

COLLOQUE INTERNATIONAL

L'ARBITRAGE : OUTIL DE GESTION DES RISQUES ET DES CRISES

24 et 25 novembre 2017

Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

LE ROLE DE LA COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE DANS LE REGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFERENDS INTERNATIONAUX

Par Dr. Hajer GUELDICH

Docteur en droit public- Maître de Conférences agrégée aux Universités de Carthage et de Kairouan- Tunisie

Membre élue de la Commission de l'Union africaine pour le Droit international (CUADI)

Mots clé :

Contentieux international- Règlement pacifique des Différends- Cour permanente d'arbitrage- Affaire Alabama- succès de l'arbitrage international- Souplesse de la procédure arbitrale- valeur de la sentence arbitrale- apport de la jurisprudence de la CPA en droit international.

Abstract :

L'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les États par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit. Cette définition de l'arbitrage, donnée par l'article 37 de la convention de La Haye du 18 octobre 1907 sur le règlement pacifique des conflits internationaux, confirme le succès de l'arbitrage en tant que le moyen le plus efficace et le plus équitable pour régler les Différends qui n'ont pas été résolus par la voie diplomatique.

L'arbitrage s'affirme ainsi, par son assise consensualiste, comme la procédure la plus typique de la société relationnelle des États souverains. Ceux-ci, ne reconnaissant aucune règle autre que celles qu'ils ont établies ou acceptées, sont tout naturellement portés à ne tolérer d'autre

intervention dans leurs différends que celle d'un tiers qui puisera sa compétence dans l'accord préalable des parties au litige.

Elle a été créée en 1899 par la première Conférence de La Haye, et confirmée lors de la seconde Conférence en 1907. 107 États ont ratifié au moins une des deux Conventions concluant chaque conférence, créant ainsi la CPA.

Après avoir connu une période d'activité intense dans les années suivant sa création, la CPA est tombée en sommeil après la Seconde Guerre mondiale. Mais elle a connu une renaissance à partir des années 1990, qui lui permet d'être aujourd'hui l'une des principales institutions internationales pour le règlement des différends impliquant des États ou des organisations internationales.

Cet article a pour objectif de mettre en exergue justement le rôle que joue la CPA dans le règlement des différends, ainsi que son rôle normatif par rapport à la progression et l'évolution des règles du droit international.

LE ROLE DE LA COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE DANS LE REGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFERENDS INTERNATIONAUX

Par Dr. Hajer GUELDICH

Docteur en droit public- Maître de Conférences agrégée aux Universités de Carthage et de Kairouan- Tunisie

Membre élue de la Commission de l'Union africaine pour le Droit international (CUADI)

Historiquement, la question de règlement pacifique des différends internationaux a été antérieure à celle de l'interdiction de l'emploi de la force armée. En effet, à l'épreuve où le recours à la force n'était pas interdit, le principe de règlement des différends relevait déjà du droit international¹. D'ailleurs, pendant longtemps, les questions relatives à la matière de paix entre nations étaient appréhendées moins par le biais de recours à la force que par le biais de recherche de solution pacifique afin de résoudre les différends entre nations.

Néanmoins, c'est entre des Etats jaloux de leur souveraineté et de leurs propres intérêts que l'obligation de régler pacifiquement les différends est appelée à être déployée. C'est ainsi que le droit international offre aux Etats une grande latitude pour recourir aux moyens appropriés afin de régler leurs différends. Le principe en la matière étant le principe de la liberté de choix

¹ Depuis longtemps, plusieurs efforts ont été entrepris afin de limiter les occasions amenant les Etats à recourir à la force armée. Par exemple, la Convention de la Haye du 18 octobre 1907 relative au règlement pacifique des différends internationaux a énoncé (dans son article 1) que : « *En vue de prévenir autant que possible le recours à la force dans les rapports internationaux, les puissances contractantes conviennent d'employer tous leurs efforts pour assurer le règlement pacifique des différends internationaux* ». Ensuite, le Pacte de la Société des Nations (SdN) n'a fait qu'entériner cette question.

Ce n'est que plus tard, plus particulièrement avec la Charte des Nations Unies de 1945 que l'accent a été mis sur des concepts jusque-là inconnus, tels que « la non-agression », « le maintien de la paix », « la répression de l'emploi de la force », etc. Désormais, ces concepts ont été rehaussés au niveau de normes impératives du droit international.

Parallèlement, l'obligation de résoudre les différends internationaux par des moyens pacifiques allait acquérir le même caractère. Selon l'article 2 paragraphe 3 de la Charte des Nations Unies, « *Les membres de l'organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mis en danger* ». L'article 33 de la Charte des Nations Unies stipule que « *les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix* ».

Ensuite, la Résolution 2625 (Déclaration sur les principes des relations internationales touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la CNU) du 24 octobre 1970 a fait peser cette obligation sur tous les Etats et non pas seulement les Etats membres de l'ONU.

L'obligation de régler pacifiquement les différends a été libellée de manière plus marquée et plus forte avec Résolution 37/10 (Déclaration de Manille) du 5 novembre 1982. Depuis, ce texte constitue la référence principale pour étudier ce principe de règlement pacifique des différends internationaux.

des moyens² comme l'annonce la Déclaration 2625 : « *Les différends internationaux doivent être réglés sur la base du libre choix des moyens* ».

Les Etats peuvent alors choisir soit les moyens diplomatiques soit les moyens juridictionnels comme mode de règlement des différends³. Toutefois, les moyens diplomatiques afin de régler un différend ne sont pas contraignants car le processus politique est basé sur une transaction, personne n'est obligé de transiger sur ses droits, contrairement aux moyens juridictionnels (le recours à l'arbitrage et à la justice internationale) qui sont des moyens contraignants. Ceci dit, le trait distinctif de l'arbitrage par rapport à la justice internationale réside dans le rôle prédominant des parties qui contrôlent la composition de l'organe arbitral et le déroulement du processus du début jusqu'à la fin, se réservant des échappatoires qu'elles peuvent utiliser à n'importe quel moment.

Dans ce contexte, il est opportun de présenter l'arbitrage, son historique, son évolution et sa signification. En fait, la naissance de l'arbitrage remonte aux rapports entre les cités grecques (par exemple : Traité de paix entre Lacédémone et Argos de 418-avant JC). Ensuite, il s'est développé au Moyen-Age comme procédure de solution des conflits entre les princes (rôle du pape comme autorité universelle exerçant son pouvoir et son autorité sur les Rois chrétiens en exerçant de manière obligatoire sa médiation ou son arbitrage dans les différends qui les opposaient).

Après avoir connu une éclipse à la fin du XVIIème siècle et au XVIIIème , il connaîtra un regain d'intérêt au lendemain du traité Jay du 19 novembre 1794 (The Jay Treaty) signé par la Grande Bretagne et les États-Unis qui mettait en place un processus de règlement des

² L'article 33 de la CNU dresse une liste non limitative de moyens pour régler pacifiquement les Différends entre Etats. C'est l'expression même de la volonté étatique. Toutefois, les Etats utilisent plus volontiers les techniques et procédés diplomatiques que ceux juridiques car ce sont des procédés moins contraignants.

Cette préférence est expliquée par le désir de préserver la souveraineté étatique. Toutefois, cette liberté du choix des moyens peut être limitée lorsque les Etats s'engagent, à l'avance, sur une base conventionnelle, à se soumettre à un mode de règlement contraignant. Mais les Etats entendent rester libres dans la détermination de l'étendue du règlement pacifique. S'ils recourent aux moyens les moins contraignants, ils ne s'engagent à recourir aux modes obligatoires que dans un instrument spécial soumis à la ratification des seuls Etats qui décident de l'accepter. Voir COT (J-P) et PELLET (A.), (sous dir.), *La Charte des Nations Unies : Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1991, pp. 565 et ss.

Voir aussi MRAD (H.), « Le principe de règlement pacifique des différends », in HORCHANI (F.), (sous dir.), *Règlement pacifique des différends internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

³ Voir HORCHANI (F.), (sous dir.), *Règlement pacifique des différends internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

conséquences de la guerre d'indépendance américaine, en instituant trois commissions mixtes arbitrales avec un surarbitre. Ces commissions fonctionnèrent de 1798 à 1804⁴.

C'est l'Affaire de l'Alabama⁵, entre les États-Unis et la Grande Bretagne qui marqua un tournant décisif dans l'histoire de l'arbitrage international. Ce fut le premier arbitrage rendu entre deux Etats par une juridiction collégiale indépendante.

La première convention de la Haye de 1899 prévoit l'arbitrage comme moyen facultatif pour prévenir les conflits armés entre nations. Le procédé sera ensuite réaffirmé par la première convention de La Haye de 1907, ainsi que par l'Acte général d'Arbitrage adopté par l'Assemblée générale de la SDN, le 26 septembre 1928 et l'article 33 de la Charte des Nations unies. Après la deuxième guerre mondiale, l'arbitrage a connu un nouvel essor notamment dans les conventions bilatérales et dans le cadre de l'ONU.

Il est à rappeler que la Cour permanente d'arbitrage a été créée en 1899 par la première Conférence de La Haye, et confirmée lors de la seconde Conférence en 1907. 107 États ont ratifié au moins une des deux Conventions concluant chaque conférence, créant ainsi la CPA⁶.

Pour définir l'arbitrage, il est opportun de se référer à l'article 37 de la Convention internationale de la Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des différends internationaux qui prévoit que : « *L'arbitrage international a pour objet le règlement des litiges entre Etats par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit. Le recours à l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence* ».

Par conséquent, le recours à l'arbitrage suppose que deux Etats ou deux sujets du droit international en conflit donnent à un organe tiers, désigné d'un commun accord, compétence pour trancher le différend qui les oppose par une sentence qu'ils s'engagent à respecter.

⁴ Voir QUOCK DINH (N.), DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 844-845.

⁵ L'Alabama est un navire livré par les anglais aux sudistes pendant la guerre de sécession américaine. Le navire avait occasionné de lourdes pertes aux nordistes, ce qui poussa les Etats Unis à demander réparation des dommages subis par la marine américaine.

Le traité de Washington du 8 mai 1871 prévoit la constitution d'un organe arbitral dont la composition n'est pas mixte. Ainsi, cet organe arbitral fut composé de 5 arbitres, dont trois de nationalité différente de celle des parties. Il rendra sa sentence à Genève le 14 septembre 1872 en condamnant la Grande Bretagne à payer 15,5 millions de dollars pour les dommages causés à la flotte américaine.

Avec cette affaire, s'accroît le caractère juridictionnel et disparaît le caractère politique dont cette procédure était entachée dans le passé. Depuis, la procédure arbitrale n'a pas cessé de se perfectionner tant au niveau de son organisation qu'au niveau de son fonctionnement.

⁶ <https://pca-cpa.org/fr/home/>

La pratique de l'arbitrage suppose donc un accord et la volonté de se conformer à ce qui sera décidé par l'élément tiers qui a la confiance commune des parties. L'arbitre a généralement mission de statuer en appliquant des règles définies par les parties et notamment en mettant en œuvre les règles du droit international.

Dans le dictionnaire de Droit international public, sous-direction de Jean Salmon, l'arbitrage est défini comme étant « *un mode de règlement juridictionnel des différends juridiques internationaux par des arbitres que les parties ont choisis et investis du pouvoir de rendre une décision sur la base du respect du droit* »⁷.

Cette forme de règlement pacifique des différends continue de jouir d'une faveur incontestable auprès des Etats. Elle a débordé le cadre strictement étatique et s'est progressivement répandue dans un cadre transnational incluant ainsi l'arbitrage entre Etats et personnes privées étrangères, ainsi que dans les rapports entre Etats et organisations internationales.

Dans la plupart des législations, il est permis aux parties, ayant l'exercice de leurs droits, de soumettre leurs contestations à des arbitres librement désignés par elles. Ainsi l'arbitrage repose sur le principe du consentement des parties. Il s'agit donc d'un mode souple de règlement des litiges basé essentiellement sur le consentement des parties. C'est dans ce contexte qu'il nous est loisible de mettre l'accent sur l'importance du rôle de la Cour permanente d'arbitrage dans le règlement pacifique des différends internationaux.

Ce rôle a été, d'ores et déjà, affirmé en raison de l'efficacité de l'organe arbitral (I), mais aussi accentué en raison de son respect du volontarisme et du consensualisme auxquels tiennent souvent les Etats parties à un litige donné (II).

I- UN ROLE AFFIRME EN RAISON DE L'EFFICACITE DE L'ORGANE ARBITRAL :

L'efficacité de l'organe arbitral, particulièrement de la Cour permanente d'arbitrage, à partir de sa création, se justifie pleinement, que ce soit à travers l'organisation et le fonctionnement de cette institution (1), mais aussi à travers les compétences et les pouvoirs de ses arbitres (2). Tous ces indices reposent sur la liberté des parties au conflit dans le choix du processus en

⁷ SALMON (J.), (sous dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp.76-77.

question. Cette liberté reste le gage du consentement et du respect de la souveraineté des Etats.

1. Organisation et fonctionnement de la CPA

En matière d'arbitrage, les parties ont la maîtrise de la composition de l'organe arbitral. Ils peuvent lui imposer des règles de procédure ou de fond spécifiques de leur choix. Cette liberté de principe des parties en matière d'arbitrage explique la très grande diversité de solutions retenues en la matière en même temps que le grand succès de cette procédure. Selon ce principe, toutes les parties doivent avoir les mêmes droits en matière de désignation des arbitres.

Le pouvoir juridictionnel de l'arbitre n'est légitime que si les principes essentiels des procédures sont respectés tels les droits de la défense, le respect du principe du contradictoire ou l'égalité de traitement des parties, lequel commence avec la désignation des arbitres⁸.

Le droit international de l'arbitrage reste en principe libéral, en donnant une grande latitude aux parties dans la désignation des arbitres. C'est, en effet, la volonté de celles-ci, exprimée dans la convention d'arbitrage, qui doit primer. Elles peuvent librement fixer leur nombre, décider qu'il y aura un seul ou plusieurs arbitres, les désigner directement dans la convention d'arbitrage ou prévoir des modalités de leur désignation dans la convention arbitrale.

Ainsi, le choix du ou des arbitres rentre dans le domaine de l'autonomie de la volonté des parties. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter quant aux modes de désignation des arbitres :

- Soit les parties désignent les arbitres dans la convention d'arbitrage ; les parties peuvent préférer pour quelque motif que ce soit, désigner à l'avance leurs arbitres dès la rédaction de la clause compromissoire. En cas de litige, les parties désignent alors leurs arbitres et nommeront le troisième arbitre d'un commun accord, ou bien laisseront ce soin aux deux arbitres déjà nommés.
- Soit encore, les parties peuvent confier la désignation des arbitres aux institutions arbitrales. C'est le cas lorsque les parties décident de recourir à un centre d'arbitrage. Le choix du ou des arbitres est en général effectué au cas par cas par les Etats en litige.

⁸ HORCHANI (F.), « L'arbitrage », in HORCHANI (F.), (sous dir.), *Règlement pacifique des différends internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp.269 et ss.

En effet, les arbitres sont nommés soit en fonction de chaque affaire, soit ils sont choisis une fois pour toutes lorsqu'il s'agit d'un tribunal arbitral préconstitué et à compétence générale. Il en va ainsi, par exemple, du tribunal d'arbitrage des Accords de Paris de 1954. Il en alla de même auparavant des tribunaux arbitraux mixtes de l'entre-deux guerres.

Ainsi la constitution du tribunal arbitral doit se faire sans tarder et au mieux tout juste après la naissance du litige car ce tribunal n'exerce sa juridiction qu'après avoir vu le jour. Le tribunal peut être constitué de trois arbitres ou plus, mais parfois l'arbitrage peut n'impliquer qu'un seul arbitre. Ce sont généralement des considérations telles que la rapidité de la procédure, la compétence de la juridiction qui entrent en ligne de compte pour la détermination de la structure de l'organe arbitral.

Il y a deux types d'organes arbitraux : soit l'arbitre unique (c'est le système le plus ancien et qui remonte à la pratique de l'arbitrage confiée aux chefs d'Etats), soit le tribunal collégial (c'est le système le plus répandu).

L'avantage qu'il y a à soumettre le litige à un arbitre unique, c'est qu'il sera plus facile de fixer les dates d'audience avec un arbitre unique qu'avec un tribunal composé de trois ou de cinq arbitres.

Cependant, si l'on tient compte de la compétence de ceux qui sont appelés à statuer, le système de la collégialité (3 arbitres ou plus) risque de l'emporter sur celui de l'arbitre unique, car il offre aux parties la possibilité d'associer dans le collège arbitral des personnes ayant des qualifications différentes tel par exemple un expert et un juriste.

Donc il est possible de recourir à un arbitre unique, surtout dans l'hypothèse où ce dernier est désigné par un « tiers » : il s'agit là d'une solution ancienne qui date de l'époque des arbitrages par souverain qui sont devenus rares à l'époque contemporaine (exemple : l'arbitrage rendu par la Reine d'Angleterre dans l'affaire du Canal de Beagle entre le Chili et l'Argentine).

Il peut arriver, cependant, des cas de désaccord soit que les arbitres déjà nommés ne puissent se mettre d'accord sur la personne du sur-arbitre, soit encore que l'une des parties s'abstienne de nommer un arbitre.

Les risques sont alors grands de blocage de la procédure et donc de la paralysie de l'ensemble de l'arbitrage.

Un tel danger n'est pas seulement théorique, ainsi que le montre l'avis consultatif de la CIJ du 30 mars 1950 relatif à l'interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie qui s'abstinrent de nommer leurs représentants.

Des problèmes également difficiles à régler se présentent lorsque l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre est mise en cause ou lorsque l'un d'eux décide de se retirer de la procédure. De délicats problèmes de remplacement se posent alors et il convient de les résoudre d'une manière qui évite d'affaiblir l'autorité de la sentence qui devra être rendue par le tribunal arbitral.

2. Compétences et pouvoirs de la CPA

Les règles de procédure et de fond sont, en général, déterminées par les parties en litige dans leur compromis ; elles lient les arbitres. Toutefois ceux-ci gardent « la compétence de la compétence ».

Généralement, la procédure arbitrale varie selon les traités d'arbitrage et selon la volonté des parties. Ainsi le compromis fait la loi des parties. C'est là l'une des particularités essentielles de l'arbitrage qui le distingue du recours devant une instance judiciaire internationale, où la procédure est préétablie.

Mais souvent, le compromis ne fixe pas avec précision la procédure à suivre. C'est ainsi que les parties confèrent à l'arbitre un pouvoir considérable dans la détermination des règles de procédure. Ainsi, peu à peu, se sont formées des règles procédurales dégagées tant par la coutume que par la jurisprudence arbitrale.

Ces règles très souples ont repris les grands principes procéduraux en matière d'arbitrage international. La procédure est ainsi divisée en deux phases : la phase écrite (qui se caractérise par son caractère contradictoire à l'instar de la procédure devant une instance judiciaire. Elle passe par la requête, la demande additionnelle, la demande reconventionnelle, le contre-mémoire, la réplique, la duplique et les conclusions) et la phase orale (qui consiste en l'exposé verbal des thèses respectives des parties, l'audition des témoins, experts, etc.)

Les débats pendant le déroulement de la procédure sont en principe secrets, sauf accord contraire des parties.

Pour la détermination du droit applicable, l'éventail des solutions possibles ici est très large. Soit les parties préciseront et sans ambiguïté le droit qu'elles entendent voir appliquer en

l'espèce ; alors la tâche des arbitres sera simple, comme ce fut, par exemple, le cas dans l'affaire de l'Alabama. Soit les parties ne disent rien sur le droit applicable ou feront, le plus souvent, référence au droit international pris dans son ensemble ou à l'article 38 du statut de la CIJ ou aux principes généraux du droit ; alors la tâche des arbitres sera rude, surtout s'il n'y a pas de règles suffisantes dans la matière faisant l'objet du litige qu'ils ont à trancher.

Il peut aussi arriver-le cas n'est pas rare en matière d'arbitrage- que les parties disent d'élargir la compétence des arbitres en leur permettant de statuer *ex aequo bono*, c'est-à-dire en tant qu'« amiables compositeurs ». Telle est la solution prévue dans l'article 28 de l'Acte général d'arbitrage qui donne le droit à l'organe arbitral de juger *ex aequo et bono* en cas de lacune du droit positif. De même, l'article 26 de la convention européenne de 1957 accorde ce droit aux arbitres en cas d'absence de précision du compromis.

De même, la compétence des arbitres peut être élargie par les parties qui peuvent leur demander de jouer le rôle de législateur international, en faisant un règlement pour l'avenir. Tel fut par exemple le cas dans le compromis de 1938 entre les Etats-Unis et le Canada à propos de l'affaire de la frontière du Trail.

Un tribunal arbitral qui tient sa compétence de la volonté des parties peut librement – contrairement aux tribunaux nationaux qui tirent leur existence et compétence de lois étatiques- interpréter les traités internationaux, sans renvoi à une quelconque interprétation gouvernementale.

Le principe général de droit consacré dans la jurisprudence est le principe selon lequel tout arbitre international dispose du pouvoir de décider de sa compétence et de son étendue. Un tel pouvoir peut être considéré comme inhérent à la fonction arbitrale. En effet, si le juge interne rend la justice « au nom du peuple » et voit sa mission fondée sur l'ordre constitutionnel local, il n'y a rien de tel pour l'arbitre : celui-ci ne tient sa compétence que de la seule volonté des parties. Bien entendu, l'arbitre appréciera sa compétence au vu du compromis d'arbitrage qu'il aura la charge d'interpréter. Il s'agit de la compétence de la compétence.

Cette règle fut posée lors de l'affaire de l'« Alabama » et elle devait être systématiquement affirmée par la suite par les tribunaux arbitraux. On en citera un exemple typique avec la sentence de 2 avril 1940, compagnie Radio-Orient rendue entre la France et l'Egypte ; les arbitres estimèrent que : « *sauf dans le cas où les parties en ont décidé autrement, tout*

tribunal international arbitral est juge de sa propre compétence »⁹. Ce principe est d'ailleurs confirmé par le droit conventionnel. Les conventions bilatérales et multilatérales d'arbitrage ont repris cette norme coutumière de la compétence de la compétence.

Cette règle, de nature supplétive, évite que l'arbitral international ne perde sa liberté de juger et se trouve trop étroitement soumis à la tutelle des plaideurs.

Toutefois, il y a une limite que l'arbitre ne saurait franchir, c'est de dépasser les pouvoirs qui lui ont été conférés par les parties dans le compromis d'arbitrage. Une situation d'excès de pouvoir de l'arbitre est relativement rare. Tout dépassement de compétence constitue un excès de pouvoir de nature à entraîner la nullité, voir l'inexistence de la sentence arbitrale. Ainsi, les arbitres ne doivent pas statuer « *ultra petita* », c'est-à-dire sur des points non visés dans le compromis.

II- UN ROLE ACCRU EN RAISON DU RESPECT DU VOLONTARISME ETATIQUE :

Le procès arbitral se déroule, en principe, conformément aux règles établies par les parties dans le compromis d'arbitrage ou dans les autres instruments conventionnels qui les lient. C'est ce qui motive, au mieux, la capacité de ce mode de règlement pacifique des différends de s'adapter aux Etats, dénotant d'une grande souplesse au niveau des modes de recours à cette modalité de règlement des différends (1) et se basant sur la bonne foi dans l'application de la sentence arbitrale (2).

1. Souplesse au niveau des modes de recours à l'arbitrage

Le recours consensuel à l'arbitrage peut prendre plusieurs formes, selon qu'il s'agisse d'un différend éventuel ou d'un différend déjà né.

Dans l'hypothèse d'un différend éventuel, c'est-à-dire les deux parties s'engagent à soumettre leur conflit à l'arbitrage avant la naissance du différend, le consentement des parties peut prendre l'une des deux formes : la clause compromissoire (a) et le traité d'arbitrage (b).

a) La clause compromissoire

⁹ A.J.I.L. 1943, 346

C'est une clause stipulée à titre accessoire dans un traité dont l'objet principal porte sur une matière différente et par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage leurs différends éventuels.

Il y a deux types de clauses compromissoires ; la clause compromissoire générale et la clause compromissoire spéciale.

La clause compromissoire générale a trait au règlement arbitral de tous les différends pouvant naître du fait du traité principal qui la contient.

Par contre dans la clause compromissoire spéciale, les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître entre eux au sujet de l'application ou de l'interprétation de ce traité.

D'ailleurs la clause compromissoire, surtout spéciale, est souvent insérée dans les traités d'investissement, de paix ou de commerce.

b) Le traité d'arbitrage permanent

Il s'agit d'une sorte de « clause compromissoire générale » qui se confond avec le traité lui-même puisque le traité a pour objet exclusif de prévoir le recours à l'arbitrage dans les différends ou certains différends pouvant surgir entre les Etats parties à ce traité.

Le traité d'arbitrage permanent est un traité indépendant, un engagement obligatoire dont la portée est plus large que la clause compromissoire.

En fait, il s'agit d'un accord particulier entre Etats ou organisations internationales. Ce traité d'arbitrage ou encore ce compromis va déterminer le litige qui oppose les parties, préciser la compétence des arbitres, l'organisation du tribunal, les règles de procédures et de fond qui devront être respectées. Ce compromis va constituer « la Charte constitutive » du tribunal arbitral.

Sur le plan historique, le premier traité d'arbitrage permanent est le traité Franco-britannique du 14 octobre 1903.

On peut citer aussi les accords de Locarno du 16 octobre 1925 conclus entre l'Allemagne et ses voisins (France, Belgique, Pologne, Tchécoslovaquie), l'acte générale d'arbitrage voté par l'Assemblée générale de la SDN, du 26 septembre 1928 qui est entrée en vigueur le 16 août 1929, révisé par l'AG de l'ONU le 28 Avril 1949 et entré en vigueur le 20 septembre 1950, de même que la Convention européenne pour le règlement des différends du 27 avril 1957 conclue par les Etats membres du Conseil de l'Europe, ou le Protocole du Caire du 21 Juillet

1965 sous l'égide de l'OUA ; ou le Pacte de Bogota de 1948 révisé par le Protocole de Buenos Aires de 1967.

Dans l'hypothèse d'un différend déjà né, le consentement des parties à recourir à l'arbitrage se manifeste *à posteriori* par le compromis d'arbitrage.

Les parties se consentent à soumettre leur différend déjà né à l'arbitrage, il s'agit d'un accord spécial dont le but est de résoudre un litige concret et nettement déterminé.

Le compromis d'arbitrage a pour objet d'organiser, sur la base de la volonté des parties, toute la procédure arbitrale, y compris l'objet du litige, les délais, les modes de nomination des arbitres et leurs pouvoirs, le siège du tribunal, la langue de travail, le droit applicable, etc.

2. La bonne foi dans l'exécution de la sentence arbitrale

La sentence ou décision arbitrale met un point final à la procédure arbitrale. Il s'agit d'un véritable acte juridictionnel dont l'objet est de trancher une contestation d'ordre juridique par un acte qui est à la fois une constatation et une décision.

L'arbitrage présente l'avantage de rendre une sentence obligatoire pour les parties et de ce fait, il fournit une solution définitive au différend.

S'il s'agit d'un tribunal, la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix.

Initialement, les sentences arbitrales n'étaient pas motivées : c'était le cas où l'arbitrage était rendu par souverain, par la peur d'être lié ou de lier son pays et pour qu'elle ne soit pas refusée ou même contestée.

L'idée de l'obligation de motiver la sentence a pour origine l'arbitrage par Commission mixte ainsi que l'affaire de l'Alabama. En effet, dans l'affaire de l'Alabama, le tribunal a contribué à développer le caractère obligatoire de la motivation de la sentence.

Ainsi, la sentence arbitrale devrait être rédigée en la forme juridique, avec des motifs longuement développés et argumentés, comme le prévoit l'article 79 de la convention de La Haye de 1907 : « *La sentence arbitrale est motivée. Elle mentionne les noms des arbitres ; elle est signée par le Président et par le greffier ou le secrétaire faisant fonctions de greffier* ». De même, l'article 7 dispose que : « *les parties sont présumées avoir prévu que la sentence serait motivée* ».

Il est propre à toute décision juridictionnelle d'obliger les parties à l'instance. Il en va de même pour la sentence arbitrale, peu importe que le compromis soit muet sur ce point, car par le fait même qu'ils recourent à l'arbitrage, les Etats qui sont en conflit s'engagent à respecter la sentence des arbitres.

La Convention de La Haye de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, rappelle d'ailleurs que l'arbitrage implique pour les Etats leur engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence. Ils se retrouvent ainsi dans l'obligation de se conformer à la sentence arbitrale et de prendre toutes les mesures (législatives, administratives et juridictionnelles) propres à en assurer l'effet.

La sentence arbitrale, une fois rendue, est définitive et obligatoire pour les parties car elle possède l'autorité de chose jugée.

Donc, les parties au litige doivent l'exécuter de bonne foi, ce qui est le cas le plus fréquent, puisque la sentence termine irrévocablement le litige. L'arbitre ne peut plus la modifier et les parties n'ont pas le droit d'établir un nouvel accord pour accepter ou ratifier la sentence ou même pour lui procurer son effet obligatoire.

Sauf disposition contraire du compromis, la sentence arbitrale n'est normalement pas susceptible d'aucun recours. C'est la solution consacrée par la convention I de la Haye, dans son article 8.

Mais en dépit de la force obligatoire de la sentence arbitrale, ce principe n'est pas absolu puisqu'il obéit à la règle de la relativité de la chose jugée, notamment à l'égard des tiers.

En fait, dans certains cas la sentence arbitrale peut indirectement entrer dans les intérêts des Etats tiers. L'exemple le plus courant est celui du différend qui porte sur l'interprétation d'un traité collectif multilatéral dont les signataires sont non seulement les Etats parties au litige mais des Etats tiers. Notons dans ce cadre que l'article 84, second paragraphe de la convention de La Haye de 1907 dispose que : « *Lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres puissances que les parties en litige, celles-ci avertissent en temps utile toutes les puissances signataires. Chacune de ces puissances a le droit d'intervenir au procès. Si une ou plusieurs d'entre Elles ont profité de cette faculté, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à leur égard* ». Cela constitue une véritable exception du principe général que les sentences arbitrales ne produisent leurs effets qu'à l'égard des parties.

De surcroît, il convient de préciser que bien qu'elle ait force obligatoire, la sentence arbitrale ne bénéficie pas de force exécutoire spécifique. La sentence arbitrale est obligatoire mais elle est non exécutoire.

En effet, les Etats se situent dans la sphère de l'ordre international, où le principe de la souveraineté prime, c'est ce qui fait que l'exécution des sentences arbitrales repose sur la bonne foi des Etats.

En principe, l'exécution des sentences arbitrales est essentiellement volontaire. Le droit international ne connaît, en la matière, aucune technique d'exécution forcée et la mise en œuvre de la sentence repose sur la bonne foi des Etats, qui doit être présumée.

A cet égard, on peut citer le plus célèbre exemple de sentence arbitrale exécutée : la sentence arbitrale rendue le 14 septembre 1872 par le tribunal réuni à Genève en vertu du traité de Washington du 8 mai 1871 entre les Etats Unis et la Grande Bretagne et qui fut respectée par les 2 parties (Affaire de l'Alabama).

La jurisprudence internationale s'est clairement prononcée à cet égard. Ainsi, dans l'affaire des Essais nucléaires, la CIJ a affirmé que *« l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale »*.

Contrairement à la Charte de l'Organisation des Nations unies, le Pacte de la S.D.N possède une possibilité institutionnelle qui permet d'exécuter les sentences car il dispose, dans son article 13, que *« les membres de la S.D.N s'engagent à exécuter, de bonne foi, les sentences rendues...faute d'exécution de la sentence, le Conseil propose des mesures qui doivent en assurer l'effet »*. Mais la disposition n'a pas eu l'effet escompté. D'ailleurs elle n'a été invoquée qu'une seule fois, en 1934, dans le différend opposant la Bulgarie à la Grèce dans l'affaire des forêts du Rhodope. Mais l'accord amiable des parties a rendu inutile le recours à une quelconque action coercitive de la SDN.

De même, l'article 39 de la Convention européenne de 1957 prévoit la saisine possible du Conseil des ministres qui peut faire des recommandations appropriées en cas de non-respect d'une sentence arbitrale.

Ceci dit, rares sont les sentences arbitrales non exécutées par les Etats parties au différend¹⁰.

Donc le plus souvent si un Etat refuse d'exécuter une sentence, il maintient une telle position pour des motifs de droit, tel fut l'exemple des Etats Unis qui refusa d'exécuter la sentence rendue le 15 juin 1911 portant sur le différend frontalier relatif au territoire de Chamizal, en invoquant « *le caractère vague, indéterminé et incertain de la sentence et par conséquent l'impossibilité de son exécution* ».

C'est ainsi qu'il eût été convenu entre la France et les Etats-Unis que la sentence qui fut rendue le 9 décembre 1978, dans l'affaire de l'interprétation de l'Accord aérien du 27 mars 1946, garderait en partie une valeur consultative plutôt que contraignante.

La non-exécution des sentences peut être comprise à deux raisons, la première relative aux difficultés d'ordre pécuniaire (un Etat condamné n'a pas les opportunités pour verser les dommages et intérêts), la deuxième est relative au rapport de force non égal entre les Etats parties en litige.

En matière d'arbitrage, le principe essentiel reste que la sentence arbitrale présente un caractère définitif et sans appel. Mais un jugement définitif ne signifie pas un jugement irrévocable.

Dans ce cadre, l'article 81 de la Convention de la Haye de 1907 dispose que : « *La sentence, dûment prononcée et notifiée aux agents des parties, décide définitivement et sans appel de la contestation* ».

En effet, dans le droit de la procédure arbitrale, le principe dû à l'autorité de la chose jugée a pris une telle importance et a reçu une telle consécration qu'il a fini par faire l'objet d'une véritable sacralisation. Pour cela, l'absence de voies d'exécution des sentences arbitrales n'est sans doute pas étrangère à ce phénomène. Ainsi, les recours soit en révision¹¹, en

¹⁰ Parmi ces sentences arbitrales non exécutées, certains exemples de sentences non exécutées peuvent être illustrées, cela était le cas de l'arbitrage de la Reine d'Angleterre du 22 avril 1977 dans l'affaire du Canal Beagle, où la sentence arbitrale est restée lettre morte du fait du refus de l'Argentine de l'appliquer, au motif que la Reine avait agi, entre autres, *ultra petita* et que son raisonnement était contradictoire.

¹¹ Avant la Convention de la Haye, il y eut un seul exemple d'un compromis ayant prévu un tel recours ; il s'agit de l'article 13 du Traité entre l'Italie et l'Argentine du 23 juillet 1898 qui disposait que : « *la demande de révision est admise devant le même tribunal qui a prononcé et avant que l'arrêt même ne soit exécuté ; s'il a été jugé sur un document faux ou erroné ou si l'arrêt a été en tout ou en partie l'effet d'une erreur de fait positive ou négative qui résulte des actes ou documents de la cause* ».

Le recours en révision a d'ailleurs soulevé beaucoup plus de problèmes que le recours en interprétation, jusqu'à ce qu'il soit consacré dans l'article 83 de la Convention de la Haye qui dispose que : « *les parties peuvent se*

interprétation¹² ou en réformation (ou en appel)¹³ ne semblent avoir été acceptés qu'à contrecœur et sont, en tout cas, soumis à une procédure nettement institutionnalisée et extrêmement limitée et conditionnée.

réserver dans le compromis de demander la révision de la sentence arbitrale. Dans ce cas et sauf stipulation contraire, la demande doit être adressée au tribunal qui a rendu la sentence. Elle ne peut être motivée que par la découverte d'un fait nouveau qui eût été de nature à exercer une influence décisive sur la sentence et qui, lors de la clôture des débats, était inconnu du tribunal lui-même et de la partie qui a demandé la révision».

Par conséquent, la demande en révision est basée sur la découverte d'un fait nouveau qui était à la fois inconnu par le tribunal et par l'Etat demandeur, tout en gardant l'accord express des parties pour ne pas nuire à la force de la chose jugée.

Ce recours exige certaines conditions qui semblent encore plus strictes que celles relatives au recours en interprétation. D'abord, la révision n'est envisageable que si les parties la demandaient. C'est-à-dire, la révision ne peut se faire que si le compromis l'autorise.

Mais il n'est pas rare de trouver des décisions dans lesquelles les tribunaux arbitraux se sont arrogé un droit de révision des sentences pourtant que le compromis ne l'évoque pas. C'est le cas de l'affaire de la compagnie du Canal du Suez-Egypte rendu le 6 juillet 1864 (arbitrage de Napoléon III). Le compromis était muet sur le problème de la révision de la sentence arbitrale et à la demande du Sultan, celle-ci fut cependant accueillie. Mais au lieu d'une nouvelle instance aboutissant à une deuxième sentence, les parties, l'arbitre et la Turquie ont constitué une commission mixte qui modifia, à l'avantage de l'Egypte, certaines parties de la décision de 1864.

Il convient de noter que le délai de recours en révision de la sentence arbitrale ne doit jamais être long, car il n'est pas toujours facile de réunir une deuxième fois le même tribunal pour statuer sur la demande en révision.

De même, les pouvoirs d'un tribunal arbitral de révision restent limités. Ce dernier ne peut pas réviser l'appréciation des faits de l'affaire, ni l'interprétation des documents. Le devoir du tribunal n'est pas de dire si l'arbitre a bien ou mal jugé, mais si la sentence doit ou non être annulée.

¹² Historiquement, avant la Convention de la Haye, et de façon générale, les compromis d'arbitrage ne prévoyaient pas de clause sur l'interprétation de la sentence rendue. Cependant et malgré l'absence d'une clause expresse à cette époque, on cite toujours à cet égard l'affaire de Portendick, opposant la France à la Grande Bretagne le 30 novembre 1843, une affaire dans laquelle le Baron de Bülow, à la demande du cabinet de Londres, consentit à donner un avis officieux sur la portée de la sentence arbitrale rendue par son souverain.

Après la ratification de la Convention de la Haye de 1907, dont l'article 82 dispose que : « *Tout différend qui pourrait surgir entre les parties, concernant l'interprétation et l'exécution de la sentence, sera, sauf stipulation contraire, soumis au jugement du tribunal qui l'a rendue* », les compromis d'arbitrage contiennent de plus en plus, des clauses sur l'interprétation des décisions rendue. A cet égard, on peut citer la sentence interprétative rendue le 14 mars 1978 par le tribunal arbitral dans l'affaire de la délimitation du plateau continental de la Manche et de la Mer d'Iroise du 30 juin 1977 et dont la sentence a été rendue sur demande du Royaume Uni. L'objet de cette demande était l'interprétation de la méthode utilisée de traçage de la ligne qui divise les plateaux continentaux de chacune de deux parties.

Pour ce type de recours il y a certaines conditions déterminées pour pouvoir l'appliquer ; d'ailleurs, l'exigence de ces conditions pour recourir devant une sentence est justifiée surtout par la crainte de voir la partie perdante user systématiquement de ces procédés pour se soustraire à l'exécution de la sentence rendue et tenter de lui donner une autre portée.

En effet, le recours en interprétation ne peut pas se faire en dehors de l'accord des parties c'est-à-dire que par la volonté des Etats parties au litige. De plus les conditions de la recevabilité d'une demande en interprétation semblaient plus souples que celles d'une demande en révision et cela provient de l'article 82 de la Convention de la Haye qui admet la recevabilité d'une demande en interprétation bien que le compromis ne l'ait pas évoqué. Ce qui signifie qu'en cas de silence du compromis, le recours en interprétation est possible.

D'ailleurs la CPJI a précisé dans plusieurs affaires (comme dans l'affaire de Chorzów de 1927) les conditions de ce recours. Ces conditions sont les suivantes : le non dépassement des limites de la décision telles qu'elles ont

En conclusion, nous pouvons affirmer que l'arbitrage cumule à la fois les avantages du règlement diplomatique et juridictionnel pour pouvoir trancher les litiges internationaux d'une manière pacifique, grâce à son aspect volontariste qui apparaît dans les formes consensuelles ainsi que dans les organes arbitraux.

L'arbitrage international est un excellent moyen de règlement des différends interétatiques ; il joue un rôle déterminant dans la prévention, la gestion et la résolution des conflits. L'aspect préventif est symbolisé par l'obligation d'arbitrage assumée par les Etats avant la survenance du différend. Cette obligation découle d'une clause compromissoire ou d'un traité d'arbitrage. Toutefois, avec ou sans engagement préalable, il est souvent nécessaire de négocier un compromis pour soumettre le litige à l'arbitrage. Ces négociations, qui peuvent se poursuivre en marge de la procédure, participent de la gestion du conflit. Enfin, celui-ci est en principe définitivement résolu par la sentence arbitrale qui est une décision obligatoire que les parties doivent exécuter de bonne foi.

L'arbitrage international a cette particularité d'être un mode souple de règlement des litiges grâce au consentement concerté pour la définition des organes arbitraux. Ainsi, le caractère obligatoire concerne la décision prononcée et non pas le recours en lui-même à ce procédés.

Néanmoins, cette élasticité reconnue aux Etats pour pouvoir recourir à l'arbitrage international, se heurte à une difficulté de taille. L'exécution de la sentence arbitrale demeure très difficile à cause des modes de recours contre une telle sentence, et cela peut engendrer, quelque part, la remise en cause de l'efficacité et de la pertinence de l'arbitrage international.

été tracées par le compromis, l'écartement de tous les faits postérieurs à la décision rendue et la divergence entre les parties sur ce qui a été tranché.

¹³ En cas de vice de la sentence arbitrale, le recours est possible dans cinq cas bien déterminés :

- a. Le vice du compromis
- b. L'irrégularité de la nomination d'un arbitre
- c. L'excès du pouvoir de l'arbitre
- d. L'erreur du droit
- e. Le vice essentiel de la procédure

Il s'agit donc d'un recours exceptionnel qui déroge au principe de la force de la chose jugée. Il a pour cette raison conditionné : les cas précédemment cités sont déterminées et même définis. Par exemple, il y a vice de désignation des arbitres se trouve lorsqu'il y a une désignation après l'expiration du traité, il y a excès de pouvoir de l'arbitre lorsque l'arbitre statue en ultra-petita, c'est-à-dire sur des points non visés et non demandés dans le compromis, aussi le vice essentiel de la procédure englobe la méconnaissance de certains éléments de la preuve ou de la relation inexacte des faits et de la procédure.

Indications bibliographiques :

1- Règlement pacifique des Différends :

A. BERLAIEN, « La distinction entre les Différend juridiques et es Différends politiques dans la pratique des organisations internationales », in *RBDI*, 1975, pp. 405-444.

L. CAFLISCH, « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », *R.C.A.D.I.* 2001, t. 288, pp. 245-467.

G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS dir., *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, coll. Droit et justice n° 65

F. HORCHANI, *Règlement pacifique des différends internationaux*, Centre de publications, Tunis, 2002

J. G. MERRILLS, *International Dispute settlment*, Grotius publication, Cambridge, 1991, XXII-288 p.

P. PAZARTZIS, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre Etats*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1992.

C. TOMUSSCAT, « Are Counter Measures Subject to Prior Recourse to Dispute Settlement Procedures ? », in *JEDI*, 1994, pp. 77-88.

Manuel sur le règlement pacifique des Différends entre Etats, Nations Unies, New York, 2002.

2- Arbitrage international :

S. BASTID, « L'arbitrage international », *Jurisclasseur de Droit international*, 1990, T.2, fasc. 245.

E. BOREL, « Les voies de recours contre les sentences arbitrales », in *RCADI*, 1935-II, vol. 52, pp. 5-105.

E. DECAUX, « Arbitrage entre sujets de droit international : Etats et organisations internationales », in *Jurisclasseur de Droit international*, 1990, T.2, fasc. 245, p. 3..

B. M. DE TAUBE, « Les origines de l'arbitrage international, Antiquité et Moyen âge, in *RCADI*, 1932, vol. 42, pp. 1-116.

Ph. CHAPAL, *L'arbitrabilité des différends internationaux*, Pedone, 1967,

J-P A.FRANCOIS, « La Cour permanente d'arbitrage », in *RCADI*, 1955-I, vol. 87, pp. 457-553.

J. RIDEAU, *L'arbitrage international*, Paris, A. Colin, 1970.

G. SCELLE, « Rapports sur la procédure arbitrale », in *Ann. CDI*, 1950, 1951, 1957, 1958.

D. SCHINDLER, « Les progrès de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la SdN. », in *RCADI*, 1928-V, vol. 25, pp. 237-361.

L. SIMPSON et H. FOX, *International arbitration*, Londres, 1959.

E. ZOLLER, « Observation sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales », in *AFDI*, 1978, pp. 327- 351.