraphe 2 énonce les différents motifs pour lesquels une sentence peut être annulée. La liste est exhaustive, comme il ressort des mots "ne ... que", ainsi que du fait que la Loi type est une *lex specialis*⁸⁷.

6. Le paragraphe 2 retient pour l'essentiel les mêmes motifs que ceux pour lesquels la reconnaissance ou l'exécution peuvent être refusées en application du paragraphe 1 de l'article 36 (ou de l'article V de la Convention de New York de 1958, qui lui a servi de modèle). Il utilise même, à quelques exceptions près, un libellé identique, dans un souci d'harmonisation de l'interprétation.

7. La liste de motifs présentée au paragraphe 2 se fonde sur deux considérations différentes dont les résultats convergent cependant. Premièrement, après une sélection sévère, qui a permis d'écartier un nombre considérable d'autres motifs qui avaient été proposés, on a considéré que seuls les motifs exposés au paragraphe 2 étaient appropriés pour ce qui est de l'annulation des sentences dans l'arbitrage commercial international.

8. Deuxièmement, il apparaît souhaitable que ce paragraphe soit conforme au paragraphe 1 de l'article 36, étant donné que la Loi type vise à réduire l'importance du lieu de l'arbitrage. La Loi type reconnaît que ces deux dispositions, qui ont des objets différents (l'une stipulant les motifs d'annulation et l'autre les motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution), constituent un système de défense double permettant à la partie soit d'attaquer la sentence, soit d'invoquer des motifs pertinents lorsque la reconnaissance ou l'exécution sont demandées. Elle reconnaît également que ces dispositions ne fonctionnent pas isolément. Les incidences des notions et règles traditionnelles, familières et particulières au système juridique applicable au lieu de l'arbitrage, ne sont pas limitées à l'Etat où a lieu l'arbitrage mais s'étendent à de nombreux autres Etats en vertu de l'article 36 1) a v [ou de l'article V 1) e de la Convention de New York de 1958] en ce sens qu'une sentence qui a été annulée pour tout motif reconnu par le tribunal compétent ou par les règles de procédure applicables ne sera pas reconnue et exécutée à l'étranger.

⁸⁵A/CN.9/246 et Corr.1, par. 129 et 192 à 194.

⁸⁶Pour ce qui est de la question générale du champ d'application territorial de la Loi type, on se reportera aux paragraphes 4 à 6 du commentaire de l'article premier.

⁸⁷Voir les paragraphes 7 et 8 du commentaire de l'article premier.

9. Tirant les conclusions de cette situation inopportune, l'article IX de la Convention de Genève de 1961 bloque ces incidences internationales pour toutes les sentences qui ont été annulées pour des motifs autres que ceux énoncés à l'article V de la Convention de New York de 1958. La Loi type franchit une nouvelle étape sur cette voie en dépassant la question de la reconnaissance et de l'exécution pour aller jusqu'à la source et en alignant les motifs mêmes de l'annulation sur ceux du refus de la reconnaissance ou de l'exécution. Cette mesure a pour effet salutaire d'éviter une validité "partagée" ou "relative" des sentences internationales, c'est-à-dire des sentences qui seraient nulles dans le pays d'origine, mais valides et exécutoires à l'étranger⁸⁸.

10. Puisque les motifs énoncés au paragraphe 2 sont essentiellement ceux de l'article V de la Convention de New York de 1958, ils sont déjà connus et n'exigent pas une explication détaillée; cependant, le fait qu'ils soient repris dans la Loi type pour l'annulation de la sentence entraîne certaines différences. Par exemple, l'application des sous-alinéas i et iv, et peut-être aussi iii de l'alinéa a, peut être limitée du fait d'une renonciation ou d'une soumission implicites, comme il est indiqué dans les commentaires de l'article 4 (par. 6) et de l'article 16 (par. 8 et 9).

11. L'alinéa a iv stipule le caractère prioritaire des dispositions impératives de la Loi type par rapport à toute convention des parties, ce qui le différencie de l'article 36 1) a iv, du moins si l'on s'en tient à l'interprétation prédominante de la disposition correspondante de la Convention de New York de 1958 [art. V 1) d]. Le fait que la composition du tribunal arbitral et la procédure arbitrale doivent donc être soumises aux dispositions impératives de la Loi type implique par exemple que cet alinéa a iv englobe également dans une large mesure les motifs énoncés à l'alinéa a ii, qui sont repris de la Convention de New York de 1958 et qui concernent les cas de violation du paragraphe 3 de l'article 19 et des paragraphes 3 et 4 de l'article 24.

12. Il y a une autre différence qui est moins évidente, car elle découle simplement du fait que l'annulation n'a pas les mêmes effets que le refus de la reconnaissance et de l'exécution. En application de l'alinéa b i, une sentence serait annulée si le tribunal constatait que l'objet du différend n'était pas susceptible d'être réglé par arbitrage "conformément à la loi du présent Etat". Ce motif est certainement valable pour refuser la reconnaissance ou l'exécution dans un Etat donné, qui considère souvent cette question comme touchant à l'ordre public, et peut en réduire le champ en ne protégeant que son ordre public international. Cependant, ce même motif invoqué pour une annulation acquiert une dimension différente du fait de l'effet général de l'annulation [art. 36 1) a v, ou art. V 1 e de la Convention de New York de 1958]. Comme l'a

suggéré le Groupe de travail dans son rapport sur sa septième session (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 136 et 137),

"un effet aussi général ne devait être obtenu que si le Tribunal constatait que l'objet du différend n'était pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi applicable à cette question, qui n'était pas nécessairement la loi de l'Etat où avait lieu la procédure d'annulation. On a suggéré, par conséquent, de supprimer la disposition figurant à l'alinéa b i du paragraphe 2. Le résultat de cette suppression, à laquelle de nombreux membres du Groupe de travail étaient favorables, serait de limiter le contrôle exercé par le Tribunal en vertu de l'article 34 aux cas où la non-arbitrabilité d'une certaine question faisait partie de l'ordre public de l'Etat (par. 2, alinéa b ii) et aux cas où le Tribunal considérerait l'arbitrabilité comme un élément de la validité d'une convention d'arbitrage (par. 2, alinéa a i), bien que certains partisans de cette suppression aient également cherché à exclure par là la non-arbitrabilité en tant que motif d'annulation. On a aussi suggéré de ne supprimer, à l'alinéa b i du paragraphe 2, que la référence de l'loi du présent Etat' et de laisser ainsi ouverte la question de savoir quelle était la loi applicable pour juger de l'arbitrabilité. En examinant ces suggestions, le Groupe de travail a estimé que les questions soulevées avaient une grande importance pratique et qu'en raison de leur caractère complexe, elles demandaient à être étudiées plus à fond. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a décidé de maintenir, pour le moment, la disposition de l'alinéa b i du paragraphe 2 sous sa forme actuelle et d'inviter la Commission à réexaminer la question et à décider, à la lumière des observations des gouvernements et des organisations, si le libellé actuel était approprié ou si la disposition devait être modifiée ou supprimée."

"Renvoi" au tribunal arbitral, paragraphe 4

13. Le paragraphe 4 envisage une procédure qui est similaire à la procédure du "renvoi", connue dans la plupart des juridictions de *common law*, bien que sous des formes diverses. Quoique cette procédure ne soit pas appliquée par tous les systèmes juridiques, elle devrait se révéler utile, en ce sens qu'elle permet au tribunal arbitral de remédier à certains défauts et donc d'éviter que la sentence ne soit annulée par le Tribunal.

14. A la différence de certaines juridictions de *common law*, la procédure n'est pas conçue comme un recours séparé, mais est placée dans le cadre de la procédure d'annulation. Le Tribunal, lorsqu'il le jugerait approprié et sur la demande d'une partie, inviterait le tribunal arbitral, dont la prolongation du mandat serait ainsi confirmée, à prendre les mesures voulues pour éliminer certains défauts réparables qui peuvent constituer un motif d'annulation en vertu du paragraphe 2. Ce n'est que si ce "renvoi" se révélait inutile à la fin du délai déterminé par le Tribunal, durant lequel la reconnaissance et l'exécution pourraient être suspendues en application du paragraphe 2 de l'article 36, que le Tribunal reprendrait la procédure d'annulation et annulerait la sentence.

⁸⁸Pour ce qui est d'un autre effet, que l'on a appelé le risque potentiel du "double contrôle" des sentences nationales, on se reportera au paragraphe 3 du commentaire de l'article 36.

CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES

Article 35. *Reconnaissance et exécution*

1) La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36.

2) La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme ainsi que l'original de la convention d'arbitrage mentionnée à l'article 7 ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent Etat, la partie en produira une traduction dûment certifiée dans cette langue*.

3) Le dépôt ou l'enregistrement d'une sentence auprès d'un tribunal du pays où la sentence a été rendue n'est pas une condition préalable de sa reconnaissance ou de son exécution dans le présent Etat.

Références

A/CN.9/216, par. 103, 104 et 109

A/CN.9/232, par. 19 à 21 et 187 à 189

A/CN.9/233, par. 121 à 175

A/CN.9/246 et Corr.1, par. 140 à 148

Commentaire

Est-il ou non approprié d'inclure des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des sentences quel que soit le pays où elles ont été rendues ?

1. Le chapitre sur la reconnaissance et l'exécution des sentences constitue le résultat de délibérations approfondies sur des problèmes fondamentaux, notamment la question de savoir si la Loi type devrait contenir des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des sentences nationales et étrangères et, dans l'affirmative, si ces deux catégories de sentences devraient être traitées de manière uniforme et dans quelle mesure les dispositions sur la reconnaissance et l'exécution devraient s'inspirer des articles correspondants de la Convention de New York de 1958. Comme il ressort de l'article 35 et de l'article 36, la réponse qui a prévalu est que la Loi type devrait contenir des dispositions uniformes sur la reconnaissance et l'exécution de toutes les sentences, quel que soit le pays où elles ont été rendues, ces dispositions devant être en tous points compatibles avec la Convention de New York de 1958.

2. Les principales raisons sont, en bref, les suivantes : si les sentences étrangères sont traitées de la manière

*Les conditions mentionnées dans ce paragraphe visent à énoncer les normes les plus strictes. Il ne serait donc pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un Etat conserve une procédure moins rigoureuse.

appropriée dans la Convention de New York de 1958, à laquelle de nombreux pays ont adhéré, souvent à la condition de la réciprocité, et qui est ouverte à tout Etat prêt à accepter ses dispositions libérales, la Loi type serait incomplète si elle n'énonçait pas un ensemble de règles tout aussi libérales, en tous points compatible avec la Convention de New York de 1958, y compris les garanties qu'elle énonce à l'article V, et ne nuisant ni aux effets ni à l'application de cette convention, de manière à mettre en place un mécanisme supplémentaire pour la reconnaissance et l'exécution des sentences non soumises à des traités multilatéraux ou bilatéraux. Bien que les sentences nationales reçoivent souvent de la part des législations nationales un traitement aussi favorable que les décisions judiciaires locales, la disparité des législations nationales n'est pas propice à l'arbitrage commercial international, aussi la Loi type devrait-elle viser à unifier le traitement national des sentences dans tous les systèmes juridiques, sans imposer de conditions restrictives.

3. Avant tout, ces dispositions sur la reconnaissance et l'exécution permettraient dans une large mesure d'assurer un traitement uniforme de toutes les sentences de l'arbitrage commercial international, dans quelque pays qu'elles soient rendues. Le fait d'établir une distinction entre ces sentences "internationales" et les sentences "non internationales", c'est-à-dire véritablement nationales (au lieu de fonder la distinction entre les sentences étrangères et nationales sur des critères territoriaux), permettrait de réduire l'importance du lieu de l'arbitrage et donc de promouvoir le recours à l'arbitrage commercial international et d'en renforcer la vitalité. Cette notion de traitement uniforme de toutes les sentences internationales constitue la principale question qu'un Etat pourra envisager d'examiner pour déterminer si ce chapitre de la Loi type est ou non acceptable.

Reconnaissance de la sentence et demande d'exécution, paragraphe 1

4. L'article 35 établit une distinction utile entre la reconnaissance et l'exécution, en ce sens qu'il tient compte du fait que la reconnaissance non seulement constitue une condition nécessaire de l'exécution, mais encore peut être considérée isolément, par exemple lorsque la sentence est invoquée dans d'autres procédures. En vertu du paragraphe 1, une sentence est reconnue comme ayant force obligatoire, ce qui signifie, bien que cela ne soit pas expressément déclaré, qu'elle s'impose aux parties, et ce à compter de la date où elle est rendue⁸⁹. Une sentence est exécutée sur requête adressée par écrit au "tribunal compétent"⁹⁰. La reconnaissance comme l'exécution sont soumises aux dispositions de l'article 36 et aux conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 35.

⁸⁹A/CN.9/246 et Corr.1, par. 148. Pour des raisons pratiques, la sentence ne peut en fait être invoquée par une partie qu'à compter de la date de la réception.

⁹⁰On s'est référé au tribunal compétent et non au Tribunal visé à l'article 6, parce que la Loi type n'a pas pour objet d'unifier les lois nationales concernant l'organisation judiciaire et, en particulier, parce que la compétence des tribunaux en matière d'exécution est normalement fonction du lieu de résidence du débiteur ou de l'emplacement des biens ou avoirs concernés.

Conditions de la reconnaissance et de l'exécution, paragraphe 2

5. Le paragraphe 2, qui s'inspire de l'article IV de la Convention de New York de 1958, ne stipule pas la procédure mais simplement les conditions de la reconnaissance et de l'exécution. La partie invoquant une sentence ou demandant son exécution fournit, dans une langue officielle de l'Etat, cette sentence et le document qui s'y rattache, c'est-à-dire la convention d'arbitrage⁹¹. Conformément à la note accompagnant le texte, ces conditions visent à établir les normes les plus strictes; ainsi, un Etat peut conserver une procédure moins rigoureuse.

Non-exigence du dépôt ou de l'enregistrement, paragraphe 3

6. La Loi type, qui en elle-même n'exige pas le dépôt ou l'enregistrement de sentences rendues dans son cadre (article 31), n'exige pas non plus de telles mesures pour les sentences étrangères dont la reconnaissance ou l'exécution sont demandées en application de la Loi type, conformément à la volonté exprimée dans la Convention de New York de 1958 de supprimer le "double exequatur".

* * *

Article 36. Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution

1) La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que :

a) Sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve :

- i) Que les parties à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
- ii) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou des arbitres ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou
- iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du

compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions soumises à l'arbitrage pourra être reconnue et exécutée; ou

- iv) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou
 - v) Que la sentence n'a pas encore acquis force obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue; ou
- b) Si le tribunal constate que :
- i) L'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat; ou si
 - ii) La reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent Etat.

2) Si une demande d'annulation ou de suspension d'une sentence a été présentée à un tribunal visé au paragraphe 1 a v du présent article, le tribunal auquel est demandé la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge approprié, surseoir à statuer et peut aussi, à la requête de la partie demandant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

Références

- A/CN.9/216, par. 109
 A/CN.9/232, par. 19 et 20
 A/CN.9/233, par. 133 à 177
 A/CN.9/245, par. 137 à 145
 A/CN.9/246 et Corr.1, par. 149 à 155

*Commentaire**Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution de sentences "internationales", paragraphe 1*

1. S'appuyant sur les considérations fondamentales énoncées ci-dessus⁹², le paragraphe 1 de l'article 36 reprend presque littéralement les motifs bien connus énoncés à l'article V de la Convention de New York de 1958 et les déclare applicables au refus de la reconnaissance ou de l'exécution de toutes les sentences, quel que soit le pays où elles ont été rendues. Ainsi, cette disposition, comme l'article 35, couvre les sentences étrangères comme les sentences nationales, à condition qu'elles soient rendues dans le cadre d'un "arbitrage

⁹¹Pour ce qui est de cette deuxième condition, il est suggéré qu'une exception soit faite pour les cas où il a été remédié à un vice de forme par renonciation ou soumission, par exemple lorsque la procédure arbitrale se fonde sur une convention orale invoquée par une partie et à laquelle l'autre partie ne s'oppose pas. Dans de tels cas, la présentation de la sentence, faisant état de la renonciation ou de la soumission, devrait suffire.

⁹²Par. 1 à 3 du commentaire de l'article 35.

commercial international” au sens de l'article premier et, naturellement, sous réserve de tout traité multilatéral ou bilatéral auquel est partie l'Etat de l'exécution.

2. Pour ce qui est des sentences étrangères, il est de toute évidence souhaitable que la Loi type soit en tous points compatible avec l'article V. On a même considéré que les motifs énoncés dans cet article offraient des garanties suffisantes à l'Etat d'exécution, au point qu'il serait superflu de limiter la reconnaissance de l'exécution en exigeant la réciprocité. On a également estimé qu'une loi type sur l'arbitrage commercial international ne devrait pas favoriser les restrictions territoriales et que, d'un point de vue technique, il était difficile, sinon impossible, d'élaborer un mécanisme applicable dans un texte “unilatéral” tel que la Loi type. Néanmoins, la Loi type n'interdit pas à un Etat d'adopter un mécanisme de réciprocité, auquel cas la base de ce mécanisme ou l'élément déterminant, ainsi que la technique utilisée, devraient être spécifiés dans la loi nationale pertinente.

3. La liste de motifs semble également appropriée pour les sentences nationales, bien que le fait que ces motifs correspondent à ceux de l'annulation fasse courir le risque de ce que l'on a appelé un “double contrôle” inopportun, c'est-à-dire deux possibilités de révision judiciaire pour les mêmes motifs. C'est là une conséquence du traitement uniforme de toutes les sentences que l'on devrait pouvoir accepter, l'objet étant de réduire l'importance du lieu de l'arbitrage. Etant donné que la demande d'annulation et la demande de refus de la reconnaissance ou de l'exécution n'ont pas le même objet ni les mêmes conséquences, une partie devrait être libre de se prévaloir de ce double système de recours (reconnu en tant que tel par la Convention de New York de 1958) également dans les cas où la reconnaissance ou l'exécution sont demandées dans l'Etat où l'arbitrage a eu lieu. Pour ce qui est du risque potentiel d'une double procédure fondée sur les mêmes motifs, il

apparaît que ce problème est dans une large mesure traité par le paragraphe 2 (voir ci-dessous par. 5).

4. Le fait que les motifs énoncés au paragraphe 1 soient applicables aux sentences étrangères comme aux sentences nationales doit être pris en considération pour interpréter le texte, qui reprend dans une large mesure un article applicable aux sentences étrangères seulement (art. V de la Convention de New York de 1958). Par exemple, la référence à “la loi du pays où la sentence a été rendue” (alinéa a i) ou à “la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu” (alinéa a iv) ou encore à “un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel la sentence a été rendue” (alinéa a v) peut conduire à l'application soit d'une loi étrangère qui sera ou ne sera pas fondée sur la Loi type, soit de la Loi type du “présent Etat”. Dans ce dernier cas, c'est-à-dire dans un cadre national, il faudrait tenir compte des considérations mentionnées à propos des motifs d'annulation, par exemple l'effet limitatif d'une renonciation ou d'une soumission implicites [art. 4 et 16 2)] sur les motifs énoncés aux sous-alinéas i et iv du paragraphe 1 a⁹³.

Suspension de la reconnaissance ou de l'exécution, paragraphe 2

5. Le paragraphe 2 reprend l'article VI de la Convention de New York de 1958. Etant donné le champ plus large de la Loi type, il porte non seulement sur les sentences étrangères, mais également sur les sentences nationales rendues dans le cadre de l'arbitrage commercial international. Ainsi, il peut être utilisé pour éviter des révisions judiciaires concurrentes fondées sur les mêmes motifs — et peut-être des décisions divergentes — lorsque ce risque n'est pas déjà exclu par le fait que le même tribunal est saisi de la demande d'annulation et de la demande d'exécution présentée par l'autre partie.

⁹³Par. 10 et 11 du commentaire de l'article 34.