

La judiciarisation de l'arbitrage commercial international : un survol historique

Giacomo Marchisio*

Introduction	113
I. La CCI et la création d'un régime international axé sur les sentences définitives : un exemple historique de judiciarisation	114
II. Le régime international à l'épreuve du XXI^e siècle : une judiciarisation ultérieure et l'implosion de la notion de sentence	120
Conclusion	123

* Docteur en droit civil. Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université McGill.



Introduction

Depuis tout récemment, la littérature en matière d'arbitrage commercial international recommence à parler du terme à la fois intuitif et complexe qu'est la «judiciarisation». Ce dernier est parfois employé pour désigner un groupe hétérogène de critiques, qui reprochent tantôt la lenteur des procédures, tantôt leur complexité croissante¹. Dans ce cas, à son utilisation imprécise, s'ajoute également une connotation négative : la judiciarisation de l'arbitrage consisterait en un rapprochement entre justice arbitrale et justice étatique, de sorte que l'arbitrage, autrefois rapide et efficace, ne serait désormais qu'une procédure lente et coûteuse, semblable à celles que l'on retrouve dans la justice ordinaire.

Toutefois, le terme «judiciarisation» est également employé pour indiquer un épanouissement de l'arbitrage du modèle contractuel, qui considère l'arbitre comme un produit quasi exclusif de la convention d'arbitrage. En simplifiant, ici, l'usage du terme «judiciarisation» indique que le pouvoir des arbitres ne se limite pas exclusivement au pouvoir de trancher un litige opposant les parties à une convention d'arbitrage, mais est aussi l'expression d'un intérêt général : celui d'administrer la justice². Ceci rapprocherait donc étroitement l'arbitre du juge étatique, surtout dans son effort d'atteindre, par ses décisions, une forme de cohésion sociale³.

Dans ce court texte, nous tenterons d'appuyer cette deuxième conception de la «judiciarisation». Pour ce faire, nous présenterons le caractère

¹ Rémy GERBAY, «Is the End Nigh Again ? An Empirical Assessment of the Judicialization of International Arbitration», (2014) 25 *American Review of International Arbitration* 223, 230 («[judicialization is] a phenomenon by which international arbitration procedure increasingly resembles domestic litigation, as a result of an increase in procedural formality/sophistication and litigiousness»); Yves DEZALAY et Brian GARTH, *Dealing in Virtue*, Chicago, Chicago University Press, 1996, p. 47.

² Jean-Pierre ANCEL, «L'arbitre juge», *Rev. Arb.* 2012.4.717, 722 («L'arbitre est un juge pour la simple raison... qu'il juge. Or le juge est bien la personne qui — tous comptes faits — dit dans sa décision ce qui doit être selon le droit et le juste»); Bruno OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, p. 117; Philippe FOUCHARD, «Où va l'arbitrage international», (1989) 34 *R.D. McGill* 435; Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 369.

³ Alec STONE SWEET et Florian GRISEL, «The Evolution of International Arbitration: Delegation, Judicialization, Governance», dans Walter MATTLI et Thomas DIETZ (dir.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 22, à la p. 32.

judiciaire de l'arbitrage à travers un survol historique concernant les origines de l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), et la mise en place d'un régime international axé sur le résultat final de la procédure arbitrale, c'est-à-dire la sentence définitive (section I). Par la suite, nous discuterons de certains effets de la judiciarisation de l'arbitrage commercial international, et, plus en particulier, des difficultés concernant la délimitation des contours de la notion de sentence arbitrale et la qualification de certaines décisions rendues par les arbitres (section II).

I. La CCI et la création d'un régime international axé sur les sentences définitives : un exemple historique de judiciarisation

Il est bien établi que la décision de fonder la Chambre de commerce internationale (CCI), en 1919, fut prise dans le cadre d'un effort commun pour reconstruire l'Europe ravagée par la Première Guerre mondiale⁴. C'est avec une rhétorique pacifiste (« la paix par la prospérité économique ») qu'un groupe d'industriels français, belges, italiens, anglais, et américains proposa à Atlantic City la création d'une chambre de commerce internationale⁵. Cette initiative privée, par ailleurs fortement appuyée par la France, souhaitait faire de la CCI un vrai instrument diplomatique ayant comme but principal celui de maintenir vif l'intérêt économique et politique des États-Unis pour la vieille Europe⁶.

Dans ce contexte, il parut évident que cette prospérité économique (représentée par les échanges commerciaux entre entreprises nord-américaines et européennes) pouvait être facilitée par la création d'un forum indépendant pour le règlement des différends découlant de ces transactions. Cette idée eut un succès fulgurant : l'arbitrage paru, presque naturellement, comme l'instrument idéal. Il est vrai, d'ailleurs, que cette

⁴ George RIDGEWAY, *The Merchants of Peace*, New York, Columbia University Press, 1938, p. 21.

⁵ Dominic KELLY, « The International Chamber of Commerce », (2005) 10-2 *New Political Economy* 259, 260.

⁶ Marc TRACHTENBERG, « A New Economic Order : Etienne Clémentel and the French Economic Diplomacy during the First World War », (1977) 10-2 *French Historical Studies* 315, 318 ; David STEVENSON, « The First World War and European Integration », (2012) 34-4 *The International History Review* 841, 856.

idée n'était pas nouvelle, mais s'appuyait sur l'expérience positive de certaines chambres de commerce offrant des services d'arbitrage⁷.

Dès 1921, lors du congrès de la CCI à Londres, on invoqua par conséquent la création d'une « World Court of Business », garantissant l'exécution des décisions d'arbitres étrangers, et visant l'unification des législations en matière d'arbitrage par le biais d'une convention internationale⁸. C'est à partir de ces prémisses qu'en 1923 eu lieu la création de la Cour d'arbitrage de la CCI⁹, suivie par la conclusion (vigoureusement encouragée par cette institution) du Protocole de Genève sur les clauses compromissoires de 1923, et la Convention de Genève sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1927¹⁰.

Tout en ayant garanti une reconnaissance au niveau international de l'arbitrage commercial, ce régime présentait plusieurs lacunes. Si le Protocole de 1923 conférait la possibilité d'introduire une clause compromissoire dans le contrat entre les parties, anticipant la décision de faire recours à un arbitrage en cas de différends (au lieu d'exiger un compromis, en présence d'un litige entre ces dernières)¹¹, la Convention de Genève de 1927 imposait un mécanisme complexe pour l'exécution des sentences arbitrales.

⁷ G. RIDGEWAY, préc., note 4, p. 317.

⁸ *Id.*, p. 327 (« Clémentel...introduced a bill designed to insure the validity in France of arbitration clauses agreed to with nationals of other countries...Events were moving in a similar direction at Geneva where the Economic Committee had been preparing a draft protocol dealing with the question of the validity of arbitration clauses. On September 24, 1923, a protocol designed to secure the international validity of the arbitration clause was approved by the Assembly and opened for signature. Such was the French enthusiasm for commercial arbitration that although Clémentel's bill had not at that time become law, the French delegation at Geneva, under the leadership of Hanotaux, nevertheless accepted the principles of the bill as embodied in the protocol and signed the protocol for the nation. The council of the ICC, through the national committees, waged a vigorous campaign to secure national signatures and ratifications for the protocol »).

⁹ Philippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, p. 215.

¹⁰ *Protocole relatif aux clauses d'arbitrage*, 24 septembre 1923, (1924) 27 R.T.S.N. 157 (n° 678) (entré en vigueur le 28 juillet 1924); *Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 26 septembre 1927, (1929-1930) 92 R.T.S.N. 301 (entrée en vigueur le 25 juillet 1929).

¹¹ René DAVID, « Arbitrage du XIXème et arbitrage du XXème siècle », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 219, à la p. 220.

La partie intéressée devait en effet prouver que la sentence avait été rendue en présence d'une convention d'arbitrage valide et à l'issue d'une procédure en conformité avec la loi applicable à l'arbitrage¹². En outre, la sentence devait être « définitive » dans le pays où elle avait été rendue, c'est-à-dire n'étant plus assujettie à un recours en opposition ou bien un pourvoi en cassation¹³. Dans les faits, cela se traduisait par une procédure lente et coûteuse, profondément liée à la loi du siège de l'arbitrage.

En revanche, ce qui est certain, c'est que le centre gravitationnel de ce régime se situe dans l'aboutissement de la procédure arbitrale, c'est-à-dire la sentence. Cette conclusion, en apparence banale, a toutefois une importance capitale. Si l'on considère qu'à l'époque la CCI était la principale institution offrant des services d'arbitrage dans des litiges internationaux entre entreprises, il est facile de comprendre qu'un tel système se traduisait essentiellement dans une consécration *de facto* du modèle CCI.

De plus, la Convention de Genève de 1927, en insistant sur une reconnaissance ancrée sur une sentence définitive (très proche d'ailleurs du modèle de reconnaissance de jugements étrangers du droit international privé)¹⁴, renforçait le rapprochement entre sentence arbitrale et jugement, et donc la nature judiciaire de l'arbitrage.

Cela explique par ailleurs la réticence de la CCI envers l'implémentation d'une convention internationale régissant l'entièreté de la procédure arbitrale. En effet, si dans un premier temps la CCI se limita à solliciter la ratification des deux conventions susmentionnées¹⁵, elle commença à souffrir, dès les années trente du XX^e siècle, d'une fâcheuse concurrence.

Pour pallier les défauts du régime international, l'Institut pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)¹⁶ envisagea en 1935 de rédiger une convention en matière d'arbitrage commercial international afin de créer un

¹² Article I (a) et (c).

¹³ Article I (d).

¹⁴ Bruno OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », dans *L'académie de droit international de La Haye – Recueil des cours*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer, 1992, p. 331, à la p. 387.

¹⁵ *Congrès de Vienne sur l'arbitrage commercial international*, Minutes de la rencontre du 2 juin 1933 (inédit), (1933) CCI n° 5288.

¹⁶ Cette institution, siégeant à Rome, fut fondée en 1926 par la Ligue des Nations. Voir : Mario MATTEUCCI, « The History of Unidroit and the Methods of Unification », (1973) 66 *Law Library Journal* 286.

cadre uniforme¹⁷. Concrètement, cela aurait entraîné une révolution du régime existant qui se fondait sur l'exécution du résultat final de l'arbitrage (la sentence définitive).

Interpellée par UNIDROIT sur ledit projet, dans un premier temps la CCI demeura relativement enthousiaste. René Arnaud, conseiller technique de la Cour d'arbitrage, remit un rapport favorable dans son ensemble¹⁸. On y admirait par exemple la proposition d'introduire l'effet universel de l'exequatur de la sentence arbitrale, de sorte qu'il aurait été suffisant d'obtenir l'exécution dans un pays donné pour la faire circuler par la suite dans les autres pays¹⁹. Certes, quelques critiques étaient également présentes. La plus importante portait en effet sur l'introduction d'un rôle de supervision des tribunaux du siège de l'arbitrage en cas de difficulté de la constitution du tribunal arbitral. Sur ce point, on observa que :

Cette disposition semble exiger l'intervention [d'un tribunal étatique] dans tous les cas de récusation. Mais certains organismes d'arbitrage, et notamment la Cour d'arbitrage de la CCI, prévoient qu'ils pourront statuer eux-mêmes en cas de récusation pour remplacer l'arbitre récusé. *Il serait fâcheux que la loi nouvelle interdise aux organismes d'arbitrage de mettre eux-mêmes de l'ordre chez eux en pareil cas, et rende obligatoire le recours aux tribunaux.*

¹⁷ COMITÉ D'ARBITRAGE, 12^e séance, 4 décembre 1935, (1935) CCI n° 5743 (inédit) (« The International Institute for the Unification of Private Law at Rome has submitted to the International Chamber of Commerce this preliminary draft recently worked out by its Committee of experts on arbitration, requesting the Chamber to present its observations. Although this is not an official consultation since the draft is not final, the matter appeared sufficiently important to call for a searching study being made by the Committee on International Commercial Arbitration. An explanatory memorandum drafted by the Institute, as well as a covering letter, are attached to the preliminary draft. The members of the Committee will receive before the meeting a commentary prepared by Mr René Arnaud, technical advisor of the Court of Arbitration, with the cooperation of the headquarters of the ICC »).

¹⁸ René ARNAUD, « Observations sur l'Avant-projet d'une loi internationale sur l'arbitrage en droit privé, élaborée par l'Institut international de Rome pour l'unification du droit privé », 5 décembre 1935, (1936) CCI n° 5745 (inédit).

¹⁹ *Id.*, p. 13 : « L'exposé des motifs [de Unidroit] marque la hardiesse de cette innovation, qui consacre l'effet universel de l'exequatur accordé dans un pays donné. Il y a lieu d'applaudir à cette disposition qui est parfaitement conforme à l'esprit qui anime la Cour d'Arbitrage de la CCI, en simplifiant et facilitant autant que possible les difficultés d'exécution des sentences arbitrales. »

Dès 1937, quand l'initiative d'UNIDROIT semblait prendre de l'ampleur, la position de la CCI devint de plus en plus critique : le projet de convention internationale régissant le déroulement des procédures d'arbitrage se présenta comme une menace concrète pour la prospérité de cette institution²⁰ :

Le projet de loi uniforme... soulève un problème très grave au regard de l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale. Ce problème consiste à savoir quelle sera l'influence de cette loi uniforme, une fois mise en vigueur, sur les parties ayant inséré dans leurs contrats avec l'étranger la clause d'arbitrage CCI, avec référence à cette Chambre. En ce qui concerne les dispositions de cette loi qui concorderont avec notre Règlement, aucune difficulté ne se présentera. Il n'en sera pas de même pour les dispositions de cette même loi qui ne concorderont pas avec notre Règlement. Dans ce cas se posera la question de savoir si la loi uniforme s'imposera aux parties, qui se seront référées à ce Règlement.

Ce n'est probablement qu'en raison de la crise politique en Europe, et l'éclat de la Deuxième Guerre mondiale, que le projet d'UNIDROIT fut mis de côté. À cette époque, la CCI se concentrera par ailleurs sur la survie de l'institution, en déplaçant, par exemple, le siège de la Cour d'arbitrage à Stockholm²¹.

Il faudra attendre jusqu'en 1953, pour que la CCI décide de prendre l'initiative d'améliorer le régime en vigueur, en proposant au Conseil économique et social des Nations Unies une nouvelle convention en matière d'arbitrage commercial international²². Les auteurs sont unanimes quant

²⁰ COMITÉ D'ARBITRAGE, 14^e séance, 26 février 1937, «Projet d'une loi internationale sur l'arbitrage en droit privé élaboré par l'Institut International de Rome pour l'unification du droit privé – Note de M. Henri Sambuc, Vice-président de la Cour d'arbitrage», (1937) CCI n° 6167 (inédit).

²¹ Sigvard JARVIN, «La Cour d'arbitrage de la chambre de commerce international pendant la deuxième guerre mondiale», dans Laurent LÉVY et Yves DERAÏNS (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Paris, Pedone, 2011, p. 331.

²² NATIONS UNIES – CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Statement submitted by the International Chamber of Commerce, a non-governmental organization having consultative status in category A*, 10 septembre 1953, E/C.2/373, p. 7-8 («At its Lisbon Congress (1951), the ICC adopted a resolution which it was hoped would be followed up by an International Conference with a view to obtaining the adoption of a new international system of enforcement of arbitral awards. It should be recalled that the studies

aux effets des efforts de cette institution²³, qui est présentée comme le principal moteur menant à la Convention de New York de 1958²⁴. Sans entrer dans les détails de ce processus, qui font l'objet d'une étude par Florian Grisel²⁵, il importe de souligner que cette nouvelle convention garantit l'objectif de départ de la CCI, c'est-à-dire de préserver son autonomie dans l'administration des procédures, et la consécration de son modèle d'arbitrage.

En effet, les deux piliers de la Convention de New York consistent en une déréglementation encore plus marquée de la procédure d'arbitrage, en réduisant de plus en plus le rôle du droit du siège de l'arbitrage, et en l'introduction d'une présomption quant à la validité des sentences internationales ou étrangères. En effet, selon l'article V c'est à la partie qui souhaite s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence de prouver l'existence d'un grief prévu à l'article V (1), les cours étatiques

and research undertaken by the Commission on International Commercial Arbitration in 1950 on the initiative of the Chairman, Sir Edwin S. Herbert, had borne out the ICC in its conviction that the system established under the 1927 Geneva Convention no longer corresponded to the requirements of international trade. Criticizing the Convention's main defect, which consists in the enforcement of only those awards that are strictly in accordance with the rules of procedure laid down in the law of the country where the arbitration took place – consequently, national awards only – the ICC considered that there could be no progress without full recognition of the conception of international awards. In actual fact, the idea of an international award, i.e. an award completely independent of national laws, corresponds precisely to an economic requirement. It is certain that a commercial agreement between the parties, even for international transactions, will always be linked up with a given national system of law. Nevertheless, the fact that an award settling a dispute arising in connection with this agreement will produce its effects in different countries, makes it essential that it should be enforced in all these countries in the same way. The development of international trade depends on this »).

²³ Emmanuel GAILLARD et John SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer, 1999, p. 122.

²⁴ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, (1959) 330 R.T.N.U 39 (n° 4739) (entrée en vigueur le 7 juin 1959).

²⁵ Florian GRISEL et al., «Aux origines de l'arbitrage commercial contemporain : l'émergence de l'arbitrage CCI (1920-1958)», (2016) 2 *Revue d'arbitrage* 403, aux p. 472 et suiv.

pouvant désormais refuser *proprio motu* l'exécution qu'en présence d'une violation de l'ordre public (article V (2))²⁶.

Malgré ces changements, le régime de la Convention de New York demeurerait toutefois axé sur la sentence arbitrale définitive, qui est traitée comme l'équivalent d'un jugement d'une juridiction «étrangère».

C'est en raison de cette analogie entre sentence arbitrale et jugement, et de son importance centrale dans les sources internationales, qu'il nous semble légitime de conclure que le modèle «judiciaire» de l'arbitrage commercial international est bien ancré dans ce type de règlement de différends.

II. Le régime international à l'épreuve du XXI^e siècle : une judiciarisation ultérieure et l'implosion de la notion de sentence

Si les sources internationales suggèrent que les États aient souhaité rapprocher l'arbitrage commercial au modèle judiciaire (à travers le mécanisme de reconnaissance d'une sentence définitive), il conviendra d'observer, en adoptant une perspective interne, quelle conception de ce type de règlement de différends est adoptée par les institutions offrant des services d'arbitrage. En raison de son importance, nous croyons opportun de continuer à s'appuyer sur l'exemple de la Cour d'arbitrage de la CCI.

Il importe de souligner qu'à ses origines, et donc avant le Protocole de 1923 et la Convention de Genève de 1927, l'arbitrage CCI était très différent de celui que l'on connaît présentement. Comme l'observe un auteur, dans le modèle de départ «l'arbitre décide du litige en équité, comme un homme d'affaires, sans être lié aux lois ou à la procédure légale... [c'est] un expert choisi pour sa connaissance des affaires, son bon sens et son impartialité, plutôt que pour ses connaissances juridiques»²⁷.

²⁶ Albert JAN VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, La Haye, Kluwer, 1981, p. 9.

²⁷ *International Commercial Arbitration. Practical Hints*, Paris, ICC Publishing, 1935, p. 5, cité dans Florian GRISEL, «Droit et non-droit dans les sentences arbitrales CCI : une perspective historique», (2014) 25-2 *Bull CCI* 13, 14 ; René DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 568 («L'opposition entre arbitrage selon le droit et amiable composition est finalement un leurre. En dehors de cas spéciaux, dont on ne saurait nier l'existence, il est permis de dire que tous les arbitres sont, dans une large mesure, des amiables compositeurs, parce que leur

Ce n'est qu'à la fin des années vingt du XX^e siècle (et suite aux demandes de ses usagers) que l'arbitrage CCI commence à pencher de façon marquée vers un règlement de différends basé sur un raisonnement juridique²⁸, en se rapprochant, par la force des choses, au modèle judiciaire. Ce phénomène, nous l'avons indiqué plus haut, s'accroît également en raison du modèle axé sur la sentence définitive de la Convention de Genève de 1927 (et par la suite par la Convention de New York de 1958).

Depuis, les choses n'ont cessé d'évoluer. Sous une perspective interne à l'arbitrage CCI, de nos jours, nous croyons qu'une importante confirmation du caractère judiciaire, et d'une ultérieure judiciarisation de l'arbitrage commercial international, se retrouvent également dans l'élargissement du pouvoir juridictionnel des arbitres, tel qu'encouragé par ce centre d'arbitrage²⁹. Par rapport à cet aspect, il est possible d'observer une expansion du type de décisions rendues par les arbitres.

Nous pouvons penser à l'essor récent de l'arbitrage d'urgence³⁰, où les arbitres se trouvent maintenant en position de rendre des mesures provisoires *ante causam* (avant le début de l'instance)³¹. Les exemples sont nombreux. On pourrait citer les sentences d'incompétence (des décisions sur la compétence qui, si on se limite au plan contractuel de l'arbitrage, sont rendues sans aucun pouvoir délégué par les parties)³², ou bien les sentences dans lesquelles on consigne l'accord des parties, tel qu'une transaction (sentence d'accord-parties)³³. Certes, certains de ces pouvoirs ne

préoccupation, conforme à la volonté des parties, est d'arriver à une solution de justice plus que d'appliquer rigoureusement un droit étatique donné»).

²⁸ F. GRISEL, préc., note 26, 16.

²⁹ Voir généralement : Giacomo MARCHISIO, *The Notion of Award in International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer, 2017, aux p. 175 et suiv.

³⁰ Voir : Nathalie VOSER et Christopher BOOG, *ICC Emergency Arbitrator Proceedings : An Overview*, Paris, ICC Publishing, 2011 ; Andrea CARLEVARIS et José Ricardo FERIS, « Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules : The First Ten Cases », (2014) 23-1 *ICC Bull* 25.

³¹ Voir article 29 *Règlement d'arbitrage de la CCI (2012)*.

³² Voir article 6 (3) *Règlement d'arbitrage de la CCI (2012)*. Voir, en général : Jean-Baptiste RACINE, « La Sentence d'incompétence », *Rev. Arb.* 2010.4.730.

³³ Voir article 32 *Règlement d'arbitrage de la CCI (2012)*. Voir, en général : Jean-Marie TCHAKOUA, « Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile », (2002) 7 *I.B.L.J.* 775 ; Gino LÖRCHER, « Enforceability of Agreed Awards in Foreign Jurisdictions », (2001) 17-3 *Arbitration International* 275.

sont guère nouveaux, mais leur accumulation témoigne d'un lent mais constant rapprochement aux formules des juridictions étatiques³⁴.

Il est intéressant alors d'observer une certaine convergence entre justice arbitrale et étatique : si d'un côté on parle de judiciarisation de l'arbitrage, de l'autre on évoque la contractualisation de la justice étatique, c'est-à-dire la place croissante que la volonté des parties revêt tant au niveau de l'organisation de l'instance, qu'à celui du choix de la juridiction et de l'utilisation des pouvoirs juridictionnels du juge³⁵.

Cette évolution nous guide toutefois vers un paradoxe : la judiciarisation constante de l'arbitrage finit par remettre en question le modèle judiciaire de départ, présent dans ses sources internationales. En effet, le régime international est bien fondé sur un modèle judiciaire de l'arbitrage, qui risque en revanche d'être devenu un peu obsolète : la seule décision qui est formellement reconnue, à l'image du droit international privé et du droit judiciaire classiques, est celle de sentence définitive. Cependant, tant la justice étatique que celle arbitrale ont diversifié le type de décisions juridictionnelles qui peuvent être rendues, de sorte que la sentence arbitrale définitive (tel que le jugement définitif) revêt présentement un rôle redimensionné dans l'administration de la justice.

Si les conséquences de ce décalage sont multiples, il nous semble que la plus importante se situe au niveau de la notion de sentence, qui, désormais, est proche de son implosion. Sans prendre position par rapport à ce dernier point, qui exigerait une réflexion beaucoup plus vaste, il convient de souligner les difficultés actuelles concernant la définition de sentence arbitrale.

Selon une position plus conservatrice, la sentence devant être reconnue par une juridiction étatique est définie comme « [l']acte des arbitres tranchant de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance »³⁶. Toutefois, il est possible de retrouver dans le droit positif de certaines juridictions des définitions

³⁴ B. OPPETIT, préc., note 2, p. 117.

³⁵ LOÏC CADIET, « Pour une théorie générale du procès », (2011) 28 *RLR* 127, 142. On pourrait également invoquer la figure du juge-entraîneur : François OST, *Dire le droit*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 104.

³⁶ Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, n° 09-72.439, *Bull. civ.* I, n° 164. Voir également : Cour d'appel de Paris, 29 oct. 2009, n° 08/18544.

beaucoup plus souples, incluant aussi des décisions provisoires³⁷. La sentence, selon cette définition plus libérale, n'aurait pas exclusivement un caractère définitif, mais aussi provisoire : la décision ne peut nullement être modifiée, sauf qu'en présence d'un changement de circonstances justifiant sa modification³⁸.

Par conséquent, ces incertitudes entraînent des difficultés par rapport à la qualification de plusieurs décisions des arbitres. D'un côté, on souhaite obtenir l'exécution devant les juridictions étatiques des décisions arbitrales les plus variées. De l'autre, satisfaire cet objectif risque de conduire à un radical bouleversement de ce qui est une sentence, en privant cette notion de tout élément constitutif. Si cette dernière peut encore accommoder certaines décisions, telles que la sentence négative de compétence, c'est-à-dire la décision par laquelle un tribunal arbitral s'estime incompétent par rapport aux demandes des parties³⁹, ce n'est pas nécessairement le cas pour les décisions des arbitres d'urgence.

Conclusion

En conclusion, si le caractère judiciaire de l'arbitrage commercial international ne fait aucun doute, c'est plutôt le centre gravitationnel de ses sources (la sentence définitive) qui pose problème, et cela en raison d'une lente mais constante évolution et diversification du pouvoir juridictionnel

³⁷ *Arbitration Act 1996*, 1996 c. 23 (R.-U.), Section 39 – Power to make provisional awards :

(1) The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award.

(2) This includes, for instance, making—

(a) a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties, or

(b) an order to make an interim payment on account of the costs of the arbitration.

(3) Any such order shall be subject to the tribunal's final adjudication ; and the tribunal's final award, on the merits or as to costs, shall take account of any such order.

³⁸ *Konkola Copper Mines v. U&M Mining Zambia Ltd*, [2014] EWHC 2374 (Comm).

³⁹ Pour le droit français, voir l'article 1520 (1) du Code de procédure civile, et l'arrêt de la Cour de Cassation, Civ. 1^{re}, 6 oct. 2010, n° 08-20.563, *Bull. civ. I*, n° 185. Pour le droit anglais, voir l'article 67 (1) du *Arbitration Act*, préc., note 35 et *Monde Petroleum SA v. Westernzagros Ltd*, [2015] EWHC 67 (Comm).

des arbitres, indiquée par le terme «judiciarisation». La sentence arbitrale définitive est certainement la preuve la plus flagrante de la nature judiciaire de l'arbitrage, mais elle n'est peut-être bien pas la seule.

De plus, l'identification de la sentence définitive en tant que seule décision arbitrale pouvant être exécutée par les juridictions étatiques, a de vastes répercussions, tant au niveau de la délimitation des contours de la notion de sentence, tant à celui de la qualification de certaines décisions des arbitres (telles que les mesures octroyées par les arbitres d'urgence, les sentences d'incompétences, ou celles accord-parties).

Le défi le plus important à relever sera alors celui de vérifier la cohérence des sources internationales avec la pratique courante, tout en n'oubliant pas, comme le souligne un auteur, que la réflexion devrait peut-être également s'étendre aux décisions prises par les centres d'arbitrage concernant l'organisation de plusieurs aspects essentiels de l'instance arbitrale⁴⁰.

⁴⁰ Dominique HASCHER, «Les perspectives françaises sur le contrôle de la sentence international ou étrangère», (2015) 1-2 *Revue de règlement des différends de McGill* 1, 13.