

L'exécution des sentences arbitrales
en vertu de la

Convention de New York

Expérience et perspectives

Ce volume contient les Interventions à l'occasion de la "Journée de la Convention de New York".
Ce colloque, qui s'est tenu dans la Salle du Conseil de tutelle au Siège de l'Organisation des Nations Unies
à New York, le 10 juin 1998, marquait le 40^e anniversaire de la Convention
pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères,
conclue le 10 juin 1958.



Nations Unies
New York, 1999

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.99.V.2

ISBN 92-1-233319-2

Sommaire

I. La naissance : il y a quarante ans	1
Présidé par Dumitru Mazilu <i>Ambassadeur, ministre des Affaires étrangères, Roumanie</i>	
Allocution d'ouverture pour commémorer l'issue positive de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international en 1958	1
Kofi Annan	
L'élaboration de la Convention	3
Pieter Sanders	
De New York (1958) à Genève (1961) – journal d'un vétéran	6
Ottoarndt Glossner	
II. La valeur : trois évaluations	9
Présidé par Tang Houzhi <i>Vice-Président, Commission chinoise pour l'arbitrage commercial international et l'économie internationale</i>	
Raison d'être et objectifs de la Convention	9
Robert Briner	
La contribution de la Convention à la mondialisation de l'arbitrage commercial international	11
Fali S. Nariman	
Les avantages de l'adhésion	15
Emilio J. Cárdenas	
III. L'effet : caractère exécutoire des clauses compromissoires et des sentences arbitrales	17
Présidé par Haya Sheika Al Khalifa <i>Avocat, Bahreïn</i>	
Faits nouveaux concernant la forme écrite	17
Neil Kaplan	
Les tiers et l'accord d'arbitrage	19
Jean-Louis Delvolvé	
Mesures provisoires et conservatoires	21
V. V. Veeder	
L'assistance des tribunaux pour l'application de mesures provisoires	24
Sergeï N. Lebedev	
Sentences annulées au lieu de l'arbitrage	25
Jan Paulsson	

IV . La magistrature : application judiciaire de la Convention	29
Présidé par Howard Holtzmann	
<i>Président honoraire du Conseil d'administration et de la Commission sur l'arbitrage international de l'American Arbitration Association</i>	
<i>Question 1</i>	
M. M. I. M. Aboul-Enein, Magistrat	29
M. Michael Goldie, Magistrat	30
M. Supradit Hutasingh, Magistrat	32
M. Jon Newman, Magistrat	33
Mme Ana Piaggi de Vanossi, Magistrat	34
<i>Question 2</i>	
Mme Piaggi de Vanossi	36
M. Hutasingh	36
M. Newman	37
M. Aboul-Enein	37
M. Goldie	38
V. L'avenir : ce qui reste à faire	39
Présidé par Muchadeyi Masunda	
<i>Directeur exécutif, Centre d'arbitrage commercial de Harare, Zimbabwe</i>	
Amélioration de l'application : rapport sur l'avancement du projet conjoint AIB/CNUDCI	39
Gerold Herrmann	
Encouragement de la diffusion de l'information, de l'assistance technique et de la formation	41
José María Abascal Zamora	
Promotion d'une interprétation uniforme	43
Albert Jan Van den Berg	
Étude de l'opportunité d'établir une convention additionnelle pour compléter la Convention de New York	47
Werner Melis	
Questions sur lesquelles pourrait porter une annexe à la Loi type de la CNUDCI ...	49
Gavan Griffith	
Notes	53

I. La naissance : il y a quarante ans

Présidé par Dumitru Mazilu

Ambassadeur, ministre des Affaires étrangères, Roumanie

Allocution d'ouverture pour commémorer l'issue positive de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international en 1958

KOFI ANNAN

Secrétaire général des Nations Unies

C'est un grand plaisir pour moi de vous accueillir à cette conférence spéciale de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international qui sera consacrée à la Convention de New York.

Il y a quarante ans à la même date, une conférence diplomatique organisée par les Nations Unies à New York a abouti à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. La rencontre de ce jour nous donne l'occasion de commémorer cet événement et de faire le point sur notre expérience de la Convention, afin de répertorier les questions qui se posent actuellement dans ce domaine et évaluer le travail qui reste à faire.

Nous sommes honorés de la présence aujourd'hui parmi nous de professionnels et de spécialistes hors pair dans le domaine de l'arbitrage, venus partager leurs points de vue avec nous. J'aimerais souhaiter la bienvenue à deux éminents spécialistes qui ont participé à l'élaboration de la Convention en tant que délégués de leur gouvernement. Il s'agit de M. Pieter Sanders, des Pays-Bas, et de M. Ottoarndt Glossner, de la République fédérale d'Allemagne.

Je suis par ailleurs heureux d'accueillir M. Fali Nariman, Président du Conseil international pour l'arbitrage commercial (CIAC), de même que ses collègues du Conseil. Le CIAC milite en faveur d'un arbitrage commercial international depuis quelque trente-cinq années et a apporté une immense contribution aux travaux de la CNUDCI.

Parmi nous aujourd'hui se trouvent également des représentants de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) à Paris, présidée par M. Robert Briner. Le symposium d'aujourd'hui serait en effet incomplet sans la CCI, car c'est sur son initiative qu'en 1953 les Nations Unies ont élaboré un traité international sur les sentences arbitrales.

Au cours des derniers mois, la CCI est devenue un partenaire plus proche encore des Nations Unies, dans le cadre de mes efforts visant à encourager les liens avec le secteur privé. La CCI comprend l'intérêt fondamental que représente pour les entreprises l'action des Nations Unies en faveur de la paix et du développement,

notre travail d'élaboration de normes techniques et nos efforts pour harmoniser et moderniser la réglementation du commerce international. Voilà pourquoi, au début de 1998, les Nations Unies et la CCI ont publié un engagement mutuel destiné à encourager les projets économiques dans le monde et promouvoir l'investissement dans un certain nombre de pays les moins développés.

De son côté, la CNUDCI a prouvé de tout temps qu'elle savait obtenir des apports du secteur privé. Quand la CNUDCI en était à ses débuts, l'arbitrage n'était pas reconnu dans toutes les régions du monde comme une alternative au règlement des différends commerciaux internationaux par la voie judiciaire. Bien au contraire, c'était une réalité souvent méconnue ou à laquelle on s'intéressait avec réserve ou méfiance, ce qui finissait par devenir un obstacle au développement du commerce international. Les travaux de la CNUDCI, qui s'inspiraient en partie du savoir-faire du secteur privé, ont contribué à dissiper les doutes. De nos jours, l'arbitrage sur le commerce international connaît un nouvel élan.

J'espère que ce type de coopération se poursuivra. La participation du secteur privé est essentielle : non seulement lors de la préparation des textes portant sur les besoins de la communauté mondiale des entrepreneurs, mais aussi après leur finalisation. J'aimerais profiter de cette occasion pour encourager les organismes du secteur privé à promouvoir beaucoup plus activement l'intérêt pour ces textes et leur application auprès des législateurs.

J'aborderai à présent le thème des débats d'aujourd'hui : la Convention de New York. Cet instrument de référence possède d'innombrables vertus. Elle a suscité un respect des engagements pris par des parties contractantes, qu'il s'agisse d'entités privées ou d'États. Elle a suscité la confiance dans l'autorité de la loi. Et elle a contribué à assurer un traitement équitable quand des conflits surviennent sur des questions de droits et d'obligations contractuels. Comme vous le savez, le commerce international ne prospère que dans le cadre de la primauté du droit; sans elle, les parties hésitent souvent à engager des transactions commerciales transnationales ou à effectuer des investissements internationaux.

Pour toutes ces raisons, la Convention à laquelle ont souscrit 117 États, dont les nations qui comptent dans les échanges internationaux, est un des traités les plus réussis dans le domaine du droit commercial. Elle a servi de modèle pour de nombreux textes législatifs internationaux sur l'arbitrage. Elle a en outre montré au monde entier, dès le début des années 50, que les Nations Unies pouvaient représenter une force motrice, constructive, sur des dossiers affectant les relations entre les États et les intervenants commerciaux sur la scène internationale.

Toutefois, il reste un certain nombre d'États non signataires de la Convention. En conséquence, les organismes qui investissent ou font des affaires dans ces États ne bénéficient pas de cette certitude juridique que procure la Convention, et les entreprises ne peuvent compter sur l'exécution des obligations commerciales. Les risques sont alors d'autant plus grands, si bien que des garanties supplémentaires sont parfois nécessaires, les négociations plus complexes et plus longues, avec pour conséquence une escalade des coûts de transaction. Ce type de risque peut être préjudiciable au commerce international.

Aussi nous faut-il, au moment où nous commémorons fièrement la naissance de la Convention et réaffirmons notre attachement à ses principes, reconnaître que l'objectif ultime assigné par les Nations Unies à cette Convention n'a pas encore été

atteint. Il faut promouvoir la Convention pour obtenir l'adhésion de ces pays encore absents. J'espère que cette Journée de la Convention de New York parviendra à convaincre les États qui ne s'y sont pas encore ralliés de le faire le plus vite possible.

L'Assemblée générale a appelé la période de 1990 à 1999 la « Décennie des Nations Unies en faveur du droit international » : une décennie où il faudra redoubler d'efforts pour stimuler le développement et la codification du droit international; où il faudra aussi sensibiliser l'opinion publique au rôle du droit international dans notre vie quotidienne.

Notre rencontre est une contribution significative à cette Décennie.

Vous vous êtes réunis pour réaffirmer l'attachement de la communauté internationale à la Convention de New York, mais aussi au droit international, l'un des grands piliers de la mission mondiale des Nations Unies. Vous êtes d'ailleurs présents ici à l'occasion d'une année remarquable : une année qui marque également le cinquantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Convention sur le génocide, et où les tentatives d'instituer un tribunal pénal international sont sur le point d'aboutir.

Dans cet esprit de progrès, sans toutefois minimiser la rude tâche qui vous attend, je vous souhaite une discussion productive et un agréable séjour au Siège des Nations Unies.

L'élaboration de la Convention

PIETER SANDERS

Délégué à la Conférence de 1958; Président honoraire, Conseil international pour l'arbitrage commercial

Célébrer les quarante ans de la Convention de New York de 1958 nous ramène à ses origines. En 1953, la Chambre de commerce internationale (CCI) a produit un premier projet. La CCI fête donc elle aussi un anniversaire, les quarante-cinq ans de son projet. Ce texte fut présenté au Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC). Il s'agissait d'un projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales. Toutefois, cette notion de sentence arbitrale internationale étant à l'époque trop avancée, l'ECOSOC l'a modifiée pour faire du projet une Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. C'est cette version de 1955 de l'ECOSOC que l'on a présentée à la Conférence internationale qui s'est tenue pendant trois semaines, du mardi 20 mai au mardi 10 juin 1958, au Siège des Nations Unies à New York. La Conférence était présidée par le représentant permanent des Pays-Bas aux Nations Unies, Willem Schurmann. Oscar Schachter occupait la fonction de Secrétaire exécutif.

À l'époque de la Conférence de New York, j'avais quarante-cinq ans. Aujourd'hui, quarante ans plus tard, bien des délégués à cette Conférence nous ont quittés, mais ils sont encore vivants dans nos mémoires de spécialistes de l'arbitrage international. Je pourrais en citer beaucoup à l'occasion de cet historique sur la

naissance de la Convention : le professeur Matteucci qui, avec le professeur Minoli, représentait l'Italie, le professeur Holleaux de France, le professeur Bülow d'Allemagne, le professeur Wortley d'Angleterre, le professeur Pointet de Suisse et M. Haight, venu au nom de la CCI, pour n'en mentionner que quelques-uns.

Mon rappel historique sur la Convention traitera surtout de ce qui, pendant la Conférence, a été appelé la « proposition néerlandaise ». Elle fut conçue au cours du premier week-end de la Conférence, que j'ai passé chez mon beau-père, dans une banlieue de New York. Je me vois encore assis dans le jardin avec ma machine à écrire portative sur les genoux. C'est là, au soleil, que la « proposition néerlandaise » a été conçue. De retour à New York, le lundi 26 mai, j'ai soumis ce projet à la Conférence.

Durant la séance du mardi 27 mai, la proposition a été accueillie favorablement par de nombreux délégués. Il a alors été décidé que la suite de la discussion se tiendrait sur la base de la proposition néerlandaise. Je n'entrerai pas dans le détail de ces discussions et des amendements apportés. Je préciserai simplement qu'au départ la Conférence ne souhaitait pas traiter de l'accord d'arbitrage dans le cadre de la Convention, comme le proposait le projet néerlandais. Elle préférait prévoir un Protocole distinct, comme le Protocole de la Société des Nations relatif aux clauses compromissoires (Genève, 1923) (le Protocole de Genève de 1923). Toutefois, à un stade très avancé de la Conférence, une disposition sur l'accord d'arbitrage fut insérée dans la Convention, l'article II actuel.

La proposition néerlandaise était-elle vraiment, comme le professeur Matteucci l'a appelée, « une innovation très audacieuse » ? À l'époque, j'estimais qu'il s'agissait d'une suite logique de la Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Genève, 1927) (la Convention de Genève de 1927), qui tenait compte de l'expérience acquise depuis lors, le recours à l'arbitrage pour résoudre des différends commerciaux internationaux étant de plus en plus fréquent.

Les principaux éléments de la « proposition néerlandaise » étaient, tout d'abord, l'élimination de la double *exequatur*, l'une dans le pays où la sentence était rendue et l'autre dans le pays de l'exécution de la sentence. En vertu de la Convention de Genève de 1927, nous avons toujours exigé les deux. Or il est logique de n'exiger une *exequatur* que dans le pays où l'on cherche à faire appliquer la sentence et de ne pas en demander de surcroît dans le pays où la sentence a été rendue, mais où l'on ne cherche pas à la faire exécuter. Un autre élément de la proposition était de limiter autant que possible les motifs permettant de justifier un refus de reconnaissance et d'exécution et de faire peser la charge de prouver l'existence d'un ou de plusieurs de ces motifs sur la partie contre laquelle on cherche à faire exécuter la sentence. Là encore, l'idée allait de soi.

Seulement, rien n'est parfait en ce bas monde. Après quarante ans de pratique de cette Convention, le texte aurait certainement besoin de quelques améliorations. On pourrait par exemple envisager d'uniformiser les règles relatives aux procédures d'exécution. À cet égard, la Convention prévoit seulement que la sentence et l'accord arbitral seront soumis au tribunal (article IV) et qu'aucun supplément de frais de justice ne devra être exigé par rapport à ceux qui sont imposés pour l'exécution d'une sentence nationale (article III).

En dehors de cela, la procédure dépend des dispositions nationales sur l'arbitrage. Il n'existe pas d'instance judiciaire centralisée pour l'exécution des sentences

de la Convention de New York, comme l'ont proposé ces dernières années plusieurs auteurs. Au cours de la Conférence de 1958, l'idée n'a même pas été évoquée.

Je ne propose pas d'amender la Convention. Il serait irréaliste de croire que 117 États pourraient parvenir à un consensus. Je ne recommanderai pas non plus l'ajout d'un Protocole, que certains de ces États seraient prêts à approuver. Cela reviendrait à créer deux catégories d'États signataires de la Convention de New York.

Je recommanderai plutôt de compter sur l'harmonisation de l'application et de l'interprétation de la Convention sur des questions pour lesquelles la Convention s'en remet à la législation nationale sur l'arbitrage. Je fais en particulier allusion au cinquième motif justifiant le refus d'exécution énoncé dans l'article V(1) : la sentence a été annulée dans le pays où elle a été rendue en vertu de la législation sur l'arbitrage en vigueur dans ce pays. De toute évidence, on ne peut pas éviter de faire appel aux législations nationales relatives à l'arbitrage. Lors de mes Conférences pour l'Académie de droit international de La Haye en 1975, j'ai comparé l'arbitrage international à un oisillon. Il prend son envol mais, de temps en temps, il retombe dans son nid. À mon avis, la comparaison vaut encore aujourd'hui.

On assiste d'ailleurs à une harmonisation des législations nationales en matière d'arbitrage. Elle a progressé tout particulièrement depuis l'apparition en 1985 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la Loi type), adoptée aujourd'hui par quelque 28 États, dont une dizaine en ont étendu le champ d'application à l'arbitrage national. La Loi type reprend pratiquement les motifs de l'article V de la Convention, non seulement en ce qui concerne l'exécution (article 36) mais aussi le refus (article 34). Nous n'avions pas prévu cet effet de la Convention en 1958.

L'harmonisation de l'application et de l'interprétation de la Convention peut aussi progresser grâce à la publication de la jurisprudence sur la Convention. À mesure que se multipliaient les adhésions à la Convention et que les décisions des tribunaux émergeaient, il est apparu qu'une compilation des décisions des tribunaux nationaux sur la Convention pourrait être utile. Ce type de publication révélerait les différentes interprétations et, en les rendant publiques, favoriserait peut-être une certaine harmonisation. En outre, la publication de cette jurisprudence nationale serait aussi utile pour choisir le lieu d'arbitrage dans le cadre d'un arbitrage international.

En 1976, je me trouvais à nouveau aux Nations Unies, cette fois en tant que consultant auprès de la CNUDCI, pour rédiger ce que l'on connaît bien aujourd'hui sous le nom de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. J'avais alors demandé aux Nations Unies si elles seraient prêtes à se lancer dans ce type de publication. Une publication des décisions de justice de la Convention, même si elle ne remplaçait pas une instance judiciaire centralisée, pourrait au moins représenter une sorte d'alternative. Cependant, les Nations Unies n'en avaient pas l'intention.

C'est une des raisons, et peut-être même la principale raison, pour laquelle j'ai lancé en 1976, au nom du CIAC, les *Annales du CIAC*. Jusqu'à présent, dans les 22 volumes qui ont été publiés depuis 1976, 728 décisions de justice relatives à la Convention, émanant de 42 pays, ont été publiées sous forme d'extraits. Les temps ont changé. Aujourd'hui, on peut féliciter les Nations Unies pour leur récente initiative de publier CLOUT, abréviation pour *Case Law on UNCITRAL Texts* (Jurispru-

dence sur les textes de la CNUDCI), comprenant, entre autres, sa Loi type. L'harmonisation des décisions de justice relatives à la Convention est également envisagée dans le célèbre Traité de Van den Berg, à l'origine une thèse rédigée dans le cadre de mon université, l'Université Érasme de Rotterdam. Le titre intégral de ce travail est *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation (La Convention de New York de 1958 sur l'arbitrage. Vers une interprétation judiciaire uniforme)*. Une deuxième édition devrait bientôt paraître et, à mon avis, elle montrera que l'on est déjà parvenu à une certaine harmonisation.

Il est temps de conclure cette introduction sur la naissance de la Convention de New York. J'ai évoqué quelques souvenirs de la Conférence de 1958 et ajouté certaines idées sur l'avenir qui, selon moi, réside dans une harmonisation. Si l'on regarde ce qui a été accompli en quarante ans, la Convention aura été un grand succès et, de manière générale, elle fonctionne de manière satisfaisante. Le monde des affaires est reconnaissant aux Nations Unies d'avoir mis à sa disposition cet instrument dans un univers où l'on fait de plus en plus souvent appel à l'arbitrage pour régler des différends en matière de commerce international. Pour terminer en parlant une langue autrefois commune à tous les pays civilisés : *Vivat, Floreat et Crescat* la Convention de New York de 1958.

De New York (1958) à Genève (1961) – journal d'un vétéran

OTTOARNDT GLOSSNER

Délégué à la Conférence de 1958

Président honoraire, Institut allemand pour l'arbitrage

Je souhaite m'attacher au facteur humain, en évoquant ceux qui ont pris part aux différentes Conventions.

Lord Tangle (Sir Edwin Herbert), avocat britannique de réputation internationale et mon prédécesseur immédiat en tant que président de la Commission sur l'arbitrage international de la Chambre de commerce internationale (CCI), et Frédéric Eisemann, Secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI et Secrétaire de la Commission de la CCI, étaient tous deux membres de la délégation de la CCI à New York.

Au lendemain de la guerre, Frédéric Eisemann s'était rapidement rendu compte que le Protocole de la Société des Nations relatif aux clauses compromissoires et la Convention sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères, toutes deux conclues à Genève dans les années 20, ne dégageaient pas suffisamment les arbitrages internationaux de leur carcan juridique. Véritable visionnaire, il en appelait à une dénationalisation et une internationalisation des sentences arbitrales, avant de reconnaître de bonne grâce que le monde n'était pas prêt à aller au-delà du concept de sentence arbitrale étrangère.

Aujourd'hui, quarante ans plus tard, à l'ère du monde sans frontières de l'Internet, c'est toute la planète qui est de nouveau mise au défi d'accepter la déna-

tionalisation des sentences arbitrales.

Après cinq ans de préparatifs, M. l'Ambassadeur Schurmann, en sa qualité de président élu de cette conférence, a dû assumer la tâche herculéenne de présenter à la signature une Convention dans un délai de trois semaines en dirigeant un orchestre de quelque cinquante délégations, composées pour l'essentiel de diplomates accrédités auprès des Nations Unies, comme lui-même, et peu familiarisés avec les questions d'arbitrage, mais aussi d'un tout petit groupe d'experts très au fait de ces questions. Il a fait preuve de tout son talent lorsqu'il a été amené à brider les élans rhétoriques des délégués, qui étaient fréquents, et ce tout en douceur comme pour une remise de médaille.

M. l'Ambassadeur Schurmann conjugua ses compétences de brillant diplomate aux connaissances sans faille d'un compatriote et expert de haute lignée, Pieter Sanders. Ce dernier, connu pour son esprit cartésien, sa vivacité, et fort d'une longue expérience de juriste et d'arbitre tous azimuts, devint son partenaire idéal. Ils traitèrent l'ordre du jour avec pragmatisme et sans coup d'éclat, mais ce fut une réussite considérable.

Mario Matteucci, directeur de l'Institut de la Société des Nations pour l'unification du droit privé à Rome, universitaire de réputation internationale, avait fait équipe avec Eugenio Minoli, grand maître de la chose juridique qui fut un temps conseiller auprès du Saint-Siège et qui ouvrit de nouveaux horizons à une approche moderne de l'arbitrage en Italie par les voies législative et jurisprudentielle.

Benjamin Wortley, professeur de droit commercial, et Niel Pearson, juriste de terrain émérite, vivant tous deux à Manchester, en Angleterre, étaient connus pour leur immense efficacité lorsqu'il s'agissait de formuler les propositions les plus étranges dans un anglais de bonne facture. À titre plus personnel, je n'oublierai jamais Ben Wortley lorsque, au début d'une séance matinale, à l'issue d'une longue nuit de débats, il affirma sentir naître une idée confuse dans sa tête puis présenta immédiatement une brillante solution au problème qui s'était fait jour la veille.

Le Conseiller d'État, Georges Holleaux, universitaire français dans le sens le plus noble du terme, l'image même du haut fonctionnaire juriste français, et René Arnaud, pur produit des grandes écoles françaises et économiste de terrain, par ailleurs fondateur de la CCI en 1918, étaient les délégués les plus judicieusement choisis pour assumer la responsabilité de la rédaction d'une version française impeccable de la Convention. C'étaient deux partisans du renouveau de l'arbitrage international en France, renouveau qui, grâce à leurs efforts et à ceux de Jean Robert, s'est concrétisé à travers la législation et la jurisprudence.

Arthur Bülow, qui faisait autorité en matière de procédure civile auprès du ministère fédéral de la Justice à Bonn avant d'en devenir son Secrétaire permanent, m'avait demandé de faire partie de la délégation allemande à New York, en tant que représentant de la Fédération des industries allemandes. Notre tandem s'avéra l'association parfaite du législateur et du juriste de terrain. Malgré quelques désaccords sur des points de détail, nous avons formidablement bien travaillé ensemble avec un grand bonheur au cours de ces longues journées qui, compte tenu des contraintes de temps, se prolongeaient fort tard.

Martin Domke, vice-président de l'American Arbitration Association, fort à son aise avec les conceptions juridiques des deux côtés de l'Atlantique, s'est heurté aux

réticences des États-Unis à accepter l'idée d'un arbitrage international. C'est lui qui a fait connaître aux milieux américains des affaires et du commerce la pratique de l'arbitrage international, à tel point que le Gouvernement des États-Unis a fini par ratifier la Convention relativement rapidement, dans les années 70, ce qui a ouvert la porte à une législation et une jurisprudence de l'arbitrage international aux États-Unis. Nous entretenions, Martin et moi-même, des liens plus particuliers, dans la mesure où, dans sa jeunesse, il avait été professeur assistant auprès d'Ernst Heymann, le grand-père de ma femme.

Son Excellence Mgr James Griffith, qui représentait le Saint-Siège, était assis à côté de la délégation allemande. C'était le brillant exemple des vertus multiculturelles du Vatican. Dans sa tenue religieuse de haut fonctionnaire de l'Église, personnage maigre aux allures de Pie XII, il sollicitait et recevait de la délégation allemande, dans un esprit de bon voisinage, des conseils occasionnels à travers des approbations muettes et des signes de sympathie sur des questions de principe ou de formulation. À l'issue des négociations, il nous assura que la Convention, en tant que moyen d'apporter la paix dans le monde des affaires et du commerce, serait un jour ou l'autre ratifiée par le Vatican, ce qui arriva en effet en 1975.

Parallèlement à l'initiative de l'ECOSOC à New York, Frédéric Eisemannn avait saisi la Commission économique pour l'Europe (CEE) à Genève en vue de commencer des travaux pour une Convention européenne sur l'arbitrage international afin de surmonter l'absence virtuelle de communication — dans une Europe profondément divisée — entre une Union européenne naissante et le bloc soviétique. Après le 10 juin 1958, les gouvernements décidèrent de poursuivre les négociations de Genève afin de traiter directement dans le détail de la procédure d'arbitrage. Dans le théâtre européen balayé par les vents de la guerre froide, une atmosphère de défiance mutuelle pesait fortement sur les négociations qui aboutirent, parfois, à une quasi-paralysie de l'activité des délégations. Ce fut alors l'œuvre inoubliable de Lazare Kopelmanas, Secrétaire de la Conférence, que d'avoir ramené les négociations dans des eaux plus calmes en obtenant ce qui était possible compte tenu des circonstances. La situation produisit parfois des résultats curieux, comme la nomination d'arbitres à un « Comité de désignation », organe Est-Ouest au mandat reconductible, que j'ai eu l'honneur de présider trente ans durant. Immédiatement après la signature de la Convention de Genève en 1961, les nations d'Europe occidentale convoquèrent en toute hâte en 1962 une Conférence à Paris qui, dans le cadre de l'« Accord de Paris », revint sur une partie du mécanisme de désignation.

Néanmoins, les Conventions, en particulier celle de New York, de ces années se sont avérées constituer un instrument solide d'arbitrage international dans le monde entier. Au cours de ces longues négociations, pratiquement tous les délégués, au-delà de leurs différences, sont passés du respect mutuel à des relations amicales et durables. La preuve la plus éclatante en est la naissance du Conseil international pour l'arbitrage commercial.

En évoquant certaines personnes qui participèrent à ce processus, je voulais leur rendre hommage à tous, jusqu'au dernier employé de bureau, pour leur performance extraordinaire qui a consisté à œuvrer à l'achèvement de cette convention qui s'est avérée l'une des grandes réussites de notre époque.

II. La valeur : trois évaluations

Présidé par Tang Houzhi

Vice-Président, Commission chinoise pour l'arbitrage commercial international et l'économie internationale

Raison d'être et objectifs de la Convention

ROBERT BRINER

Président, Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale

L'arbitrage commercial international est au service du monde international des affaires et du commerce. Il était donc parfaitement normal que la Chambre de commerce internationale (CCI) qui venait d'être créée en 1923 ait instauré un système d'arbitrage pour faciliter le règlement des différends intervenant dans le cadre du commerce international. Le développement de l'arbitrage de la CCI peut se mesurer par le fait que la Cour ait reçu le 8 juin 1998 le dossier n° 10 000 portant sur un différend entre un plaignant nord-américain et plusieurs défendeurs d'un ancien pays socialiste d'Europe de l'Est. La CCI a en outre travaillé en étroite collaboration avec les organes compétents de la Société des Nations à l'occasion de la rédaction du Protocole sur les clauses compromissoires (Genève, 1923) et de la Convention sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Genève, 1927).

Comme le Secrétaire général a déjà eu la gentillesse de le mentionner, la CCI a pris en 1953 l'initiative et a soumis aux Nations Unies un projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales.

Mais venons-en aux objectifs de la Convention de New York : se mettre au service des entreprises et des échanges internationaux.

Lorsque l'on considère les choses quarante ans plus tard, il ne fait aucun doute que cette Convention a été et continue d'être une grande réussite. De façon générale, l'exécution des sentences est considérablement plus facile que l'exécution des jugements rendus par des tribunaux nationaux. Actuellement, plus de 117 pays ont ratifié la Convention, parmi lesquels les grandes nations des échanges internationaux et de nombreux autres pays de toutes les régions du monde, notamment d'Amérique latine, continent longtemps hostile aux arbitrages internationaux, mais où nous avons observé ces dernières années une expansion spectaculaire.

Permettez-moi d'indiquer quelques domaines dans lesquels des améliorations pourraient logiquement intervenir pour favoriser plus encore les échanges internationaux de biens et de services, c'est-à-dire l'objectif affiché dans les années 1953 à 1958.

L'une des principales lacunes de la Convention réside dans son absence manifeste de procédure efficace et universelle de mise en application.

Il y a cinq ans, se plaçant à l'horizon des cent prochaines années, les juges Howard Holtzman et Stephen Schwebel ont proposé la création d'un tribunal inter-

national chargé de régler les différends sur le caractère exécutoire des sentences arbitrales. Aujourd'hui, dans cette enceinte, il semblerait plus prudent de se montrer moins visionnaire et de s'attacher aux dix prochaines années, en abandonnant les autres thèmes, à la discussion du 10 juin 2008.

L'arbitrage commercial international se heurte aujourd'hui à deux principaux problèmes.

La mondialisation et la privatisation ont multiplié sans cesse le nombre d'intervenants dans les transactions internationales, avec tous les différends et les phénomènes litigieux que cela comporte. Les nouveaux acteurs sur la scène internationale manquent d'expérience. Le réservoir d'arbitres dans de nombreuses régions du monde est limité et le plus souvent ils ne sont pas convenablement équipés et formés. En 1997, moins de 60 % des parties demandant l'arbitrage de la CCI provenaient d'Europe occidentale et d'Amérique du Nord, alors que plus de 85 % des arbitres désignés résidaient dans ces régions et que, dans près de 90 % des cas, le siège de l'instance d'arbitrage avait été choisi dans le monde occidental. Dans une large mesure, ces choix sont le fait des parties elles-mêmes. Ce déséquilibre est dû à un manque de confiance très répandu de la part des nouveaux venus vis-à-vis des arbitres de leurs propres régions et à un manque de confiance courant dans la législation nationale et dans les tribunaux de nombreuses régions du monde. Le changement nécessaire peut demander du temps et bien des efforts, sans pour autant être spectaculaire. Si l'on veut faire accepter et donner toute son efficacité à l'arbitrage commercial international, il est cependant impératif que ce changement intervienne.

L'autre problème réside dans l'effondrement et l'asphyxie des tribunaux de nombreuses régions du monde. Ce phénomène contraint plus que jamais les entreprises internationales à recourir à des arbitrages qui, contrairement à de nombreuses idées préconçues, sont plus rapides que des actions devant les tribunaux, avec la congestion de ce système, l'existence de deux ou trois instances judiciaires et souvent des particularismes nationaux en matière de procédure. L'arbitrage revient aussi moins cher au bout du compte que les procès devant les tribunaux nationaux. Bien que l'on soit amené à payer les arbitres et éventuellement l'instance arbitrale, les frais juridiques sont plus faibles en raison du caractère plus concentré et de la brièveté plus marquée de la procédure, la partie étrangère n'a pas besoin de recourir aux services d'un conseil local. En outre, plus la procédure est courte, moins les dirigeants d'une entreprise y consacrent du temps, ce qui constitue un facteur important de coût.

Compte tenu de ce phénomène de congestion, il convient d'encourager toutes les mesures qui limitent l'intervention des tribunaux dans les dossiers d'arbitrage. Il n'y a pas vraiment de raison pour que la fonction de contrôle des tribunaux s'exerce aussi au lieu d'arbitrage et non pas seulement dans les lieux où intervient l'application des décisions. Il n'y a pas plus de raison pour qu'un juge chargé de l'exécution des décisions applique d'autres critères que ceux de l'ordre public international lorsqu'il étudie une demande de mise en application d'une sentence arbitrale. Il n'y a absolument aucune raison pour qu'une partie, qui a conclu de son plein gré une transaction commerciale prévoyant un règlement des différends par la voie arbitrale, ait la possibilité de se délier de l'accord qu'elle a signé, souvent avec des arguments spécieux, pour que le litige finisse par être réglé devant les tribunaux.

La législation de l'ère moderne, comme la Loi type de la CNUDCI ainsi que de nouveaux textes tels que les lois anglaise et indienne de 1996 sur l'arbitrage, va très

loin dans cette voie, mais la preuve de l'existence du pudding est qu'on le mange. Même si les nouveaux textes encouragent l'arbitrage, certains juges se sentent encore tenus par des habitudes protectionnistes qui n'ont plus cours.

Parallèlement à ces mesures, il faut réfléchir plus avant sur le rôle que la médiation et la conciliation peuvent jouer, non pas pour se substituer à l'arbitrage, mais pour répondre à des besoins et attentes spécifiques, y compris dans le domaine du commerce international, dans des situations où il n'est pas nécessaire d'en passer par une sentence exécutoire.

Il convient en outre de rechercher les meilleures modalités de règlement des différends dans lesquels les sommes en jeu sont limitées. Il s'agit là de petites mesures peu spectaculaires.

Pour en revenir aux conceptions visionnaires des juges Holtzman et Schwebel pour les cent prochaines années, on est en droit de rêver à des façons de régler le problème de l'intervention de multiples parties, de recourir à l'arbitrage dans des situations délictueuses, notamment dans des dossiers d'infraction à la réglementation, et de trouver des voies pour faire appliquer concrètement les mesures transitoires ou conservatoires et les ordonnances procédurales prises par les arbitres, par exemple, en ce qui concerne la recevabilité des preuves.

Les activités internationales des entreprises continuant de se développer, l'arbitrage commercial international va lui aussi se développer. C'est à nous, les praticiens, qu'il appartient de familiariser les usagers avec les procédures d'arbitrage en tant qu'unique méthode réaliste pour régler les litiges commerciaux internationaux. Notre travail n'est certes pas spectaculaire, mais il n'y a pas de solution simple. On ne peut pas prendre un hélicoptère pour éviter les difficultés et les écueils d'une course en montagne; il faut mettre un pied devant l'autre sur le long chemin qui mène au sommet, ou comme disait Deng Xiaoping, « savoir traverser la rivière en s'appuyant sur chaque pierre ».

La contribution de la Convention à la mondialisation de l'arbitrage commercial international

FALI S. NARIMAN

Président, Conseil international pour l'arbitrage commercial

La Convention de New York a connu quatre splendides décennies de succès de portée mondiale. Cette occasion n'est pas pour moi la simple célébration d'un anniversaire, c'est aussi la commémoration d'un partenariat extrêmement réussi — un partenariat forgé par trois documents de référence : la Convention de New York (1958), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976) et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985).

Dans la synthèse que j'ai rédigée pour cet anniversaire de la Convention de New York, j'avais énoncé les principaux facteurs ayant contribué à la mondialisation de

la Convention et, à la fin de ce texte, j'évoquais quatre ou cinq questions qui méritent qu'on s'y arrête dans les années qui viennent.

Je les ramènerai toutes à une seule question, compte tenu du temps qui m'est imparti et par crainte de subir le sort de Socrate. Je songe ici à cette vieille histoire de la rédaction d'un lycéen auquel on demandait d'écrire ce qu'il savait de Socrate. Et voilà ce qu'il a écrit : « Socrate était grec. Il posait trop de questions. Les Grecs l'ont donc empoisonné. ». La question que je voulais traiter était la suivante :

Dans les années qui viennent, la Convention peut-elle parvenir à une mondialisation plus grande encore des concepts et des approches ?

C'est peu probable. Comme l'a rappelé M. Pieter Sanders il y a quelques instants, cette convention a été rédigée dans un monde imparfait — et si je peux me permettre d'ajouter, dans un monde imparfait d'États-nations souverains. En outre, quarante ans et 117 ratifications plus tard, elle continue de s'inscrire dans un monde imparfait d'États-nations souverains ! La souveraineté des États est le principal obstacle à la primauté universelle du droit, quel qu'il soit. Deuxièmement, il ne faut pas trop attendre d'une convention internationale comme celle dont nous célébrons l'anniversaire en ce jour. Elle a été délibérément conçue de façon à faciliter l'application de ses dispositions dans les régimes juridiques divers et variés qui prévalent tout autour de notre planète. À l'issue de la Conférence de New York en 1958, un bref mandat a été promulgué pour préciser ce que le projet de dispositions entendait obtenir — avec une humilité touchante. Ce mandat indiquait : « La simple application mondiale des sentences arbitrales ». C'est tout. Or la façon la plus simple de faire reconnaître et appliquer les sentences étrangères était de passer par les tribunaux nationaux et de compter sur leur aide. Comme l'a indiqué le Secrétaire général dans son allocution de ce matin, « la Convention a suscité la confiance dans l'autorité de la loi » : ceux qui attendaient mieux seront sans doute déçus.

Nombreux sont ceux parmi nous qui se souviendront d'un anniversaire célébré à Londres il y a quelques années lorsque, fonçant sur les moulins à vent de la souveraineté nationale, on avait proposé la création d'une nouvelle cour internationale qui se substituerait aux tribunaux nationaux pour le règlement des différends concernant un arbitrage international. J'étais reparti fort impressionné par le « rêve » des juges Holtzman et Schwebel.

Mais un récent événement m'a convaincu que la proposition formulée lors du centenaire de la Cour d'arbitrage international de Londres en 1993 nous aurait placés dans une situation bien pire que nous le sommes actuellement. Cet événement concernait une autre Convention des Nations Unies, la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, considérée elle aussi comme une réussite en matière de convention multilatérale. Cette convention compte en effet plus de signataires que celle de New York — 160 États sont parties à la Convention de Vienne sur les relations consulaires. En outre, ce texte comporte un Protocole facultatif. Ce protocole stipule que les différends résultant de l'interprétation ou de l'application de la Convention de Vienne relèvent obligatoirement de la Cour internationale de Justice et qu'ils peuvent être présentés devant cette instance par n'importe quelle partie au différend qui soit également partie au Protocole.

Les États-Unis d'Amérique et la République du Paraguay sont tous deux parties à la Convention de Vienne de 1963 ainsi qu'à son Protocole facultatif. Il y a quelques années, un ressortissant paraguayen, Angel Francisco Breard, a été arrêté, inculpé,

jugé et condamné à mort pour meurtre par un tribunal de l'État de Virginie aux États-Unis. Pas plus au moment de son arrestation que lors de son procès, il n'a été informé, par les autorités qui le détenaient, de ses droits à une assistance consulaire (disposition contraignante de l'article 36 de la Convention de Vienne). N'ayant obtenu des renseignements sur Breard qu'au moment où il se trouvait dans le couloir de la mort, le Paraguay a engagé un recours auprès du Tribunal fédéral de district de Virginie, en mettant en cause la légalité de la déclaration de culpabilité et de la sentence : il apparaît que Breard, n'étant pas informé de son droit de consulter un représentant consulaire du Paraguay aux États-Unis, avait avoué le meurtre dont il était accusé parce qu'il pensait que cet aveu atténuerait la sentence, à savoir la prison à vie : cette attitude lui était suggérée par le droit et la pratique en matière pénale de son pays d'origine, le Paraguay.

Le Tribunal fédéral de district a rejeté le recours au motif qu'il n'avait pas la compétence de statuer sur le bien-fondé d'un jugement rendu par les tribunaux des États-Unis. Le Paraguay a interjeté appel et le Gouvernement des États-Unis est alors intervenu en posant une question plus fondamentale — il a en effet déclaré que les tribunaux nationaux des États-Unis n'étaient pas compétents pour statuer sur une quelconque accusation de violation d'une convention internationale — la question ne pouvait être, le cas échéant, réglée que par la Cour internationale de Justice (CIJ). Le rejet de l'action intentée par le Paraguay a été confirmé par la Cour d'appel des États-Unis compétente pour le territoire. Entre-temps, la date de l'exécution de Breard avait été fixée par le gouverneur de l'État de Virginie au 14 avril 1998.

Le 3 avril 1998, le Paraguay a donc engagé une action contre le Gouvernement des États-Unis auprès de la CIJ pour violation de la Convention de Vienne concernant ce même Angel Breard. En attendant l'examen de sa plainte, le Paraguay a aussi demandé à la CIJ de prendre des mesures provisoires immédiates de sursis à l'exécution de la peine de mort. Les gouvernements des deux pays ont participé aux brèves auditions devant la CIJ — ce qui permettait légitimement de penser que l'ordonnance qui serait prise en fin de compte serait respectée par les deux États prenant part à la procédure. Le 9 avril 1998, la CIJ a rendu son ordonnance assortie des attendus — les quinze juges avaient décidé à l'unanimité que la Cour était compétente sur l'objet de la plainte et qu'en attendant l'arrêt définitif de la Cour, les États-Unis devaient prendre toutes les mesures à leur disposition pour veiller à ce que Breard ne soit pas exécuté et qu'ils devaient en outre informer la Cour de toutes les mesures prises pour faire appliquer l'ordonnance.

Un recours a alors été formé par le Paraguay auprès de la Cour suprême des États-Unis pour faire appliquer l'ordonnance de la CIJ — en d'autres termes, pour surseoir à l'exécution de la peine de mort. Mais ce pourvoi a été rejeté. À la majorité des juges (6 contre 3), la Cour a déclaré qu'il n'existait aucune « loi » imposant l'application de l'ordonnance de la CIJ, en ajoutant :

« Si le gouverneur [à savoir le gouverneur de l'État de Virginie] souhaite attendre la décision de la CIJ, cela relève de ses prérogatives. Mais rien dans notre jurisprudence ne nous autorise à faire ce choix à sa place. »

Breard a été rapidement exécuté à neuf heures du soir au jour initialement prévu pour son exécution, le 14 avril 1998. L'affaire en suspens devant la CIJ était devenue sans objet.

Un grand magistrat comme Holmes a fait un jour cette prophétie : « ce que j'entends par la Loi est ce qu'appliquent les tribunaux, et je ne serai pas plus prétentieux ». Ce que la plus haute instance judiciaire au monde a fait et ce que la plus puissante instance judiciaire au monde a dit, dans le cas d'Angel Breard, démontre clairement ce qui suit.

Premièrement, tant qu'il y aura des États-nations souverains, les décisions sur les différends internationaux ou transnationaux ne pourront être appliquées que par des tribunaux nationaux souverains et pas autrement, ce fait étant souligné à maintes reprises (et à juste titre) dans les dispositions rédigées avec soin de la Convention.

Deuxièmement, même une décision unanime d'un tribunal international rendue sur un différend entre deux États souverains, dans l'exercice de la compétence obligatoire reconnue par consensus à ce tribunal, n'a pas plus de validité ou davantage force de loi qu'une demande polie, les nations souveraines restant vraiment et authentiquement souveraines. Toute ordonnance d'une instance extranationale, quelle que soit sa prééminence, est tout bonnement inapplicable, dès lors que le gouvernement d'un État-nation décide de ne pas s'y conformer. Qui plus est, la souveraineté est inscrite dans le code génétique de tout État-nation et pas seulement dans celui des États-Unis d'Amérique.

Le problème de l'efficacité d'un tribunal international ou transnational réside dans le fait que cette instance est la créature d'États indépendants, absolument souverains; or, les États indépendants et souverains agissent trop souvent comme des boules de billard qui doivent nécessairement se heurter et non pas coopérer. Dans l'avant-propos d'un ouvrage publié par Kluwer en 1995 pour commémorer le 50^e anniversaire de la Cour internationale de Justice, celui qui en assurait alors la présidence s'était exprimé en toute franchise sur les infirmités de cette instance. Il avait indiqué que la Cour portait en elle « un héritage génétique fragilisé par les chromosomes de la souveraineté des États ».

En ce jour, je veux rendre hommage à la lucidité et la sagesse des pères de la Convention pour avoir admis dès 1958 l'importance singulière des tribunaux nationaux souverains auxquels étaient destinées les principales dispositions de la Convention. Ils ont su voir, bien avant tout le monde, qu'on ne pouvait ignorer « l'héritage génétique » des tribunaux nationaux, que sans l'aide et l'assistance des tribunaux nationaux les sentences arbitrales transnationales ne pouvaient pas être appliquées sur le terrain.

D'ailleurs, quarante ans plus tard, les choses n'ont pas changé. Ce qu'il faut pour parvenir à une mondialisation plus grande encore de la Convention, c'est renforcer sa logistique — par exemple, en faisant plus largement connaître les avantages de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. En attendant, il faudra nous contenter du système actuel des différents tribunaux nationaux statuant sous des régimes juridiques différents, prenant en considération et faisant appliquer des sentences arbitrales étrangères — et à de rares occasions nous surprenant en *ne le faisant pas*.

Les avantages de l'adhésion

EMILIO J. CÁRDENAS

Ambassadeur, Argentine

Il y a exactement quarante ans, le 10 juin 1958, la Convention sur la reconnaissance et l'application des sentences arbitrales étrangères a vu le jour dans le cadre des Nations Unies. Aujourd'hui, c'est précisément cet anniversaire qui nous réunit.

J'ai été chargé d'une mission particulièrement simple, que je peux remplir aisément. Il s'agit de décrire les avantages dont peuvent bénéficier les États qui ratifieraient ou signeraient cet instrument, non pas tant sous l'angle juridique que du point de vue de l'homme d'affaires.

Tout le monde sait que l'économie internationale, ces trente dernières années, a connu des transformations spectaculaires qui ont été plus rapides et plus profondes qu'à tout autre moment de ces quarante dernières années, c'est-à-dire depuis que l'histoire a assisté à l'apparition d'une science de l'économie.

Le processus que nous désignons sous le terme de « mondialisation » a entraîné des mutations dans le domaine de la production de biens et de services qui sont authentiquement révolutionnaires. Cela étant, ce processus a également renforcé la capacité des intervenants du secteur privé, à tel point que l'on peut avoir aujourd'hui l'impression que la nature même du rôle de l'État dans les affaires économiques s'est sensiblement modifiée, dans la mesure où il y a des processus et des marchés qui transcendent l'État et sur lesquels, comme jamais auparavant, l'État se trouve incapable d'exercer sa domination, ni même un pouvoir de contrôle.

La technologie, l'explosion des connaissances, la science de l'information et les télécommunications ont transformé, voire brouillé, ce qui donnait autrefois de l'importance aux frontières, en rapprochant les agents économiques et en accélérant l'internationalisation des procès de production et des activités commerciales en général.

Qu'elles soient formelles ou informelles, les fusions internationales, les alliances stratégiques, les partenariats et associations de tous les genres, en vue de la production de biens, de la prestation de services, de la recherche ou du développement, ou encore de la commercialisation de biens et de services, deviennent de plus en plus fréquents et répandus. Qui plus est, ces activités ne respectent plus les frontières, ce que les médias ont commencé tout à coup à faire largement savoir, mais sans que personne ne soit surpris, comme s'il s'agissait de quelque chose de tout à fait naturel.

Face à cet élargissement de l'horizon, le concept de certitude juridique a soudain acquis une importance véritablement exceptionnelle. Il a donné une importance privilégiée à la forme contractuelle en tant que principale articulation des relations commerciales et des règles qui les gouvernent. En outre, il a sensiblement renforcé l'importance relative des méthodes de règlement des différends en général et du mécanisme d'arbitrage en particulier.

Il est en effet difficile d'accorder aveuglément sa confiance à des tribunaux locaux lorsque c'est le résultat économique d'opérations commerciales de dimensions internationales qui est en jeu. En effet, il est tout à fait possible de se heurter

à des distorsions ou partis pris locaux, chose qui n'est pas le privilège d'une région ou d'un système en particulier. C'est une dure réalité qui peut parfois s'exprimer dans n'importe quel domaine, indépendamment des différences sociales ou culturelles à travers lesquelles elle se manifeste.

C'est dans un tel cadre que l'arbitrage s'avère souvent la seule solution viable et qui fait que la convention nous rassemblant aujourd'hui connaît un regain d'importance, parce qu'elle est devenue l'une des références fondamentales et l'un des éléments clés du minimum de certitude juridique que je viens d'évoquer. Or, sans cette certitude juridique minimale, c'est tout le régime de la propriété privée et la nécessaire stabilité de la pratique commerciale qui sont remis en cause.

Sauf à faire en sorte que des sentences arbitrales étrangères, qu'elles soient ponctuelles ou qu'elles émanent d'organismes ou de mécanismes permanents, peuvent être reconnues et appliquées en dehors de l'État dans lequel ces sentences ont été prononcées, un État place ses négociants et ses entreprises dans une situation manifestement désavantageuse vis-à-vis de la concurrence lorsqu'il s'agit d'opérations d'ampleur internationale. Ces États vont être de toute évidence vulnérables s'ils sont dans l'incapacité d'assurer l'efficacité et l'efficience des accords d'arbitrage dans le cas de transactions de dimensions internationales, dont le nombre a connu un accroissement exponentiel.

On peut donc dire que l'État moderne a la responsabilité incontournable — ou plutôt l'impérieuse nécessité — de doter son secteur privé des instruments nécessaires pour lui permettre de faire face à ses concurrents étrangers sans subir de handicap. L'État est tenu de jouer un rôle moteur à cet égard. Or, ce rôle, il doit l'assumer avec une attitude dynamique, et non pas agressive, pour permettre au secteur privé de tirer pleinement parti des chances offertes par le marché international.

La Convention de New York intègre sans aucun doute l'ensemble de règles et de procédures nécessaires dont doivent pouvoir disposer les intervenants commerciaux. Sans cette Convention, il serait en effet difficile de faire des affaires dans ce monde sans frontières qui est aujourd'hui le nôtre.

Ce n'est pas un simple avantage qu'elle nous offre. Elle représente plutôt un instrument essentiel pour affronter la concurrence dans un contexte de libéralisation croissante des échanges internationaux entre personnes privées. Elle a donc une véritable nécessité. C'est là, comme l'a indiqué Robert Briner à juste titre, le point de vue dominant sur le continent latino-américain, et bien entendu en dehors de cette région du monde.

III. L'effet : caractère exécutoire des clauses compromissaires et des sentences arbitrales

Présidé par Haya Sheika Al Khalifa
Avocat, Bahreïn

Faits nouveaux concernant la forme écrite

NEIL KAPLAN

Président, Centre d'arbitrage international de Hong Kong

La Convention de New York impose qu'un accord d'arbitrage fasse l'objet d'un document écrit. L'article II, paragraphe 2 de la Convention stipule :

« On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis, *signés* par les parties ou contenus dans un *échange* de lettres ou de télégrammes. » (souligné par nous)

Ce concept adopté il y a quarante ans repose donc sur une notion de signature ou d'échange.

Il semble admis par tous que la définition de la notion de convention écrite contenue dans l'article II, paragraphe 2 n'est pas conforme à la pratique commerciale internationale. Il faudrait exclure de cette définition les connaissements, certaines notes de courtier, les accords de sauvetage en mer, le « conflit de formulaires » et le concept général d'acceptation tacite.

Je m'empresse d'ajouter qu'il ne s'agit pas ici de traiter la question plus large de savoir pourquoi l'accord arbitral doit être écrit, alors que le contrat correspondant est fréquemment oral. La question est plutôt de savoir pourquoi, si un contrat écrit contenant une clause compromissoire est envoyé par A à B et si B ne signe pas ou ne s'engage pas dans un échange, mais respecte toutes les autres conditions contractuelles, on considérerait que B est convenu d'accepter tout, hormis la clause compromissoire. Comme l'a indiqué le Dr Blessing dans son récent document de l'ICCA, « il est absurde de conclure que B a accepté tout, moins une condition ». Il est également intéressant d'observer que le professeur Sanders pensait que ce problème risquait de se poser, puisqu'il avait formulé une proposition aux rédacteurs de la Convention qui aurait répondu à cette situation précise. Il voulait que l'on ajoute au texte « ou une confirmation écrite par l'une des parties (qui est conservée) sans contestation par l'autre partie ». Malheureusement, cette proposition raisonnable n'a pas été retenue.

Les rédacteurs de l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI ont eu la possibilité d'aller plus loin, d'autant qu'en 1981 le Secrétariat de la CNUDCI s'était demandé si la définition devait être plus précise et plus détaillée « compte tenu des difficultés rencontrées dans la pratique ». Toutefois, l'article 7-2 a conservé les deux concepts de signature ou d'échange. Or cette décision a été prise en dépit de déclarations très

affirmées et faisant autorité selon lesquelles la définition de la Loi type allait encore exclure de nombreux modes de conduite des affaires à l'échelle internationale. Même avec le recul, je pense qu'il est déplorable que l'article 7-2 n'ait pas réglé ce problème.

Cela étant, ce sont les États qui ont pris l'initiative dans ce domaine. Un certain nombre de textes réglementaires sur l'arbitrage adoptés depuis une dizaine d'années ont retenu une définition plus large de l'obligation de conclure un accord écrit. Le temps qui m'est imparti ne me permet d'évoquer que quelques juridictions à titre d'exemple.

L'article 1021 de la loi néerlandaise sur l'arbitrage de 1986 stipule que l'existence de la clause compromissoire doit être attestée par un instrument écrit, mais surtout, il ajoute,

« à cet effet, un instrument écrit prévoyant l'arbitrage ou faisant référence à des conditions types prévoyant un arbitrage est suffisant *à condition* que cet instrument soit expressément ou implicitement accepté par ou pour le compte de l'autre partie. » (souligné par nous)

L'article 1781 de la loi suisse relative au droit international privé, tout en imposant un écrit pour l'accord d'arbitrage, ne mentionne ni signature ni échange.

La loi de Singapour de 1991 relative à l'arbitrage international, tout en suivant l'article 7-2 de la Loi type, mentionne spécifiquement les connaissances.

Dans leurs lois de 1996 relatives à l'arbitrage, l'Angleterre et Hong Kong présentent une définition très large de « l'accord écrit ». Ces définitions, estime-t-on, englobent l'essentiel des méthodes utilisées pour conclure un accord d'arbitrage susceptibles de ne pas être couvertes par l'article II, paragraphe 2 de la Convention. À titre d'exemple courant, on retiendra le cas où les parties concluent un contrat sur la base des clauses et conditions standards de l'une des parties, qui comprennent une clause compromissoire qui n'est pas signée par l'une des parties, pas plus qu'il n'y a d'échange de documents qui pourrait faire tomber la transaction sous le coup de la définition. Or, en l'occurrence, un contrat a manifestement été conclu et les deux textes de loi considèrent que, dans cette situation, l'obligation de passer par un accord écrit a été respectée.

De même, il suffit dans le cadre de cette définition que l'accord soit matérialisé par un document écrit. Les accords de sauvetage en mer sont aussi couverts s'ils sont conclus oralement par référence à des conditions écrites prévoyant un accord d'arbitrage.

L'article 1031 de la loi allemande de 1998 sur l'arbitrage considère que l'obligation de convention écrite est respectée

« [...] si l'accord d'arbitrage est contenu dans un document transmis par l'une des parties à l'autre ou par un tiers aux deux parties et — sous réserve qu'aucune objection n'ait été formulée opportunément — si le contenu d'un tel document est considérée par les usages comme faisant partie du contrat. »

Dès lors, il convient de se demander si un problème se pose lorsque la sentence a été rendue aux termes d'une loi prévoyant une définition large, mais qu'elle doit être exécutée dans un pays qui applique une définition plus restrictive.

Il faut espérer que les tribunaux chargés de l'exécution des sentences tiennent pleinement compte du caractère international de l'arbitrage et respectent le fait que les parties sont convenues d'un arbitrage aux termes d'une loi qui prévoit une définition plus large de ce qui constitue un « accord par écrit ». Cette conclusion est d'autant plus plausible si la première fois que l'on fait objection à la forme écrite intervient lorsque la sentence doit être appliquée par un pays tiers. On peut aussi revenir à la doctrine de la fin de non-recevoir.

Dans la mesure où l'arbitrage relève de la Loi type, il est possible de remédier à l'absence de l'accord écrit prévu par l'article 7-2 en soumettant le différend à la procédure arbitrale, à savoir en participant à l'arbitrage sans invoquer ce motif de procédure comme prévu au paragraphe 2 de l'article 16 de la Loi type.

Certains commentateurs ont observé que les problèmes rencontrés quant à la portée de l'article II-2 de la Convention ne semblent pas fréquents et ils ont estimé qu'aucun changement n'était nécessaire. Je rétorquerai qu'il y a bel et bien eu des cas dans lesquels un sursis à statuer a été refusé parce qu'il n'était pas possible de faire entrer les éléments du dossier dans le cadre de l'obligation de recours à un accord écrit prévue par l'article II, paragraphe 2. Dans d'autres cas, les juges ont tiré leur raisonnement dans un sens permettant de faire entrer les éléments des dossiers dans les définitions.

En outre, j'aurais tendance à penser que l'examen d'autres dossiers ne commence même pas en raison de l'étroitesse de la définition.

Une raison pour laquelle le problème n'est peut-être pas si répandu tient au fait que les juges des diverses juridictions sont de plus en plus nombreux à admettre une culture de l'arbitrage internationale et tendent à adopter une approche plus libérale et internationale vis-à-vis des problèmes soulevés par les dossiers d'arbitrage commercial international qui leurs sont soumis. C'est une indication de l'énorme influence que la Convention et la Loi type ont exercée ces dernières années. De plus, les dispositions de l'article VII de la Convention retiennent actuellement plus l'attention.

Comme l'a indiqué Pieter Sanders ce matin, l'avenir réside dans une harmonisation. Dans la suite de ces débats, d'autres intervenants évoqueront la possibilité d'une convention complémentaire ou parallèle. Si cette proposition gagne du terrain, j'espère que l'article II, paragraphe 2 figurera en bonne place de l'ordre du jour des travaux.

Les tiers et l'accord d'arbitrage

JEAN-LOUIS DELVOLVÉ
Avocat au barreau de Paris

« La plus belle fille ne peut donner que ce qu'elle a... »

De même, la convention d'arbitrage, quelles que puissent être ses vertus et la considération qu'on lui porte, spécialement dans l'arbitrage international, est parfois répudiée en raison du sentiment qu'elle ne peut pas produire une justice aussi sûre,

aussi sereine ou aussi efficace que la justice des tribunaux étatiques. Il y a des personnes, des États par exemple, qui répugnent à l'arbitrage et qui pour rien au monde ne voudraient être jugés par des arbitres.

Le refus de l'arbitrage est légitime. Ce refus relève du « droit au juge », c'est-à-dire du droit fondamental des parties de bénéficier des garanties du procès équitable que la justice étatique est censée leur procurer. Ainsi le veulent, par exemple, l'article 14-1 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, ou l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. C'est pourquoi nul ne peut être attiré à l'arbitrage contre sa propre volonté.

L'exigence d'un accord écrit par l'article II de la Convention de New York traduit, implicitement, ce principe en action. En effet, s'il n'existait pas d'accord écrit entre les parties, une sentence arbitrale ne pourrait pas bénéficier des règles de la Convention de New York.

Or, les écrits circulent. L'accord compromissaire, le compromis, est un acte contractuel. Il est susceptible de transmission à des tiers, généralement en liaison avec la transmission du contrat principal ou comme conséquence de celle-ci. On ne peut ici qu'en citer des exemples : transmission à titre universel (successions, fusions, scissions, acquisitions de sociétés) ou à titre particulier (cession de contrat ou de créance ou de dette, novation, subrogation, stipulation pour autrui); ou encore extension implicite, dans la catégorie du multipartisme ou dans celle des groupes de contrats ou des groupes de sociétés, de la convention d'arbitrage à des personnes qui n'y ont pas été expressément parties. Ainsi des tiers peuvent se trouver un jour impliqués dans une convention d'arbitrage, voire dans une procédure d'arbitrage déjà entamée.

On peut alors assister à deux revendications contraires : celle du tiers, qui ne l'est peut-être plus, et qui revendique son « droit au juge »; celle de l'autre partie, qui revendique son « droit à l'arbitre » sur la base de la convention d'arbitrage qu'elle invoque : droit à l'arbitre qu'elle fonde sur le principe de liberté contractuelle, lui-même déduit du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

La Convention de New York ne règle pas ce conflit. Ce n'était d'ailleurs pas son objet.

Mais la Convention de New York a un autre propos, celui d'énoncer indirectement, à l'article V, des garanties essentielles assurant aux prétendus tiers que la justice arbitrale qu'ils paraissent redouter n'est pas moins protectrice de leurs droits que la justice étatique dont ils se réclament. En effet — et ceci se retrouve aussi bien dans la Loi type de la CNUDCI que dans les législations modernes de l'arbitrage (droit français, néerlandais, suisse, anglais, allemand, italien, etc.) — elle prévoit le refus d'exécution des sentences dans la mesure où :

- a) d'une part, la liberté d'une partie de ne pas se laisser attirer dans l'arbitrage contre sa volonté n'aurait pas été respectée par les arbitres (et c'est l'article V-1 a, en ce que la convention d'arbitrage ne serait pas valable à son égard, à défaut de son propre accord);
- b) d'autre part, l'égalité des parties dans le débat arbitral aurait été violée (et c'est l'article V-1 d).

Ainsi, la Convention de New York a-t-elle l'immense mérite de prouver que la justice arbitrale ne présente pas moins d'avantages et de garanties pour les justiciables que la justice ordinaire.

De ce fait, les tribunaux étatiques qui se chargent de contrôler la validité des sentences au moment de leur prononcé ou de leur exécution ne devraient pas fonder leur décision sur un simple dogme, qui voudrait que la sentence soit évincée au seul motif que le soi-disant tiers n'était pas partie dès l'origine à l'accord écrit en question. Ils devraient plutôt rechercher selon le droit contractuel classique applicable à la transmission de la clause ou de la convention d'arbitrage si la convention d'arbitrage est transmissible d'après la loi qui la régit, si l'effet translatif s'est réellement produit selon cette loi, en sachant parfaitement que cet effet ne porte pas préjudice, sur le plan de la justice à rendre, au droit d'aucune des parties d'être jugées équitablement.

Aussi bien, un excès de formalisme pourrait nuire à l'intérêt bien compris des parties dans la mesure où la justice arbitrale est parfois mieux adaptée que la justice ordinaire à dire le juste et le vrai, en matière de commerce international.

Mesures provisoires et conservatoires

V. V. VEEDER

Avocat, Londres

Le problème n'est pas nouveau. Un arbitre n'est pas un juge nommé sous l'autorité d'un État, ni un superman ou une superwoman; en outre, une sentence arbitrale n'a pas force exécutoire au même titre que l'ordonnance d'un tribunal officiel. Une sentence est exécutoire en justice sur décision d'un tribunal national par référence à son droit national ou en tant que sentence étrangère aux termes de la Convention de New York. Ces sentences sont un bienfait, mais trop longtemps, il y a eu des difficultés à appliquer les ordonnances d'un arbitre portant indication de mesures conservatoires, aussi bien à l'étranger que sur le plan interne.

Une ordonnance portant indication de mesures provisoires est par définition essentiellement temporaire; il ne s'agit pas d'une sentence, qui, elle, est toujours définitive; cela étant, une ordonnance de mesures provisoires peut être à tout le moins, aussi importante, voire plus importante encore qu'une sentence. En effet, faute de mesure provisoire exécutable, il est parfois possible pour une partie récalcitrante de faire échec à la procédure d'arbitrage — de façon intégrale et définitive. En revanche, une mesure conservatoire exécutoire peut maintenir le *statu quo* jusqu'à ce que la sentence soit rendue et elle peut aussi mettre à l'abri les actifs permettant de satisfaire à la sentence lorsqu'un débiteur récalcitrant dissipe délibérément ses actifs jusqu'à être à l'abri du jugement.

Des réformes fragmentaires du droit national ont certes permis de résorber bien des obstacles bloquant l'exécution d'une ordonnance nationale de mesures provisoires, et ce n'est d'ailleurs pas l'objet de mes remarques. Ce qui me préoccupe aujourd'hui, ce sont les difficultés qui subsistent pour faire appliquer à l'étranger une ordonnance portant indication de mesures provisoires, en dehors du pays d'arbitrage.

Or, ces difficultés se sont multipliées avec le succès de l'arbitrage commercial international. Le lieu d'arbitrage est désormais plus souvent un endroit neutre, sans lien juridique ou financier avec les parties et l'exécution par les tribunaux du lieu d'arbitrage d'une ordonnance portant indication de mesures conservatoires peut constituer une voie de recours sans effet. Or, lorsque la voie de recours juridique est vaine, c'est le signe que les arbitres sont réticents à ordonner de quelconques mesures provisoires.

Faute de mécanisme juridique international permettant de faire appliquer à l'étranger des mesures conservatoires indiquées par un tribunal arbitral, il ne saurait y avoir de système efficace de justice dans le domaine du commerce transnational. Ce problème n'a pas été traité dans le cadre du Protocole de la Société des Nations relatif aux clauses compromissoires (Genève, 1923) et de la Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Genève, 1927); et bien entendu, il n'a pas pu être réglé dans le cadre des articles 9 et 17 de la Loi type de la CNUDCI. Le seul instrument pertinent en la matière est la Convention de New York; mais nous savons désormais qu'elle n'apporte pas de solution, ou à tout le moins pas de solution fiable au problème. Au mieux, son application exclut de pouvoir demander à l'étranger l'exécution de toute ordonnance à titre conservatoire de mesures provisoires en tant que sentence couverte par la Convention, pour urgent ou nécessaire qu'il puisse être de sauvegarder le processus d'arbitrage. La décision prise à cet effet par le tribunal australien dans l'affaire *Resort Condominiums International* (1993)¹ est convaincante; d'ailleurs les commentateurs qui critiquent cet arrêt ne l'ont jamais fait avec autant de persuasion, encore moins lorsqu'ils citent des affaires nationales; à cet égard, le professeur Van den Berg se contente de dire ceci dans la seconde édition à paraître de son ouvrage : « On peut présenter des arguments pour affirmer qu'une sentence indiquant des mesures provisoires peut être exécutée aux termes de la Convention de New York. ». Suffit-il de présenter des arguments ? Sur une question d'une telle importance, je ne le pense pas. La meilleure solution réside dans la conclusion d'une convention complémentaire à la Convention de New York définissant le régime d'application par les juridictions nationales des mesures conservatoires indiquées par un tribunal arbitral.

Cette solution présente quatre aspects.

Premièrement, le système international d'arbitrage commercial exige manifestement l'assistance de juridictions nationales pour l'exécution d'une ordonnance arbitrale portant indication de mesures provisoires. Pas plus qu'une sentence, une telle ordonnance n'a force exécutoire; qui plus est, les arbitres ne disposent pas de la panoplie de sanctions que peuvent invoquer les juridictions nationales pour faire appliquer leurs ordonnances.

Deuxièmement, le choix d'un for neutre pour l'arbitrage signifie concrètement que les tribunaux du for ne sont sans doute pas juridiquement compétents à l'égard de la partie devant faire l'objet de mesures conservatoires. La solution que je propose suppose nécessairement l'intervention d'une juridiction d'un État exécutant une sentence étrangère prise en dehors du territoire dudit État.

Troisièmement, même si un tribunal étranger fournit une assistance dans le cadre d'une procédure arbitrale se déroulant dans un autre pays, c'est *en première instance* et non pas en *exécutant* l'ordonnance d'un tribunal arbitral portant indication de mesures conservatoires. Cette approche n'est pas critiquable en soi, mais inéluctablement elle invite le tribunal étranger à examiner au fond le différend entre

les parties. Lorsque ce différend a été examiné au fond par le tribunal arbitral et qu'une ordonnance portant indication de mesures provisoires a été arrêtée, la mission première de la juridiction étrangère doit être de faire appliquer l'ordonnance et non pas de faire une deuxième fois le même travail, au risque de retarder la procédure et d'accroître les frais. Certes, il y a encore des pays dans lesquels les tribunaux n'ont ni les compétences ni les pouvoirs pour aider un arbitrage étranger ou dans lesquels toute demande en indication de mesures conservatoires devant les tribunaux est traitée comme une contravention à l'accord d'arbitrage conclu entre les parties.

En dernier lieu, l'utilisation répandue et la popularité toujours plus grande de l'arbitrage commercial imposent une solution internationale. L'arbitrage commercial international est à cet égard en retard sur les litiges internationaux. En 1996, l'Association de droit international a publié lors de son congrès d'Helsinki une résolution sur l'application de mesures conservatoires dans le cadre de procédures internationales qui est actuellement examinée par la Conférence de droit international privé de La Haye. Plus immédiatement, la Cour européenne de Justice devrait attribuer prochainement de nouvelles prérogatives aux juridictions nationales à l'occasion de l'arrêt qu'elle doit prendre dans l'affaire *Van Uden*², soumise par le Hoge Raad (Haute Cour de justice) néerlandais. Si la Cour se range à l'avis récent de son avocat général, Philippe Léger, on pourrait considérer que l'article 24 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 1968/1978) autorise la partie lésée à se soustraire à son accord d'arbitrage (et à la Convention) et à demander l'exécution de mesures provisoires ordonnées par un tribunal de l'Union européenne. Si tel est le cas, cette approche judiciaire aura été suscitée par l'impression que la Convention présente un point faible.

Pour le négociant transnational, où qu'il se trouve, la situation actuelle n'est pas satisfaisante. Si l'exécution d'une sentence peut être demandée en vertu de la Convention, pourquoi ne pourrait-il en aller de même d'une ordonnance rendue par le même tribunal arbitral à seule fin de veiller à ce que l'autre partie ne prive pas d'effet la sentence qu'il pourra rendre en définitive. C'est contraire à la logique et au bon sens.

S'il existait une volonté internationale en ce sens, l'élaboration d'une convention complémentaire pourrait se dérouler relativement facilement. L'exécution des sentences relèverait de tribunaux disposant de pouvoirs discrétionnaires plus larges que ceux que prévoit l'article V de la Convention; le tribunal aurait notamment le pouvoir de faire appliquer l'ordonnance dans des termes différents; en outre, une demande d'exécution pourrait être subordonnée à l'autorisation préalable du tribunal arbitral ayant prononcé l'ordonnance indiquant des mesures provisoires, l'ordonnance comme l'autorisation étant dûment motivées. Il pourrait être également nécessaire d'exclure de la liste des mesures conservatoires admises la possibilité de prendre une ordonnance indiquant une mesure provisoire de paiement au créancier, comme le fait la résolution d'Helsinki de l'ILA. Il s'agit là de détails accessoires de la solution globale. Quelles que soient les conditions requises pour l'exécution par un tribunal d'une ordonnance étrangère de mesures provisoires, cela ne pourrait qu'améliorer la situation actuelle.

Soixante-quinze ans après le Protocole de Genève et quarante ans après la Convention, il n'est pas trop tôt pour trouver et mettre en œuvre une solution simple, efficace et pratique dont le commerce international a besoin. Comme Oliver Twist tendant son bol de porridge vide, nous demandons donc simplement : s'il vous plaît, est-ce que nous pourrions avoir une autre convention des Nations Unies ?

L'assistance des tribunaux pour l'application de mesures provisoires

SERGEÏ N. LEBEDEV

Président, Commission d'arbitrage maritime; Professeur, Moscou

Pour ce qui est de l'un des aspects les plus importants du droit commercial international, à savoir le règlement des différends qui peuvent surgir dans le cadre de relations contractuelles, le XX^e siècle aura été marqué par la reconnaissance universelle de cette institution qu'est l'arbitrage en tant que mécanisme d'administration privée de la justice établi par les parties contractantes elles-mêmes, alors qu'elles relèvent normalement d'États différents. À en juger par l'expérience, attestée par de nombreux documents, que l'on a pu amasser à partir de contrats commerciaux internationaux de types extrêmement divers, on est en droit de penser que l'arbitrage, qui connaît une évolution progressive aussi bien du point de vue de son application pratique que de ses normes réglementaires, continuera d'occuper une place de choix vis-à-vis des autres mécanismes (extrajudiciaires) de règlement des différends au XXI^e siècle.

Du point de vue des normes de réglementation, et parallèlement à l'évolution des législations nationales, les efforts d'harmonisation déployés sur le plan international jouent un rôle de premier plan, de même que les progrès accomplis dans ce sens, notamment grâce à l'une des conventions de droit privé les plus « heureuses » (du point de vue de l'universalité de son adoption), à savoir la Convention de New York, et à la Loi type de la CNUDCI de 1985 sur l'arbitrage commercial international, laquelle a été et continue d'être adoptée par un nombre toujours plus grand de pays en tant que texte de référence de leur droit interne.

Les perspectives d'évolution et de simplification de la réglementation de l'arbitrage commercial international à la lumière des besoins pratiques vont dépendre de la façon dont on résoudra les nouveaux problèmes *de lege ferenda*, l'un d'eux étant sans doute selon moi l'entraide entre les tribunaux et les arbitres à l'occasion de l'application de mesures provisoires concernant des affaires qui, conformément à l'accord intervenu entre les parties, doivent être réglées par l'arbitrage. Or, il arrive très fréquemment que la procédure de règlement d'un différend doive intervenir dans un pays alors que l'exécution de la sentence, si elle n'est pas spontanée, devra être demandée dans un autre pays où se trouvent les biens du débiteur. En pareille situation, dans quelle mesure peut-on obtenir l'application de mesures conservatoires en attendant le prononcé de la sentence arbitrale, par exemple au moyen d'une garantie bancaire ?

Il convient de rappeler que des travaux substantiels et approfondis ont été menés à bien sous les auspices du Comité du contentieux civil et commercial international de l'Association de droit international qui, à son soixante-septième congrès, tenu à Helsinki en août 1996, a adopté une série de principes concernant l'application de mesures provisoires dans le cadre de procédures internationales. Le Congrès a décidé de communiquer, « pour examen », ce document à la CNUDCI et à la Conférence de droit international privé de La Haye. On peut penser que l'expérience acquise par l'Association de droit international sera précieuse pour s'attaquer aux questions de l'application de mesures provisoires indiquées dans des affaires devant être réglées dans le cadre d'une procédure arbitrale; en effet, par rapport à des procédures judiciaires, ces dernières appellent des questions et des problèmes spécifiques, d'autant qu'ils sont par nature encore plus urgents.

Le type de pouvoirs des arbitres et de ceux des juges n'est pas le même et les prérogatives des arbitres sont limitées. Les dispositions des règlements d'arbitrage (par exemple, l'article 26 du Règlement de la CNUDCI et les dispositions correspondantes des règlements appliqués par différents tribunaux arbitraux permanents) et même de textes législatifs (comme l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI) portent sur la panoplie des dispositions pouvant être prises eu égard à « l'objet du différend », et non pas sur la protection de la procédure de recours *stricto sensu*. Les arbitres n'ont pas compétence à l'égard des tiers, comme les banques, qui peuvent détenir les avoir de l'une des parties. Or, la question des mesures conservatoires à indiquer peut se poser avant même la constitution du tribunal arbitral et il faut sans doute y répondre d'urgence avant que les avoirs financiers faisant l'objet du différend ne disparaissent dans « un trou noir ».

Les législations d'un certain nombre de pays comportent des dispositions relatives aux mesures conservatoires que peut décider un tribunal dans le cas de procédures arbitrales devant avoir lieu dans le pays de son ressort (saisie conservatoire, confiscation, mise en demeure, arrestation, etc.). Toutefois, une analyse comparée des dispositions en vigueur fait apparaître des différences sensibles dans la manière dont ces mesures conservatoires sont appliquées. Par exemple, rares sont les pays où les attributions d'un tribunal sont réputées s'étendre aussi aux affaires devant faire l'objet d'un arbitrage dans un autre État. Dans un certain nombre de pays en revanche, il n'existe aucune possibilité de demander à un tribunal d'indiquer des mesures conservatoires concernant un différend qui, conformément à l'accord intervenu entre les parties, doit être réglé au moyen d'une procédure arbitrale, même lorsque celle-ci a déjà commencé.

Des recherches entreprises dans le cadre de la CNUDCI sur les questions liées aux mesures conservatoires indiquées dans des affaires à régler par l'arbitrage pourraient déboucher sur l'élaboration de nouvelles solutions normatives, éventuellement sous forme d'ajouts à la Convention ou d'une nouvelle convention sur ce sujet, d'un ajout à la Loi type de la CNUDCI, ou encore sous quelque autre forme.

Sentences annulées au lieu de l'arbitrage

JAN PAULSSON

Avocat au barreau de Paris

Vice-président, London Court of International Arbitration

De façon générale, la Convention de New York visait à faciliter l'exécution des sentences arbitrales rendues dans un pays par les tribunaux d'autres pays. En conséquence, la Convention cherche sans détour à imposer certaines obligations au juge intervenant au lieu de l'exécution. Elle ne crée pas d'obligations pour les tribunaux au lieu de l'arbitrage — ce qui aurait outrepassé le champ d'application de la Convention. Bref, chaque pays reste libre d'adopter toutes les règles qu'il souhaite quant aux motifs pour lesquels il peut invalider une sentence rendue sur son territoire.

Or, cela pose un problème, de façon indirecte, pour l'application de la Convention, car le paragraphe 1^e de son article V donne aux tribunaux auxquels l'exécution d'une sentence est demandée le pouvoir de refuser de la reconnaître ou de l'exécuter

lorsque cette sentence étrangère a été annulée dans le pays où elle a été rendue. Comme on l'admet depuis de nombreuses années, cela met en évidence un éventuel point faible du système de la Convention, en soumettant la fiabilité d'une sentence aux particularismes du pays où elle a été rendue — y compris à des excentricités, des caprices ou des manifestations de xénophobie.

Il y a manifestement là une menace pour l'harmonisation du régime juridique des transactions internationales.

On peut imaginer une situation dans laquelle les tribunaux du lieu d'arbitrage appliquent des critères d'annulation de sentences qui sont de toute évidence contraires aux normes contemporaines communément admises sur le plan international; de tels critères pourraient par exemple autoriser ces tribunaux à réexaminer les sentences au fond ou invalider les sentences pour non-respect de formalités sans objet, problèmes qu'aucune partie n'a soulevé au cours de l'arbitrage. C'est déjà assez grave. Mais on peut aussi imaginer des critères qui seraient internationalement intolérables, comme invalider des sentences parce que tous les arbitres n'étaient pas adeptes d'une certaine religion ou n'étaient pas de sexe masculin.

Dans quelles conditions un juge chargé de l'exécution d'une sentence dans le cadre de la Convention doit-il passer outre l'annulation d'une sentence par un tribunal étranger et exécuter ladite sentence nonobstant cette annulation ?

On a proposé trois solutions différentes à ce problème.

La première consiste à ignorer totalement l'article V-1 *e*, eu égard au fait que l'article VII de la Convention autorise chaque pays à adopter un régime plus libéral en faveur de l'exécution de la sentence. Cette solution reviendrait donc à déplacer entièrement la fonction de contrôle de la juridiction ou des juridictions d'application. Si une sentence satisfait aux critères de la juridiction d'application, le juge intervenant dans cette juridiction n'aurait pas l'obligation, ni même le pouvoir d'accorder le moindre poids à ce qu'un tribunal étranger aurait pu faire vis-à-vis d'une sentence; l'action de ce tribunal étranger n'aurait que des conséquences purement locales dans ce pays.

Quoi que l'on puisse dire d'autre sur cette solution — dont j'admets que je pourrais m'y faire, comme il semblerait que ce soit aussi le cas de Robert Briner d'après ses propos d'aujourd'hui — elle apparaît à la lumière de la pratique internationale en 1998 par trop radicale et contraire à ce qu'attendent actuellement aussi bien les juristes que les usagers.

La deuxième solution part du postulat selon lequel les problèmes proviennent du fait que certains pays sont à l'écart vis-à-vis du reste du monde et qu'on ne peut pas compter sur eux pour appliquer des normes internationales. En revanche, la plupart des pays qui comptent dans le commerce international respectent les normes communément admises aujourd'hui sur le plan international. En conséquence, il n'y a pas de raison — de l'avis des partisans de cette solution — pour qu'il n'y ait pas une mini Convention de Bruxelles (Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruxelles, 1968-1978) ou une mini Convention de Lugano (Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Lugano, 16 septembre 1988) portant uniquement et spécifiquement sur les décisions des tribunaux traitant de l'arbitrage, de sorte que tous les pays appartenant à ce groupe de nations se faisant

mutuellement confiance confèreraient l'autorité de la chose jugée aux jugements des autres pays et instaureraient par là-même un mouvement considérable d'harmonisation.

Quoi qu'on puisse penser par ailleurs de cette proposition et nonobstant le spectre peu réjouissant de la création de clubs de pays « dignes de confiance », il semblerait malheureux de ramener le processus d'arbitrage international, qui par nature suppose une intervention minimale des tribunaux, à un régime qui mettrait l'accent sur le rôle de ces tribunaux.

Pour ma part, je serais favorable à une troisième solution qui revient à l'article V et s'appuie sur ce qui relève du pouvoir discrétionnaire — les tribunaux *peuvent* refuser l'application (et peuvent donc *a contrario* l'accepter) lorsqu'une sentence a été annulée au lieu où elle a été rendue. Comment ce pouvoir discrétionnaire doit-il s'exercer ?

Le juge auquel l'exécution d'une sentence est demandée doit décider si l'annulation de la sentence par le juge au lieu de l'arbitrage repose sur des bases conformes aux normes internationales. Si tel est le cas, il s'agit d'une « annulation pour des motifs internationaux » et la sentence *ne doit pas* être exécutée. Si l'annulation repose sur des bases qui ne sont pas admises dans la pratique internationale ou sur un critère intolérable, le juge se trouve en présence d'une « annulation pour des motifs locaux ». Il doit ne pas en tenir compte et exécuter la sentence.

On peut penser qu'une telle approche devrait limiter la tentation de prendre des arrêts d'annulation pour des motifs locaux. Il convient en outre de noter que cette solution est entièrement conforme à la Convention de Genève de 1961 (dont nous avons parlé tout à l'heure Ottoarndt Glossner) et fait avancer l'harmonisation dans la bonne voie.

Cette troisième proposition pourrait (et devrait) faire partie de tout ajout ou protocole venant compléter la Convention, mais l'un de ses principaux attraits, c'est qu'elle *n'impose pas* de tel protocole — cette solution étant en effet déjà offerte aux différents systèmes nationaux en vertu des pouvoirs discrétionnaires conférés par l'article V.

IV. La magistrature : application judiciaire de la Convention

Présidé par Howard Holtzmann

Président honoraire du Conseil d'administration et de la Commission sur l'arbitrage international de l'American Arbitration Association

Deux questions ont été posées au groupe de magistrats :

Question 1

a) Est-il utile et approprié pour un tribunal national saisi d'une affaire en rapport avec la Convention de New York de se référer à la jurisprudence d'autres pays ?

b) Si un tribunal national se réfère à la jurisprudence de tribunaux étrangers concernant la Convention, quel poids doit-il accorder à cette jurisprudence ? Par exemple, la jurisprudence étrangère doit-elle être utilisée uniquement à des fins d'information ou de référence, ou conviendrait-il de lui accorder un plus grand poids dans l'intérêt général de la promotion de l'harmonisation et de la prévisibilité du droit afin de faciliter le commerce international ? Des interprétations uniformes d'expressions comme « convention écrite » sont-elles souhaitables ? Lorsque les tribunaux ordonnent l'exécution de sentences étrangères, doivent-ils avoir à l'esprit l'ordre public international plutôt que l'ordre public national (paragraphe 2 de l'article V) ?

M. I. M. ABOUL-ENEIN, MAGISTRAT

Cour constitutionnelle, Égypte

Les tribunaux égyptiens examinent généralement les décisions des tribunaux d'autres pays, et pas seulement pour les affaires relatives à la Convention. En Égypte, les ouvrages juridiques font généralement référence à la jurisprudence d'autres pays dans tous les domaines, qu'il s'agisse de droit commercial, civil, administratif, ou même constitutionnel.

Il est important de noter que les tribunaux égyptiens étudient habituellement les décisions des tribunaux étrangers à titre d'information et d'orientation. Les jugements anciens sont empreints de conservatisme. Toutefois, de nouvelles tendances vont dans le sens de l'harmonisation afin de faciliter le commerce international. C'est pourquoi l'uniformisation des interprétations de termes tels que « convention écrite » est tout à fait souhaitable.

Quant à l'application de la Convention, la Cour de Cassation, la plus haute instance juridique d'Égypte pour les questions commerciales, a considéré que la Convention fait partie intégrante du droit national égyptien, et que les dispositions de la Convention restent valables même si elles contredisent le Code de procédures civile et commerciale (arrêt n° 547/51, 23 décembre 1991, et arrêt n° 2994/57, 16 juillet 1990).

La Cour de cassation égyptienne a récemment fait prévaloir l'ordre public international sur l'ordre public national, en reconnaissant et en appliquant des sentences étrangères (voir l'arrêt 88/3, du 20 décembre 1934, comparées aux décisions du 26 avril 1982; voir en particulier l'arrêt n° 547/51 du 23 décembre 1991). En 1934, la Cour de cassation avait décidé que l'infraction à l'article 502/3 du Code de procédures civile et commerciale allait à l'encontre de l'ordre public national. En 1991, la Cour de cassation a disposé que l'application du droit anglais, qui contredit le même article, ne constituait pas une atteinte à l'ordre public international. Cependant, certaines attitudes conservatrices dominent en la matière dans d'autres pays de la région.

MICHAEL GOLDIE, MAGISTRAT

Cour d'appel de Colombie britannique, Canada

Monsieur le Président, je souhaite apporter une rectification sur un point que vous avez évoqué. Cela fait de nombreuses années que je ne suis plus avocat. Avant d'être nommé juge, je passais mon temps en salle d'audience, et j'y étais lors d'un long arbitrage administré par la Chambre de commerce internationale de Paris.

Avant de répondre à la question, pour m'assurer que nous ayons tous en tête le même contexte, je voudrais rappeler que le Canada est un État fédéral constitué de dix provinces et de deux territoires se rapprochant du statut de province. Les traités n'ont pas immédiatement force exécutoire : le pouvoir législatif de promulguer les lois d'applications est régi par la répartition des pouvoirs entre le parlement du Canada et les provinces.

Étant donné que l'arbitrage commercial et l'exécution de sentences arbitrales relèvent avant tout du droit civil et du droit de propriété, pour lesquels les provinces sont compétentes, l'adhésion du Canada à la Convention a d'abord nécessité que chaque province ainsi que les deux territoires mettent en œuvre la législation; ensuite, que le parlement du Canada en fasse autant pour les questions relevant de sa compétence, c'est-à-dire les arbitrages entre les personnes privées et un ministère fédéral ou une société d'État, ainsi que les arbitrages concernant l'amirauté ou les affaires maritimes en général.

Chacune des treize juridictions a adopté la Convention, et la Loi type de la CNUDCI a été adoptée sur le fond par ces mêmes treize juridictions canadiennes. Comme l'a mentionné le Président, ma province (la Colombie britannique) a transposé le texte de la Loi type dans une loi provinciale appelée Loi sur l'Arbitrage commercial international, présentant quelques différences dans la formulation, mais ayant la même structure que la Loi type. D'après les informations que m'a transmises M. Henry Alvarez, qui se prépare actuellement à publier un ouvrage, il semblerait que, jusqu'à présent, on s'est référé à la Loi type dans des dossiers étudiés dans sept des treize juridictions. Pour autant que je sache, cela ne concerne pas le territoire du Yukon.

Les juridictions les plus actives ont été l'Ontario et la Colombie britannique, suivis par la Cour fédérale du Canada, le Saskatchewan, le Québec et l'Alberta. Le chiffre que j'ai actuellement à l'esprit est peut-être inexact, mais je crois qu'au total il dépasse les cent dossiers, dont deux jugements de la Cour suprême du Canada.

Les tribunaux canadiens ont reconnu les effets de la Convention et de la Loi type. C'est pourquoi ma réponse à la première question — pour un tribunal national saisi d'une affaire en rapport avec la Convention — sera courte : il est utile et approprié de se référer à la jurisprudence d'autres pays, et les tribunaux canadiens ont admis depuis longtemps que pour les questions de droit international, aussi bien public que privé, l'aide de tribunaux en dehors du for national est utile au point de passer parfois pour décisive, en particulier en ce qui concerne le droit public international.

Je prendrai pour exemple une déclaration sans appel et précoce faite par un de mes collègues à la Cour où je siège, sur l'affaire opposant *Quintette Coal Ltd. et Nippon Steel Corporation*³. Vous l'aurez certainement compris d'après la dénomination, il s'agissait d'un différend entre un producteur de charbon de Colombie britannique et des aciéries japonaises. Voici ce qu'a donc déclaré le juge Gibbs, que je cite :

« Nous sommes conscients qu'il s'agit là du premier cas depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur l'arbitrage commercial international de Colombie britannique où une partie concernée par un arbitrage commercial international cherche à annuler la sentence. Il est important pour les parties concernées par de tels arbitrages à l'avenir, et pour l'intégrité du processus lui-même, que la Cour exprime son point de vue sur le poids à accorder à la décision des arbitres. [...] Il convient par conséquent d'adopter une norme qui préserve l'autonomie du for choisi par les parties et de minimiser l'intervention judiciaire lors du réexamen de sentences arbitrales en matière de commerce international en Colombie britannique. Dans le cas présent, telle est la norme à suivre. »

Je souhaiterais ajouter, entre parenthèses, que le système judiciaire canadien est avant tout unitaire. En effet, tandis que les provinces fournissent les locaux, les juges des plus hautes instances juridiques de chaque province sont nommés et payés par le Gouvernement fédéral. Ces tribunaux administrent par conséquent à la fois les législations fédérales et provinciales. En dehors des cours des petites créances, il n'existe pas de système de tribunaux provinciaux, et en dehors de la Cour fédérale du Canada, qui est compétente pour les questions liées à l'amirauté, il n'existe pas de système fédéral de tribunaux compétents en matière d'arbitrage entre parties privées.

Le caractère décisif de l'affaire *Quintette* a été renforcé par le rejet par la Cour suprême du Canada de la demande d'appel qui lui avait été présentée. Cette décision montre aux avocats et autres spécialistes que la Cour n'a pas estimé nécessaire de remettre en cause la norme à laquelle je faisais référence tout à l'heure. Les principes sur lesquels reposent la Convention et la Loi type, c'est-à-dire l'intérêt d'un mécanisme de résolution de différends répondant aux souhaits des parties concernées, libéré des a priori purement locaux et des effets du droit national, ont parfaitement été compris au Canada. Dans l'affaire *Quintette*, aussi bien en première instance qu'en appel, on s'est référé à des jugements de la Cour suprême des États-Unis, à deux décisions des cours d'appel de circuit de ce pays, et à une sentence de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande.

Cependant, je crois que les tribunaux nationaux — du moins au Canada, et j'entends par là avant tout les cours d'appel provinciales et la Cour suprême du Canada — cesseraient de prendre en compte les jugements de tribunaux étrangers s'ils interprétaient les dispositions de la Loi type ou de la Convention comme ayant

une fonction de *contrôle*. Pour l'heure, je présenterai la situation de la façon suivante : les décisions des tribunaux compétents d'autres pays ayant adhéré à la Convention seront toujours considérées avec respect et auront une grande force de persuasion, en particulier dans des domaines où l'harmonisation est particulièrement souhaitable. En Colombie britannique, cette approche est encouragée par un préambule inhabituel à la loi que j'ai mentionnée, la Loi sur l'arbitrage commercial international, qui applique la Loi type. Les préambules ne sont plus à la mode dans la législation canadienne, mais celui-ci fait exception.

Après quatre « considérant que », voici ce qu'on peut lire :

« Et considérant que la Commission des Nations Unies sur le développement du commerce international a adopté la Loi type sur l'arbitrage de la CNUDCI qui reflète (et là je souligne ces mots) un consensus sur la conduite, le degré et la nature de l'intervention judiciaire en matière d'arbitrage commercial international [...] »

Voilà ce que le législateur a estimé utile de communiquer aux juges chargés d'administrer cette loi.

Monsieur le Président, j'ai tenté de répondre à la deuxième question sur le poids qui devrait être accordé aux décisions étrangères dans les derniers commentaires que j'ai faits.

SUPRADIT HUTASINGH, MAGISTRAT
Ancien magistrat, Cour suprême de Thaïlande

En réponse à la première question, lorsqu'on demande aux juges thaïlandais d'appliquer une sentence étrangère, comme les juges d'autres pays, ils ne remettent pas en cause le bien-fondé de cette sentence. Nous examinons surtout si les garanties fondamentales offertes par la procédure, comme le droit à être entendu et l'égalité de traitement des deux parties, ont été respectées, comme prévues à l'article V de la Convention. Dans certains cas exceptionnels, où une intervention judiciaire est requise, sont dûment respectées et rarement mises en doute la détermination et la jurisprudence des arbitres, en qui les parties ont confiance et auxquels les parties donnent autorité pour régler les différends.

Pour les décisions liées à la Convention, les tribunaux thaïlandais se réfèrent bien entendu aux décisions étrangères sur les mêmes questions. Cependant, en raison de la doctrine juridique nationale de souveraineté et de l'absence de principes de courtoisie judiciaire internationale, les tribunaux thaïlandais ne peuvent se servir de la décision que comme orientation. Cette approche peut sembler partielle. Pourtant, même si les décisions étrangères n'ont pas d'impact en tant que telles en Thaïlande, elles ont depuis longtemps un effet persuasif sur les juges thaïlandais. Malgré cette approche et cette différence entre les méthodes et les logiques juridiques en vigueur, les résultats auxquels aboutissent les décisions étrangères et celles des juges thaïlandais ne sont pas si différents. De plus, les décisions étrangères et leur logique judiciaire, en particulier les plus influentes, ont été intégrées dans la jurisprudence thaïlandaise de plusieurs façons moins formelles, notamment à l'occasion de réunions et de séminaires avec des juges étrangers. Je crois que cela répond à la première question.

JON NEWMAN, MAGISTRAT

Juge de tribunal de circuit et ancien président de la Cour d'appel américaine pour les tribunaux du second circuit (New York)

C'est pour moi un grand privilège d'avoir l'occasion d'évoquer brièvement ces questions devant cette assemblée d'éminents spécialistes.

L'interprétation de documents comme la Convention, qui ont pour but d'instaurer la plus grande cohérence possible dans le domaine commercial, doit évidemment être la plus cohérente possible. Les tribunaux nationaux comme celui où j'exerce mes fonctions dans ce pays, devraient, je crois, prendre très au sérieux l'objectif de parvenir à une cohérence d'interprétation. Je ne crois pas que le problème soit de savoir si les décisions doivent avoir un poids déterminant ou simplement servir d'orientation. Je pense qu'un tribunal national n'affirmera jamais avoir renoncé à exercer sa compétence au profit de tribunaux d'autres juridictions, à moins que ceux-ci ne lui soient hiérarchiquement supérieurs. Une telle démarche sera toujours présentée en termes d'« orientation ». Mais la question est de savoir si nous nous laisserons souvent orienter par ces décisions.

Il me semble que nous devrions aller dans cette direction, en particulier en ce qui concerne les termes de la Convention qui appellent une grande compréhension mutuelle. Évidemment, quand la Convention stipule qu'il n'y aura pas exécution si une telle décision est contraire à l'ordre public national, la formulation invite l'État à s'en tenir à l'intérêt national. Mais si la Convention fait référence à des « conventions écrites », puis adopte une formule définitoire, alors les tribunaux doivent faire tout leur possible pour aboutir à une interprétation cohérente.

Nos tribunaux, étant intégrés à un système fédéral, connaissent ce problème, comme les tribunaux d'autres systèmes fédéraux. Nous avons 50 États qui fonctionnent selon une série de lois propres à chaque État que l'on a harmonisées. Elles régissent de nombreuses questions commerciales. Les tribunaux se réfèrent constamment aux décisions des autres États, pour parvenir à la plus grande cohérence possible dans l'interprétation de ces lois propres à chaque État et dites harmonisées. De la même manière, les tribunaux nationaux devraient, quand ils se penchent sur une convention internationale, lui donner une interprétation cohérente.

Je ferais la distinction entre deux situations. Si je suis face à un cas où il y a désaccord sur la signification d'une expression, et qu'il existe seulement une ou deux décisions de tribunaux d'autres pays, je serai en droit de me demander si je dois suivre ces décisions ou, si je crois qu'elles devraient être interprétées tout à fait différemment, de l'affirmer. Je ne pense pas que le premier tribunal rendant une décision doive nécessairement contraindre le monde entier à le suivre. Cependant, s'il existe trois, quatre, cinq ou six juridictions dans le monde qui ont interprété l'expression d'une certaine façon, même si j'ai une opinion personnelle différente et tout en sachant que j'aurais pris une autre décision si j'avais été le premier tribunal à statuer sur la question, j'estimerai préférable, dans l'intérêt général, de me conformer aux décisions des cinq ou six autres juridictions ayant déjà statué et de promouvoir ainsi une cohérence à l'échelle internationale.

Pour y parvenir, il faut cependant une certaine dynamique. Je terminerai sur le point suivant : même si des efforts significatifs ont été fournis pour faciliter l'accès aux décisions des divers tribunaux nationaux — elles sont rassemblées dans des ouvrages de renom et la CNUDCI publie la jurisprudence dans des revues périodi-

ques — le système est loin d'être aussi efficace et à jour qu'il le pourrait. Je voudrais donc insister pour que tous ceux qui participent à l'effort de standardisation cherchent des moyens de présenter très régulièrement, pas moins d'une fois par mois, les décisions des tribunaux nationaux interprétant ces traités, de transmettre ces décisions à une autorité centrale, de les traduire et de les diffuser en ligne. Une faculté de droit pourrait peut-être aider à concrétiser cette idée, ce qui répondrait à deux objectifs. D'une part, cela permettrait aux avocats qui viennent plaider devant nous de consulter facilement les décisions récentes des tribunaux étrangers et de les citer; d'autre part, cela nous inciterait, nous qui prenons les décisions, à les communiquer à l'autorité centrale sous 24 heures, afin qu'elles soient diffusées à grande échelle à la communauté commerciale mondiale.

Je sais que des efforts sont actuellement faits dans ce sens, mais je crois qu'ils doivent être renforcés pour créer un système très organisé, efficace, et accessible par voie électronique, pour que le barreau puisse citer les décisions des tribunaux nationaux et que les tribunaux puissent examiner ces décisions dans un souci de cohérence mondiale.

ANA PIAGGI DE VANOSSI, MAGISTRAT

Tribunal de commerce, Argentine

Pour ce qui est des problèmes d'interprétation, le principe dans mon pays est de s'efforcer d'harmoniser les décisions des tribunaux nationaux sur des questions liées à la Convention, comme à tout autre traité en vigueur, avec des décisions étrangères rendues sur des questions analogues. Plus précisément, les décisions judiciaires et les sentences arbitrales étrangères constituent des références ou des lignes directrices dans la sphère nationale, l'objectif étant d'optimiser l'harmonisation et la prévisibilité des solutions juridiques.

Lorsqu'on peut envisager différentes interprétations ou lectures d'une règle interne liée à un traité international, nous choisissons celle qui permet de respecter au mieux les engagements contractés. Dans l'ordre juridique de l'Argentine, la règle qui consiste à considérer les initiatives de l'État comme ayant un caractère contraignant est prioritaire. D'ailleurs, si le législateur promulgue une loi comportant des dispositions contraires à un traité ou rend impossible le respect dudit traité, c'est une transgression du principe de hiérarchie des règles et la loi concernée est invalidée au regard de la constitution.

Pour l'heure, il convient, semble-t-il, de s'arrêter sur les conséquences de cette position du point de vue de la validité constitutionnelle de la délégation de pouvoirs. En effet, l'ordre juridique de l'Argentine veut implicitement que des pouvoirs obtenus par délégation soient exercés conformément aux conventions internationales en vigueur. Si l'on se place sous un autre point de vue, le rôle du Congrès dans les procédures fédérales complexes qui culminent avec l'approbation et la ratification d'un traité implique toujours l'existence d'une directive politique qui s'intègre dans tout acte de délégation et dans l'exercice des pouvoirs ainsi délégués. Cette règle interprétative est *favor tractatus*.

En conséquence, la solution au problème de la relation entre le droit national et les traités internationaux relève de l'organisation constitutionnelle du pays, qui trace

une directive implicite dans l'ordre juridique interne; affirmer qu'il en va autrement supposerait un empiètement inconstitutionnel du législatif sur les prérogatives du pouvoir exécutif, qui est chargé de la conduite des relations extérieures.

Les traités internationaux, dans l'ordre juridique argentin, sont des règles fédérales approuvées ou rejetées par le Congrès national dans le cadre d'une loi fédérale. L'exécutif national ratifie les traités approuvés par la loi, promulgue une loi fédérale d'attribution de pouvoirs nationaux, de sorte qu'il importe peu que l'objet du traité international touche au droit ordinaire. De ce point de vue, il est inacceptable de déroger à un traité international par un acte du Congrès — ni par aucun autre acte interne de rang inférieur — car cela contreviendrait à la répartition des pouvoirs prévue par la Constitution.

De cette façon, la Convention de Vienne sur le droit des traités (article 27) se trouve respectée, de même que le droit international coutumier est reconnu par la jurisprudence des tribunaux internationaux. En conséquence, la suprématie des traités sur le droit interne est sans équivoque.

Cela suppose d'admettre que non seulement les lois nationales préexistantes qui sont en contradiction totale ou partielle avec les traités approuvés par le Congrès et ratifiés par l'exécutif doivent céder le pas, mais encore que l'intervention du législatif est limitée d'autant qu'il n'a pas le droit de promulguer des lois comportant de telles contradictions.

Naturellement, une telle suprématie s'efface devant la Constitution nationale.

Résultat direct de ce mode de pensée, l'Argentine, en tant que signataire de la Convention de New York et de la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975), ne peut pas adopter de règles internes qui imposeraient des conditions plus rigoureuses que celles découlant de ces traités pour la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère.

En conséquence, une sentence rendue dans un des plus de 117 États parties à la Convention de New York peut être assurée d'un traitement dans les meilleurs délais et à conditions uniformes pour son exécution.

Conformément à ce qui précède, il y a quelques années (1995), la Cour suprême nationale et des tribunaux de rang inférieur ont établi le principe général de l'irréversibilité des décisions prises par les tribunaux d'arbitrage dans leur sphère de compétence.

Question 2

- a) Pensez-vous qu'il soit souhaitable d'encourager des programmes tendant à familiariser davantage les magistrats nationaux avec les questions liées à l'application et à l'interprétation de la Convention ?
- b) S'il existe de tels programmes dans votre pays, comment sont-ils structurés ? Comment leur efficacité pourrait-elle être renforcée ?
- c) Serait-il utile d'encourager de tels programmes sur le plan international ? Dans l'affirmative, pensez-vous que ces programmes devraient être réalisés par :

- (i) des organisations internationales de magistrats;
- (ii) le Secrétariat de la CNUDCI;
- (iii) des organisations internationales de promotion de l'arbitrage comme le Conseil international pour l'arbitrage commercial (CIAC);
- (iv) des associations internationales du barreau ?

Mme PIAGGI DE VANOSI

En ce qui concerne le dernier thème de discussion, même s'il est souhaitable et s'il convient d'encourager les programmes qui familiarisent les magistrats avec l'application et l'interprétation de la Convention, ces programmes n'existent pas dans mon pays; il me semble utile et nécessaire d'encourager leur développement à l'échelle internationale et cette tâche pourrait très bien être assurée par le Secrétariat de la CNUDCI, dans le cadre de ses séminaires et de ses missions d'information.

M. HUTASINGH

Dans mon pays, l'anglais n'est que la seconde langue et la plupart de nos magistrats ne parlent pas couramment l'anglais. Il est extrêmement difficile de trouver un spécialiste capable de donner une conférence sur la Convention en thaï ! Quoi qu'il en soit, j'approuve l'idée d'une formation à l'application et l'interprétation de la Convention dans le cadre du travail des magistrats thaïlandais; d'ailleurs, il existe déjà un programme de formation dans notre pays.

Bien que la Thaïlande ait ratifié la Convention en 1959, celle-ci n'a été transposée dans le droit interne qu'il y a dix ans. Mais depuis lors, l'arbitrage a fait des progrès. Lorsque la Thaïlande a ratifié la Convention, elle n'a formulé aucune réserve; malheureusement, dans la loi d'application, une obligation de réciprocité a été ajoutée par le législateur à titre de critère d'application des sentences étrangères. Toutefois, dans la pratique, les magistrats ne prennent en compte ce critère que lorsque la partie à l'encontre de laquelle la sentence doit être exécutée peut prouver que le pays d'origine de la sentence n'applique pas une sentence rendue en Thaïlande. Dans un proche avenir, ce problème sera résolu grâce à la nouvelle loi thaïlandaise sur l'arbitrage, qui s'inspire de la Loi type de la CNUDCI et qui est actuellement examinée par le gouvernement. Aux termes de ce projet, nous traiterons l'arbitrage national et international sur un pied d'égalité, en appliquant les mêmes normes que la Loi type.

Sur la seconde question à laquelle je n'ai pas encore répondu, à ce jour, les tribunaux thaïlandais n'ont pas vraiment eu l'occasion de se pencher sur la question de l'ordre public telle qu'elle est abordée à l'article V de la Convention. En conséquence, on ne s'est pas prononcé en Thaïlande pour savoir si la notion d'ordre public devait recouvrir l'ordre public national ou si elle correspondait exclusivement à l'ordre public international. D'après moi, si l'ordre public national doit intervenir dans ce contexte, son rôle doit être extrêmement limité afin de faciliter et d'encourager le recours à l'arbitrage commercial international, et afin d'harmoniser l'interprétation de la Convention. Je pense que plus les instances judiciaires des États Membres interpréteront et appliqueront la Convention de façon cohérente, plus l'ar-

bitrage international gagnera en popularité. En effet, les utilisateurs de cet arbitrage pourront avoir l'assurance, dans certaines limites, que les sentences, si difficiles à obtenir, seront appliquées de la même manière par les tribunaux des États Membres.

Pour parvenir à cette cohérence, il sera particulièrement utile d'organiser un programme à l'intention des magistrats des États Membres afin de leur permettre d'échanger leurs points de vue et de partager leur expérience dans ce domaine. Un tel programme pourrait en outre servir de structure importante pour les efforts d'harmonisation du droit commercial international dans son ensemble. J'espère que la CNUDCI, qui organise cette manifestation et qui déploie une grande activité et remporte des succès depuis longtemps dans le domaine de l'arbitrage commercial international, prendra bientôt l'initiative de l'organisation de ce programme.

M. NEWMAN

En ce qui concerne les structures de formation des juges fédéraux aux États-Unis, il existe le Federal Judicial Centre (Centre de la magistrature fédérale) de Washington, qui constitue l'organe de formation et de recherche de la magistrature fédérale. Ce centre organise deux types de programmes à l'intention des magistrats. Le premier s'adresse aux juges entrant dans la magistrature fédérale, que ce soit dans les tribunaux de première instance ou d'appel; il comporte normalement une semaine de séminaires et de cours. Ensuite, le centre organise un atelier régional pour des groupes de magistrats d'une région donnée, à peu près tous les trois ans. Je pense qu'il serait tout à fait utile d'intégrer un module de présentation et de familiarisation consacré à la Convention et aux questions commerciales internationales en général dans le cadre du programme de formation que le Federal Judicial Centre organise à l'intention des magistrats dans leur région.

Cette formation doit-elle faire partie de rencontres internationales? C'est un autre problème. C'est une question de temps et d'argent, deux ressources qui sont rares. Mais dans la mesure où les magistrats fédéraux participeront en tout état de cause à ces ateliers périodiques, il semble qu'il serait plus facile d'apporter l'enseignement de la CNUDCI aux juges, plutôt que d'envoyer des magistrats américains aux quatre coins du monde pour une action de formation relativement brève. En revanche, intégrer une heure de formation dans un programme de deux jours me semble à la fois facile et utile.

Sur la participation de magistrats étrangers à de tels programmes de formation, je pense que si un juge d'un tribunal étranger a eu à connaître des dossiers relevant de la Convention, et si des affaires traitées par d'autres juridictions ont été évoquées devant ce tribunal, si ce tribunal jouit d'une réputation de sérieux, les avis de ce juge seraient très précieux pour un public de magistrats américains.

M. ABOUL-ENEIN

En Égypte, il existe deux institutions travaillant à la formation initiale et continue des magistrats : l'Institut de la magistrature, qui fait partie du ministère de la Justice, et le Centre du Caire. Ce dernier a organisé 20 programmes internationaux de formation couvrant toutes les questions relatives à l'arbitrage commercial international, à

la fois sur les plans théorique et pratique, dont la question de l'application de la Convention de New York.

Ces programmes ont été mis sur pied en coopération avec des institutions et organisations de premier plan comme la CNUDCI, l'American Arbitration Association, la London Court of International Arbitration, l'International Development Law Institute (IDLI) entre autres, avec l'aide d'experts du monde entier.

À ce sujet, je voudrais exprimer plus particulièrement ma gratitude au Secrétariat de la CNUDCI, notamment à M. Herrmann et aux administrateurs de la CNUDCI qui ont participé à nos programmes, de même qu'à l'American Arbitration Association qui y a également pris une part active. Je tiens en outre à remercier M. Michael Hoellering pour son aide active.

M. GOLDIE

Je voudrais ajouter une note marginale à l'exposé des besoins d'un magistrat que nous a présenté M. le juge Newman. Dans un régime de procédure contradictoire, les tribunaux se trouvent placés dans une très large mesure entre les mains de l'avocat. La véritable question est donc de savoir quelle aide on peut apporter aux magistrats ? J'ajouterais donc aux mots « familiarisation et formation », le mot « aide ».

Pour répondre aux questions posées, il existe au Canada plusieurs institutions qui, à certains égards, ressemblent au Federal Judicial Centre dont nous parlait M. le juge Newman. La première est l'Institut national de la magistrature; le deuxième est l'Institut canadien d'administration de la justice; enfin le troisième, légèrement différent des deux premiers, est l'Institut canadien d'études juridiques supérieures.

L'Association internationale du barreau se réunira à Vancouver en septembre, et j'ai pu constater qu'il y aura une journée consacrée au droit des affaires au cours de laquelle on débattrait d'environnement et de commerce, de l'expérience acquise dans le cadre de l'ALENA et de l'OMC, de l'impact de l'Internet sur les émissions et la négociation de valeurs mobilières, de la privatisation et de l'industrie aéronautique; enfin de l'application de la Loi type dans le monde. Malheureusement, rares sont les magistrats canadiens qui appartiennent à l'Association internationale du barreau, mais le programme répond aux besoins de formation du barreau pour qu'il puisse aider les juges.

Je vous quitterai sur ce dernier point de réflexion. J'ai le sentiment que les juges ont accepté les principes de la Convention et de la Loi type. Pour harmoniser les interprétations, il faudra aller au-delà de la formation des juges et d'une optimisation de l'aide que le barreau pourra leur apporter. Je crois que l'on a mis le doigt sur la solution à ce problème. Je tiens à souligner à quel point il est essentiel que la CNUDCI joue un rôle actif dans la promotion, auprès des organismes de chaque État signataire qui a accepté les principes de la Convention, de l'intérêt des programmes qui feront prendre conscience au barreau et aux juges de l'importance de la Convention et de la Loi type. Si j'insiste, c'est que je ne crois pas que les juges nationaux renonceront facilement à cette prérogative à laquelle le juge Newman faisait référence il y a quelques instants, sans le solide soutien de tout ce qui peut contribuer à faire prendre la mesure de l'importance de l'internationalisation du droit commercial.

V. L'avenir : ce qui reste à faire

Présidé par Muchadeyi Masunda

Directeur exécutif, Centre d'arbitrage commercial de Harare, Zimbabwe

Amélioration de l'application : rapport sur l'avancement du projet conjoint AIB/CNUDCI

GEROLD HERRMANN

Secrétaire, CNUDCI

Dans le respect du principe de non-discrimination, je limiterai moi aussi mon temps de parole, même s'il faut pour cela que je brandisse le carton rouge auquel je n'ai pas encore dû recourir. J'en profite pour faire un commentaire personnel : au nom du Secrétariat de la CNUDCI, je tiens à remercier de tout cœur les présidents de la séance d'aujourd'hui et tous les intervenants qui ont accepté notre invitation, pour avoir rendu possible cette rencontre, et en avoir fait un événement particulièrement réussi. Je souhaite également remercier mes collègues du Secrétariat de la CNUDCI, ainsi que mes collaborateurs du Bureau des affaires juridiques, qui nous ont aidé à organiser cette conférence.

J'ajouterai une dernière remarque personnelle. Quelqu'un, en regardant les motifs sur ma cravate, qui représentent des éléphants, m'a soupçonné d'être partisan d'un parti politique d'un certain pays ! Je voudrais juste préciser qu'il s'agit d'une cravate thaïlandaise, portée en honneur du vice-premier ministre qui est aujourd'hui présent et qui parlera demain soir à l'occasion du dîner de la Commercial Law Association. L'éléphant est symbole de l'application de la loi en Thaïlande : c'est un animal puissant, et tous les véhicules et camions des services de police ont l'éléphant comme symbole. Si je porte cette cravate, c'est pour montrer de façon très subtile et absolument pas tendancieuse que je suis favorable à l'application des sentences !

Ces considérations m'amènent directement à parler du projet conjoint, qui découle d'une proposition de M. Jan Paulsson il y a six ans au Congrès de la CNUDCI. M. Paulsson, qui proposait de contrôler l'efficacité de l'application de la Convention de New York, donna trois exemples d'obstacles indéniables :

« Un certain nombre de pays ont ratifié la Convention sans voter par la suite de lois d'application. En conséquence, les juges refusent tout simplement de reconnaître l'autorité de la Convention. [Un] pays a récemment adopté des règles d'application stipulant à tort que les sentences étrangères seront exécutées uniquement si l'agent diplomatique du pays d'application certifie, au lieu de l'arbitrage, que la partie demandant l'exécution de la sentence est originaire d'un pays signataire de la Convention. Cela constitue un ajout inacceptable aux conditions de la Convention. Les tribunaux d'un autre pays encore exigent des frais d'enregistrement se montant à 10 % pour une demande d'exécution, comme si le litige était entendu pour la première fois au fond. »

Convaincu que de tels obstacles sont dus plus à de l'inconscience qu'à une volonté d'obstruction, M. Paulsson a proposé que la CNUDCI mène une étude sur les mécanismes purement procéduriers que plusieurs pays ont mis en place pour rendre la Convention de New York opérationnelle. Pour finir, il a ajouté que l'existence même d'une telle étude favoriserait une prise de conscience et créerait peut-être le climat nécessaire pour éviter qu'un quelconque pays ait la réputation d'être à la traîne dans le classement des pays les plus consciencieux au regard de l'application d'une Convention qui, après tout, devrait être considérée comme une étape fondamentale traduisant une véritable acceptation du processus juridique transnational.

La proposition a été approuvée il y a trois ans par la CNUDCI au cours d'une séance de la Commission, et nous avons décidé de créer une coentreprise avec le Comité D de l'Association internationale du barreau. Cette coentreprise n'était pas l'un de ces prototypes que vous ne connaissez que trop bien, qui sont constitués de deux associés, l'un détenant les capitaux et l'autre le savoir-faire, et où l'on assiste, au bout de deux ans, à une inversion des rôles ! Ici, il existait deux associés dont le projet démarrait doucement puisque tous deux avaient au départ des problèmes de ressources humaines. Cependant, aujourd'hui, les deux parties ont pris de l'élan et vous pouvez compter sur la publication d'un rapport dans un an, à l'occasion de la prochaine séance de la Commission. Je tiens, à ce propos, à rendre hommage à deux collaborateurs particulièrement actifs, aujourd'hui présents, Judy Friedberg et Sylvia Borelli.

Une des raisons qui a ralenti nos efforts jusqu'à présent aurait pu facilement être évitée : moins de la moitié des États à qui nous avons envoyé un questionnaire pour tenter de vérifier les informations sur l'application nous ont répondu à ce jour. J'insisterai pour que tous ceux qui ont une quelconque influence dans ce domaine encouragent les États n'ayant pas répondu à le faire de toute urgence. Ce questionnaire n'a d'intérêt que s'il est aussi complet et représentatif que possible.

Le principal objectif du projet est informatif : diffuser des observations afin de fournir aux personnes intéressées les informations dont elles ont besoin. Dès lors que nous serons en possession de ces informations, nous déciderons de la meilleure façon de les présenter. En fonction de ces résultats, nous déterminons ce qu'il reste à faire. Il y a eu un grand nombre de propositions — par exemple, la préparation d'un guide pour les législateurs ou d'un modèle de loi pour l'application de la Convention. Cependant, à ce stade où nous n'avons pas encore les résultats, je crois qu'il est trop tôt pour prendre des décisions.

Je voudrais énumérer brièvement l'objet de nos recherches. Nous étudions la législation nécessaire ou d'autres lois (en fonction de la constitution ou des coutumes propres à un pays) qui donneraient force de loi dans ce pays aux dispositions prévues par la Convention. Ont-elles été publiées correctement ? De quelle façon la Convention est-elle transposée dans le droit national ? Y fait-on référence ou est-elle reproduite, paraphrasée ou traduite dans une langue non officielle ? Y a-t-il eu d'autres conditions restrictives ajoutées à l'article I^{er} qui, comme nous le savons tous, mentionne deux réserves possibles ? Quel est le champ d'application — une question particulièrement intéressante en ce qui concerne l'article II, et qui peut s'avérer délicate. Étant donné que l'article II lui-même ne précise pas son champ d'application, à quels accords d'arbitrage cette disposition s'applique-t-elle ?

Des conditions supplémentaires de soumission à l'arbitrage ont-elles été ajoutées à la loi d'application (par exemple, l'existence d'un « litige ») ? Existe-t-il d'autres

aspects intéressants et peut-être pénibles, relatifs à la reconnaissance et à l'application ? L'obligation prévue à l'article III, c'est-à-dire le traitement non discriminatoire, est-elle remplie ?

Plusieurs questions se posent ici, et je souhaiterais vous donner quelques exemples de réponses déjà reçues et les conclusions qui en ont été tirées. Qu'en est-il des frais de justice ? D'après les réponses obtenues, dans un certain nombre de pays il n'y en a pas, ce qui est une bonne chose et totalement non discriminatoire. Lorsqu'il y a des droits à acquitter, en règle générale, ils ne dépendent pas du résultat de l'exécution et, dans la plupart des cas, on applique les mêmes frais dans le cas de sentences nationales ou étrangères. Dans un seul pays, il est moins coûteux d'appliquer une sentence étrangère; dans trois autres, c'est le contraire.

Quel est le tribunal compétent ? Quelles sont les modalités de la procédure, énoncées par la loi d'application ou dans d'autres textes de loi, dans un code de procédure civile ou une loi distincte ? Y a-t-il un délai d'exécution ? D'après les réponses déjà reçues, la plupart des États n'en prévoient aucun. D'autres signalent les délais les plus divers : pour la plupart, ils dépassent six ans, et peuvent aller jusqu'à trente ans; mais ils peuvent également n'être que de six mois.

Existe-t-il une réglementation spécifique relative à la loi d'application concernant les authentications et les traductions ?

J'ai épuisé mon temps de parole. Je me contenterai donc de vous demander à tous, une fois encore, d'insister auprès des pouvoirs publics pour qu'ils envoient leurs réponses, et de vérifier les informations et d'en proposer d'autres si vous êtes contactés par des représentants de l'AIB et de la CNUDCI.

Encouragement de la diffusion de l'information, de l'assistance technique et de la formation

JOSÉ MARÍA ABASCAL ZAMORA
Professeur et avocat, Mexico

On peut résumer ce que je suis sur le point de développer en affirmant que ce qui a été dit tout au long de la journée doit être communiqué à l'extérieur, répété sans relâche et partout.

La Convention de New York est l'instrument le plus important établi au XX^e siècle en matière d'arbitrage commercial international et d'harmonisation du droit commercial international. On pourrait affirmer que cette Convention est la « grande autoroute » des contrats internationaux. Une telle importance justifie le besoin d'en faire connaître l'existence, d'en promouvoir l'interprétation et de continuer à en développer l'application.

Au cours de ses quarante années d'existence, la Convention a beaucoup enrichi le droit jurisprudentiel international. M. Van den Berg me corrigera peut-être, mais je crois que 800 jugements (ou peut-être plus) ont eu trait à l'exécution de sentences

arbitrales étrangères dans le cadre de l'application de la Convention par des juges dans de nombreux pays. Cette abondante jurisprudence est un vivier d'idées. La Convention a également suscité des commentaires approfondis, intéressants et autorisés dans des ouvrages et des revues largement diffusés et connus de tous les spécialistes de l'arbitrage commercial international.

Ces publications s'adressent toujours à des spécialistes de l'arbitrage, c'est-à-dire à des gens comme nous, qui sommes réunis aujourd'hui, et qui maîtrisons le sujet et nous y intéressons. Le problème est que ces documents sont essentiellement rédigés en anglais et ne sont donc accessibles qu'aux personnes qui comprennent, lisent, traduisent et utilisent cette langue. Mais la Convention s'adresse à des avocats en exercice, qui établissent des contrats et conseillent leurs clients sur leurs contrats, des avocats chargés de traiter des différends entre deux parties au regard de la loi, et des juges devant appliquer la Convention lorsqu'une partie ne respecte pas un accord d'arbitrage, ou lorsqu'une sentence arbitrale doit être exécutée. La plupart des avocats, qu'ils soient anglophones ou non, ne sont pas des spécialistes de l'arbitrage et, bien qu'il n'existe pas de statistiques, je crois pouvoir dire qu'en dehors de cercles comme celui-ci, on possède peu de notions sur l'importance, l'interprétation et l'application de la Convention, et encore moins dans des régions où l'anglais n'est ni parlé, ni utilisé.

Il est donc indispensable qu'une grande majorité d'avocats et de juges qui doivent tenir compte de la Convention soient informés de ces changements essentiels en matière d'arbitrage commercial international, changements qui sont voués à se poursuivre. La méfiance des magistrats et des avocats du monde entier vis-à-vis de tout ce qui est étranger à leur pays est bien connue, et les conventions internationales ont toujours été perçues par les tribunaux nationaux comme une chose étrange, créée à l'étranger et utilisée par des avocats à la pointe de leur métier et au service des intérêts d'étrangers, sans tenir compte du lieu et du pays concerné. Ces obstacles ne peuvent être surmontés qu'en diffusant les informations et les connaissances. Il faudrait donc envisager l'adoption de mesures contribuant à diffuser les informations et à faire connaître et accepter cet instrument, qui a su montrer son utilité à l'humanité et est destiné à lui apporter bien d'autres avantages.

À mon avis, la CNUDCI est le principal organisme pouvant participer à cet effort. Quant à la teneur des propositions, je suggérerais tout d'abord que la CNUDCI lance un projet pour la codification de toutes les informations de la Convention liées à la jurisprudence et aux doctrines. Par codification, je veux dire la création d'une sorte de guide juridique sur la Convention, disponible dans le monde entier, frappé du sceau de la CNUDCI et des Nations Unies. Ce guide serait produit par les Nations Unies, avec la participation de tous les États, et serait traduit dans les six langues officielles, afin qu'un avocat mexicain, par exemple, n'ait pas la lourde tâche de soumettre à un juge de son propre pays le texte anglais d'une décision ou d'un avis rendus dans un autre pays, ce qui constituerait un obstacle, car cela nuirait à la crédibilité de l'avocat. C'est ma première proposition.

Je proposerais en second lieu de créer une association de magistrats organisée comme l'INSOL International (International Federation of Insolvency Professionals), une fédération internationale réunissant des juges du monde entier spécialistes des questions d'insolvabilité. On pourrait également envisager, dans le même ordre d'idée, de réunir des juges de différentes régions du monde pour discuter de problèmes liés à l'application à la fois uniforme et souple de la Convention.

Le système judiciaire est indépendant, ce qui est tout à fait normal. Les systèmes judiciaires doivent être indépendants et les juges doivent décider eux mêmes de l'application de la Convention. Mais ils ne prendront leurs décisions en toute indépendance que s'ils sont d'accord entre eux. Comme M. Herrmann l'a mentionné plus tôt, les juges n'aiment pas recevoir d'ordres ou de conseils. Ils sont à juste titre jaloux de leur indépendance.

Outre la proposition de codification dont j'ai déjà parlé, la CNUDCI demande à son Secrétariat de préparer un rapport annuel pour la Commission, qui contiendrait une étude sur l'évolution de l'application et de l'interprétation de la Convention au cours de l'année. Enfin, j'aimerais que la Convention soit régulièrement inscrite comme thème de première importance à l'ordre du jour de séminaires et de colloques et soit prévue au programme de toutes les formations en cours dans les facultés de droit.

Promotion d'une interprétation uniforme

ALBERT JAN VAN DEN BERG

Professeur, Rotterdam; Avocat, Amsterdam

En 1958, tout le monde était satisfait du résultat des efforts entrepris pour établir une nouvelle convention internationale sur l'arbitrage commercial international. À l'époque, on pensait que le texte et sa structure assureraient une uniformité.

Vingt ans après, le principal artisan de la Convention de New York, Pieter Sanders, a eu la brillante idée de réunir et de publier des décisions de tribunaux relatives à la Convention dans le *Yearbook of Commercial Arbitration*. J'ai ensuite tenté de rendre plus accessible l'évolution judiciaire dans un ouvrage paru en 1981. Elle semblait encourageante. On percevait très nettement un mouvement des tribunaux favorable à l'application.

Aujourd'hui, en 1998, soit quarante ans plus tard, nous sommes fiers de notre succès. La Convention est largement reconnue comme étant une réussite spectaculaire. Je voudrais en profiter pour exprimer ma gratitude à un groupe de personnes en particulier : les magistrats de la majorité des pays qui ont soutenu si ardemment la Convention. Sans eux, nous ne serions pas en train de commémorer la Convention la plus réussie du siècle sur le droit privé international.

Voici désormais la question qui se pose : que faudrait-il ou serait-il possible de faire, quarante ans après, pour les quarante années à venir ? Il me semble utile ici de faire la distinction entre, d'une part, l'interprétation et l'application de la Convention par les tribunaux et, d'autre part, les défauts constatés dans le texte et la structure de la Convention.

En ce qui concerne le premier point, il n'y a pas lieu de se plaindre. Comme je viens de l'indiquer et comme on l'admet généralement, la plupart des tribunaux savent en général fort bien interpréter et appliquer correctement la Convention.

Pour autant, cela ne veut pas dire qu'il ne faut plus prêter attention à leur travail. Au contraire, si l'on veut préserver les acquis dans ce domaine, il faut continuer à effectuer un suivi des décisions des tribunaux à l'échelle mondiale. Il convient en effet de ne pas oublier que le succès de l'harmonisation de l'interprétation par les tribunaux résulte notamment de la méthode de la jurisprudence comparée. De plus, il est hautement souhaitable de fournir aux magistrats et praticiens des nouveaux États contractants des renseignements sur le fonctionnement de la Convention présentés sous une forme pratique et digeste.

En ce qui concerne le second point, lorsque l'on entend des inquiétudes s'exprimer sur la Convention, on constate qu'elles portent sur des points que certains souhaitent inclure ou au contraire exclure du texte de la Convention. Pour donner un bref aperçu de l'état actuel de la « liste des vœux », j'ai retenu les sept questions suivantes :

- a) L'absence de champ global d'application de la Convention, au sens où, en principe, elle ne s'applique pas à l'exécution des sentences dans le pays d'origine;
- b) L'obligation de la forme écrite imposée à l'accord d'arbitrage, qui passe pour trop rigide;
- c) La possibilité de l'exécution de mesures provisoires;
- d) Le pouvoir discrétionnaire d'exécuter une sentence nonobstant l'existence de motifs de refus de son application;
- e) La possibilité de ne pas motiver un refus d'exécution;
- f) L'annulation de la sentence dans le pays d'origine; enfin,
- g) La procédure d'exécution d'une sentence rendue aux termes de la Convention.

Le dernier point concernant la procédure d'application d'une sentence rendue aux termes de la Convention peut être réglé par une éventuelle Loi type sur l'application de la Convention de New York. Cela pourrait être l'un des résultats du projet conjoint AIB/CNUDCI dont nous a parlé Gerold Herrmann. Il est souhaitable de se doter d'une telle Loi type, notamment parce que les lois d'application existantes présentent de fortes divergences et parce qu'il convient d'harmoniser la procédure d'exécution des sentences étrangères aux termes de la Convention. Il est inacceptable qu'en l'état actuel des choses la question de savoir s'il y a un, deux, voire trois tribunaux susceptibles de statuer sur une demande d'exécution d'une sentence relevant de la Convention, dépende du pays où l'on souhaite faire appliquer cette sentence. Il est tout aussi inacceptable que le délai dans lequel on peut demander l'exécution d'une sentence relevant de la Convention dépende du pays où on souhaite la faire appliquer. Par exemple, la Chine laisse un délai de six mois après que la sentence a été rendue — les Pays-Bas vingt ans.

La plupart des six autres points de la « liste de vœux » peuvent, selon moi, être résolus par une interprétation convenable par les tribunaux. Toutefois, certains observateurs ne sont pas d'accord et ont proposé d'amender la Convention à travers un protocole, voire une nouvelle convention.

Je pense qu'une telle initiative ne serait pas comprise par nombre d'États contractants. Ils estiment que la Convention est très utile et très simple. Pourquoi la

changer ? Cela risquerait de porter préjudice à sa crédibilité. Et honnêtement, les points figurant sur cette liste correspondent-ils à des nécessités si impérieuses qu'elles justifient tous les problèmes suscités par l'adoption d'un nouveau traité international ? Pour reprendre un vieil adage américain (puisque nous sommes à New York) « tant que ça marche, faut pas y toucher ».

Je pense plutôt qu'il faut chercher ailleurs la solution de la plupart des points de cette « liste de vœux ». Cette solution réside dans la disposition de l'article VII-1 de la Convention relative au régime plus favorable.

Cette disposition a longtemps été négligée tout à la fois par les tribunaux, les praticiens et les observateurs. Ils l'ont récemment « découverte ».

Comme vous savez, cette disposition de l'article VII-1 relative au régime plus favorable permet à une partie demandant l'exécution d'une sentence de s'en remettre — non à la Convention elle-même — mais plutôt à la loi ou aux traités concernant l'application des sentences étrangères dans le pays auquel on demande l'application de la sentence. En conséquence, même si la Convention ne permet pas l'exécution de la sentence, une partie peut tout de même obtenir l'autorisation de la faire appliquer en invoquant les dispositions plus favorables d'une loi nationale concernant l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

La solution que je préconise consiste donc à rédiger une Loi type pour l'application des sentences arbitrales étrangères en dehors du cadre de la Convention, conformément à son article VII-1.

Cette proposition vous surprend peut-être. Il existe déjà une Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Cette Loi type complète en effet merveilleusement la Convention de telle sorte que la Loi type et la Convention forment ensemble une base de référence solide pour l'arbitrage commercial international.

Il convient de noter que, lorsque la Loi type a été rédigée au début des années 80, les rédacteurs ne s'étaient pas aventurés en dehors des limites définies par la Convention. Il s'ensuit que les dispositions relatives à l'exécution des sentences arbitrales étrangères figurant dans la Loi type sont pratiquement la copie conforme de la Convention. Les dispositions relatives à l'obligation d'adopter la forme écrite pour l'accord d'arbitrage ont été un peu retravaillées, mais là encore, la structure fondamentale du dispositif n'a pas été modifiée. En d'autres termes, à l'époque, on n'avait pas ressenti le besoin de changer les choses.

Il n'en va sans doute pas de même aujourd'hui. Si c'est vrai, il est plus facile de rédiger une loi type sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères en dehors du cadre de la Convention que d'amender le texte actuel de la Convention. Il convient par ailleurs de noter qu'il n'y a pas beaucoup de pays dotés d'une réglementation officielle sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères telle que l'envisageait l'article VII-1 de la Convention. Je pense que c'est une possibilité gâchée, car l'article VII-1 constitue de toute évidence une porte ouverte pour les États contractants.

Les Pays-Bas sont l'un des rares pays à avoir saisi la possibilité offerte par l'article VII-1 de la Convention. En effet, l'article 1076 de la loi néerlandaise sur l'arbitrage de 1986 comporte des dispositions relatives à l'exécution de sentences

arbitrales étrangères en dehors du cadre de la Convention. Il est plus libéral que la Convention. À titre d'exemple, il suffit que la forme de l'accord d'arbitrage soit valable aux termes des dispositions pertinentes du droit national. De plus, si une partie n'invoque pas au cours de l'arbitrage le fait qu'il n'y a pas d'accord d'arbitrage valable, elle renonce à l'invoquer dans la procédure d'exécution aux termes de l'article 1076 de la loi néerlandaise sur l'arbitrage.

Il faut ajouter la France à cette liste. De toute évidence, la France a aussi tiré parti des dispositions de l'article VII-1 de la Convention, car sinon nous n'aurions pas pu profiter des savoureuses histoires de l'affaire *Hilmarton*⁴.

Mais si l'on examine d'autres lois récentes sur l'arbitrage, on est surpris de constater qu'elles ne comportent pas de dispositions sur l'exécution de sentences arbitrales étrangères en dehors du cadre de la Convention. C'est ainsi que la loi fédérale suisse de 1987 sur le droit international privé (LDIP) soumet l'exécution des sentences arbitrales étrangères de façon restrictive à la Convention. La loi allemande de 1998 sur l'arbitrage a abandonné le régime libéral de l'ancien article 1044 du Code de procédure civile (*Zivilprozeßordnung* — ZPO).

Un pays peut être doté d'un régime juridique concernant l'exécution de sentences étrangères en dehors du cadre de la Convention qui se soit élaboré sur la base de la jurisprudence. Cela peut créer des confusions vis-à-vis de l'article VII-1 de la Convention, comme on l'a vu aux États-Unis. La doctrine est bien établie à travers une série d'affaires, notamment *Gilbert contre Brunstine*⁵. La relation avec l'article VII-1 de la Convention a en revanche irrémédiablement été mal interprétée par le Tribunal de district de Columbia dans l'affaire *Chromalloy*⁶.

Compte tenu des divergences ou de l'absence de dispositions législatives et réglementaires sur l'exécution des sentences étrangères dans de nombreux pays, il serait préférable de disposer d'un texte recommandé sur le plan international et contenant des dispositions juridiques sur l'exécution des sentences étrangères en dehors du cadre de la Convention.

Cette référence juridique sur l'exécution des sentences étrangères pourrait constituer un texte autonome ou une éventuelle modification de la Loi type actuelle.

La forme de la Loi type que je propose en ce qui concerne l'exécution des sentences étrangères présente de multiples avantages :

- a) Elle évite la rédaction et la reconnaissance d'un nouveau traité international;
- b) La Convention reste la pierre angulaire, reconnue sur le plan mondial, de l'arbitrage commercial international; enfin,
- c) Si l'uniformisation est hautement souhaitable, un État peut toujours s'écarter du texte proposé. Cela peut faciliter l'adoption d'une telle loi type.

En conclusion, je voudrais faire les recommandations suivantes :

- a) Ne touchez pas à notre vénérable Convention;
- b) Continuez d'effectuer un suivi des décisions des tribunaux ayant trait à la Convention;
- c) Continuez de former les magistrats et les praticiens à la Convention;

- d) Rédigez une Loi type sur l'application de la Convention en ce qui concerne la procédure d'exécution des sentences rendues aux termes de la Convention;
- e) Rédigez une Loi type sur l'exécution des sentences étrangères en dehors du cadre de la Convention comme l'envisage l'article VII-1 de la Convention.

Je pense humblement qu'avec de telles mesures la Convention continuera de connaître le même succès dans les quarante prochaines années.

Étude de l'opportunité d'établir une convention additionnelle pour compléter la Convention de New York

WERNER MELIS

Président, Comité de direction

Tribunal d'arbitrage international, Chambre économique fédérale d'Autriche

La Convention de New York correspond à la réalité de l'arbitrage international des années 50. Pourtant, elle reste un instrument d'une modernité surprenante. Je me range totalement à l'avis des orateurs précédents qui ont estimé qu'il ne fallait pas amender la Convention. Elle reste d'actualité et elle est appliquée dans le monde entier. Un amendement ne ferait que créer la confusion.

Toutefois, le monde de l'arbitrage international a changé depuis la rédaction de la Convention. Je serais tenté de penser que l'on pourrait utilement envisager la rédaction d'une nouvelle convention venant compléter celle de New York et qui traiterait des questions apparues au cours de ces quarante années de pratique de l'arbitrage international.

Les problèmes suivants méritent, entre autres, d'être étudiés de plus près.

Premièrement, les moyens de communication ont radicalement changé ces quarante dernières années. La définition de « convention écrite » de l'article II-1 de la Convention était déjà dépassée quelques années plus tard, comme en témoigne l'article I-2 *a* de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961). Cela étant, l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI contient une définition qui reste à la fois satisfaisante et d'actualité. En conséquence, il serait judicieux d'introduire dans la nouvelle convention une définition de la « convention écrite » reposant sur une interprétation large de la définition de la Loi type et de préciser en tout état de cause que la formule « convention écrite » couvre l'ensemble des moyens de communication qui permettent d'établir la preuve de l'accord par un texte, comme l'indique l'article 178 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé de 1987.

Deuxièmement, la Convention ne traite que de la reconnaissance et de l'exécution de *sentences*, en d'autres termes de décisions définitives et contraignantes. Cette définition ne couvre pas, par exemple, les règlements amiables, bien que de nombreuses procédures arbitrales se concluent sur un règlement amiable. Pour surmonter cette difficulté, les règles d'arbitrage de certains centres d'arbitrage, comme l'article 20 du règlement d'arbitrage et de conciliation du Centre d'arbitrage international de la Chambre économique fédérale d'Autriche (le Règlement de Vienne) prévoient que

les parties peuvent demander qu'une sentence soit prise sur le contenu d'un éventuel règlement qu'elles auraient conclu. La nouvelle convention pourrait comporter une disposition analogue ou prévoir simplement que les règlements amiables entrent dans la même catégorie que les sentences.

De même, une série de centres d'arbitrage international ont prévu dans leur règlement institutionnel des dispositions analogues à celles de l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui autorise les arbitres à prendre des mesures conservatoires. Le problème est que rares sont les juridictions qui exécutent de telles mesures provisoires ordonnées par un tribunal dans les limites de leur juridiction. En d'autres termes, même dans ces pays, les mesures provisoires ordonnées à l'encontre de parties exerçant leur activité en dehors de leur juridiction ne seront pas exécutées par un tribunal national.

Je suis d'accord avec M. Veeder pour dire que la nouvelle convention doit prévoir que les tribunaux des parties contractantes exécuteront les mesures provisoires ordonnées par un tribunal siégeant sur le territoire de l'une des parties contractantes.

Comme l'a indiqué M. Paulsson à juste titre, la Convention traite exclusivement de l'exécution des sentences arbitrales étrangères et non des motifs d'annulation d'une sentence dans le pays où elle a été rendue. Cela a parfois donné lieu à des annulations surprenantes. Il serait par conséquent souhaitable de donner au juge le pouvoir de ne pas tenir compte d'entorses mineures à la procédure qui sont sans effet sur la sentence lors des procédures d'exécution. Toujours à ce propos, la Loi type offre une bonne solution dans son article 34 qui énumère et limite par là-même les motifs d'annulation d'une sentence.

Tant que le problème que l'on vient de mentionner persistera, à savoir que des sentences arbitrales sont annulées dans le pays où elles ont été rendues pour des motifs uniquement locaux qui ne sont pas compatibles avec les normes de référence juridique reconnues sur le plan international, se posera la question de savoir si ces sentences qui ont été annulées seront exécutées dans des pays tiers. Il y a désormais quelques affaires dans lesquelles les tribunaux ont exécuté des sentences arbitrales qui avaient été annulées par un tribunal du pays où elles avaient été rendues.

Là encore, il serait utile de faire figurer dans la nouvelle convention une disposition conférant aux tribunaux le droit d'exécuter des sentences arbitrales qui ont été annulées dans un autre pays dans des conditions spécifiques, comme celles que l'on trouve à l'article IX de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international.

En tant qu'administrateur d'arbitrages commerciaux internationaux, je suis toujours surpris de constater à quel point de nombreuses clauses compromissaires ont un caractère pathologique, au sens où elles risquent fort d'être invalidées par un tribunal. D'après mon expérience, près de 50 % des clauses soumises à notre centre présentent des défauts à des degrés divers. Comme c'est sans doute une tâche impossible de persuader les parties de rédiger des clauses compromissaires sans défaut, la nouvelle convention devrait proposer des solutions pour remédier au problème.

Là encore, la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international comporte une disposition utile. L'article V, par exemple, prévoit qu'une partie qui entend contester la compétence d'un arbitre doit le faire au plus tard lors de la remise

de sa demande introductive d'instance ou des conclusions de la défense ayant trait au fond du différend. Une disposition analogue à celle de cet article serait utile dans la nouvelle convention.

En outre, l'article IV de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international comporte d'autres dispositions utiles pour remédier aux défauts des clauses compromissoires. Il est en effet possible pour une partie souhaitant entamer une procédure arbitrale d'adresser sa demande au Président de la Chambre de commerce compétente ou à un Comité spécial pour établir « directement ou par référence au règlement d'une institution arbitrale permanente des règles de procédure qui devront être observées par les arbitres [...] » (article IV-4 d).

Le Président de la Chambre de commerce compétente ou un Comité spécial peut décider d'une institution arbitrale lorsque les parties sont convenues de soumettre leurs différends à une institution arbitrale permanente sans la désigner préalablement de façon explicite (article IV-5) ou en référer aux parties lorsque ces dernières n'ont pas spécifié le mode d'arbitrage dans leur accord d'arbitrage (arbitrage institutionnel ou *ad hoc*), à une institution arbitrale permanente ou encore le Président ou le Comité spécial peut demander aux parties de désigner leurs arbitres.

Le Président de la Chambre économique fédérale d'Autriche, en sa capacité de Président de la Chambre de commerce compétente, a reçu à Vienne une série de demandes invoquant cet article et a pu apporter des solutions à des clauses pathologiques conformément à l'article IV.

La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international renvoie de façon caractéristique aux arbitrages Est/Ouest. Je pense cependant qu'il serait très utile de se doter dans la nouvelle convention de dispositions analogues adaptées à une utilisation à l'échelle mondiale.

Lors de la préparation et de la rédaction d'une nouvelle convention venant compléter la Convention de New York, de nouveaux problèmes peuvent se présenter. Naturellement, la nouvelle convention doit ménager suffisamment de souplesse pour permettre l'adoption des changements nécessaires. L'essentiel est cependant de se souvenir que les travaux doivent commencer dès que possible dans le cadre de la CNUDCI.

Questions sur lesquelles pourrait porter une annexe à la Loi type de la CNUDCI

GAVAN GRIFFITH

Avocat; ancien Avocat général, Australie

Ceux d'entre nous qui ont apposé leur signature au bas du texte de la Loi type à Vienne le 21 juin 1985 étaient conscients qu'il était fondé sur les principes de l'autonomie des parties et de l'État. Nous admettions la capacité des parties à contracter en des termes différents. Et comme il s'agissait d'une loi type, chaque État signataire était libre d'adapter le texte et d'en modifier les termes. De plus, la Loi type n'a jamais eu pour vocation de constituer un code. Son fonctionnement devait

plutôt s'inscrire dans le cadre du droit national applicable dont nous attendions qu'il vienne soutenir, et même améliorer, le fonctionnement de la Loi type sur le fond.

Nous savions que nous n'avions nullement réglé toutes les questions qui méritaient de l'être. Notre texte allait à l'essentiel. Nous savions que certains dossiers avaient été traités de façon incomplète. Nous devons nécessairement veiller assez attentivement à ce que notre loi puisse être acceptable dans des juridictions aussi bien de droit civil que de droit coutumier, connaissant plus ou moins bien la procédure arbitrale.

Au cours des treize années écoulées depuis l'adoption de la Loi type, certains États ont choisi de la promulguer telle quelle, en lui ajoutant parfois des dispositions obligatoires ou optionnelles. Certains États ont eu du mal à accepter que les intérêts de la normalisation de l'approche aient justifié l'abandon de leurs textes législatifs nationaux applicables à l'arbitrage international. A l'autre extrême, des États ont fait de la Loi type leur régime d'arbitrage commercial aussi bien national qu'international. Compte tenu de son succès, nous pouvons aujourd'hui admettre que notre Loi type pourrait être utilement réexaminée par la Commission. La question est de savoir comment promouvoir avec plus d'efficacité son objectif qui est de constituer un véritable modèle international de loi pour l'arbitrage international. « Amélioration », telle doit être notre ambition. Dans la mesure où les articles supplémentaires viennent compléter le texte de base, l'avantage d'une loi type sur une convention réside dans le fait que de nouveaux articles optionnels peuvent tout aussi bien être transposés dans le droit national par des États qui ont déjà appliqué la Loi type que par ceux qui ne l'ont pas encore fait. En conséquence, le mécanisme de la loi type évite judicieusement le chaos que crée une succession de régimes de traités, comme c'est le cas, par exemple, des dispositions concurrentes des règles de La Haye, de La Haye-Visby et de Hambourg. En ce qui concerne le problème de nouveaux articles et des sujets devant être traités dans une annexe, un certain nombre de questions évidentes doivent être examinées, certaines prévues en 1985, d'autres définies depuis lors.

Recevabilité arbitrale et parties

Bien que Lord Mustill ait récemment réaffirmé sa position de 1985 selon laquelle la CNUDCI n'est pas habilitée à traiter de la recevabilité arbitrale des différends, on peut penser qu'il appartient à la Loi type de traiter la question. Il peut être utile de définir plus précisément les questions qui, sous réserve de l'intérêt du droit national, peuvent donner lieu à un arbitrage, comme les différends portant sur des problèmes relevant de l'antitrust ou de la restriction des échanges, ou des questions touchant à la propriété intellectuelle.

Pour l'heure, la Loi type est muette quant à l'identité des parties. Il y aurait normalement lieu de définir plus précisément qui peut être partie à un arbitrage international. Par exemple, des organisations non gouvernementales (ONG) sont spécifiquement prises en compte dans les règles récemment promulguées par la Cour permanente d'arbitrage qui s'inspirent elles-mêmes de la Loi type.

Définition de l'accord d'arbitrage

On peut dire aujourd'hui que la CNUDCI a fait preuve d'une prudence inutile en imposant la signature d'un accord ou un échange de documents pour pouvoir

entamer une procédure d'arbitrage valide. Avec le recul, la Commission elle-même aurait dû suivre les propositions formulées en 1985 par son Secrétaire actuel, anticipant le développement de mécanismes plus fluides de conclusion des accords, y compris sur les conditions d'arbitrage. Les lois de plusieurs États peuvent servir de référence pour donner des définitions plus larges de ce qui constitue un accord. Des arguments solides plaident en faveur d'une définition plus étendue de l'accord écrit et, en fait, pour que l'on se demande si la forme écrite doit toujours être exigée. À cet égard, il paraît utile de couvrir directement les pratiques du commerce électronique.

Confidentialité

On entend dire aujourd'hui, surtout avec la décision controversée dans l'affaire *Esso/BHP*⁷ de la High Court of Australia, que les exigences des parties en matière de confidentialité de la procédure ne sont pas convenablement protégées. Cette question reste entière et elle mérite d'être couverte par la Loi type comme d'ailleurs dans les lois de la plupart des États.

Consolidation

Certains États ont promulgué des dispositions facultatives permettant la consolidation des procédures arbitrales. Il ne s'agit pas d'imposer la consolidation aux parties, mais on pourrait utilement envisager une démarche consistant à reprendre dans la Loi type elle-même des dispositions facultatives, comme c'est le cas dans la loi australienne.

Dommages et intérêts

La question du pouvoir d'accorder des dommages et intérêts, à la fois à titre d'élément de réparation des préjudices dans la sentence et aussi à titre de droit distinct en attendant le paiement aux termes d'une ordonnance, constitue une lacune partiellement comblée par les lois nationales et par un accord spécifique entre les parties. Cela étant, il s'agit d'un sujet qu'une loi type complète devrait spécifiquement couvrir. En matière commerciale, le temps, c'est de l'argent, notion rendue parfois par l'expression, « celui qui me paie vite, me paie deux fois ». La Loi type devrait à tout le moins permettre des ordonnances d'indemnisation par la partie qui tarde à payer.

Frais

Dans un contexte de compromis entre les démarches du droit civil et des différentes formes de droit coutumier sur la question des frais, on ne s'étonnera pas de constater que la Loi type n'a pas été suffisamment ambitieuse pour prévoir des dispositions à ce sujet. Or, il aurait été utile de prévoir une position par défaut, selon laquelle le tribunal est habilité à rendre une sentence sur la prise en charge des frais, sauf accord contraire des parties. Là encore, c'est une question qui est souvent couverte par un accord entre les parties et par le droit national. Cela étant, c'est une question qui peut être désormais prise en compte par des dispositions spécifiques de la Loi type.

Immunité des arbitres

On commence à observer, notamment chez des parties prenantes agressives à des litiges en Amérique du Nord, le cas de parties récalcitrantes se livrant à des attaques personnelles sur l'indépendance du processus d'arbitrage. Il n'est pas rare aujourd'hui de voir des arbitres menacés de poursuites et de plaintes les visant personnellement s'ils ne se comportent pas d'une certaine manière. De toute évidence, les arbitres sont tenus de répondre d'un manque d'honnêteté. Éventuellement, leur responsabilité doit être engagée s'ils abandonnent délibérément un arbitrage et imposent ainsi aux parties des dépenses inutiles. En revanche, lorsque des arbitres accomplissent honnêtement leur mission, même si une partie ne le pense pas totalement, leur responsabilité personnelle doit être dégagée à l'instar du traitement habituel des juges. La loi de certains États prévoit d'ailleurs une immunité des arbitres plus ou moins équivalente à celle des juges. Il conviendrait de donner une dimension universelle à ces protections minimales.

Mesures provisoires

Dans la réalité commerciale, l'incapacité de décider de mesures provisoires efficaces est de nature à réduire à néant l'intégrité du processus arbitral. Si l'objet du différend ou, dans d'autres cas, les fonds pouvant satisfaire aux conditions prescrites par une éventuelle sentence, peuvent s'évaporer avant que ne soit rendue la sentence définitive, ce sont toutes les procédures prévues par la Loi type qui sont vidées de leur contenu. Or, il est possible de renforcer le pouvoir de rendre des sentences à titre provisoire à l'appui de l'arbitrage. Que ces sentences soient rendues par les arbitres ou des tribunaux, ces sentences doivent être exécutoires au-delà du for d'arbitrage. À certains égards, la question implique une définition plus précise de ce que l'on entend par une sentence.

Synthèse

Cette liste de thèmes n'est pas exhaustive. En 1985, la Loi type correspondait à un concept radical. Aujourd'hui adolescente, cette enfant de la CNUDCI éprouve un sentiment précoce de confiance dans sa réussite. La Commission a produit en 1996 avec beaucoup d'efficacité les plus utiles des Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales. Elle est bien placée pour poursuivre « l'amélioration » de sa Loi type, avec des dispositions annexes. Cette Journée de la Convention de New York serait tout à fait avisée de lui confier la mission d'aller rapidement de l'avant dans ce domaine.

Notes

1. *Resort Condominiums International Inc v Bolwell & Another* (1993) 118 ALR 655; *International Arbitration Report*, Vol. 9, no. 4 (1994), p.A.1-A.22; *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 20 (1995), p. 628.
2. Arrêt du 17 novembre 1998 de la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire C-391/95, *Van Uden Maritime BV (Van Uden Africa Line) v Kommanditgesellschaft in Firma Decoline and Another*.
3. *Canada Supreme Court Reports*, vol. 2 (1990); CLOUT, Affaire n° 16 dans le document A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1 (17 mai 1993).
4. *Hilmarton Ltd. v Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. 19 (1994), p. 655; *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. 20, (1995), p. 663.
5. *Gilbert v Burnstine*, 255 NY 348 (1931).
6. *Chromalloy Aeroservices Inc. (US) and the Arab Republic of Egypt*, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. 22 (1997), p. 691, 1001.
7. *Esso Australia Resources Ltd & Ors v The Honourable Sidney James Plowman (The Minister for Energy and Minerals)*, 183 CLR 10 (1995), parfois désignée comme l'affaire *Esso/BHP v Plowman*.