

Doctrine

LA DÉTERMINATION SOMMAIRE DES DEMANDES OU DÉFENSES MANIFESTEMENT INFONDÉES

par

Samantha NATAF

*Avocat aux barreaux de Paris et New York
Associée, De Gaulle Fleurance et Associés*

RÉSUMÉ

Trouvant son origine dans les pays de *Common Law*, la procédure de détermination sommaire des demandes (ou défenses) manifestement infondées est encore assez méconnue des praticiens de culture civiliste. En permettant au tribunal arbitral d'écarter, sur la base d'échanges réduits entre les parties et dans un délai restreint, les demandes ou les défenses n'ayant manifestement aucune chance de prospérer, cette procédure exprime la volonté des acteurs de l'arbitrage d'en renforcer l'efficacité et d'en contrôler les coûts. Bien que certaines critiques lui aient été adressées, notamment quant au respect du droit d'être entendu, cette procédure a néanmoins été adoptée par plusieurs institutions d'arbitrage. Aujourd'hui utilisé avec prudence mais de façon efficace par les tribunaux arbitraux, cet outil permet de renforcer l'efficacité de la procédure arbitrale et contribue à son attractivité.

SUMMARY

Originating from Common Law countries, the summary determination of manifestly unmeritorious claims (or defenses) is still quite unknown among civil-law practitioners. By allowing arbitral tribunals to dismiss, on the basis of limited exchanges between the parties and within shortened deadlines, claims or defenses that are manifestly without merit, this tool is an expression of the general willingness to improve

efficiency and control costs in international arbitration. Although the use of summary procedures in international arbitration has given rise to criticism, particularly with respect to due process rights, several arbitral institutions have adopted rules providing for the arbitrator's power to summarily dispose of a claim or defense. Used with care and effectiveness by arbitral tribunals, this tool reinforces the efficiency of arbitral proceedings thereby contributing to its attractiveness.

INTRODUCTION

Victime de son succès dans le contexte d'une économie qui continue à s'internationaliser, l'arbitrage international a souffert de critiques ces dernières années, ses utilisateurs s'étant parfois plaints de sa durée, de son coût ou encore de sa complexification (1). La durée, et plus particulièrement les coûts attachés à l'arbitrage, peuvent en effet faire l'objet de vives discussions entre les parties et leurs conseils au moment d'y recourir.

Les institutions d'arbitrage ont adopté plusieurs mesures destinées à pallier ces inconvénients. Nous avons assisté à la mise en place de mécanismes tels que la procédure accélérée en dessous d'un certain enjeu financier, la promotion de l'arbitre unique, l'incitation toujours plus prononcée des arbitres à s'appuyer sur des calendriers procéduraux réfléchis et efficaces, à rendre leur sentence dans de brefs délais.

La procédure de « *détermination rapide des demandes ou des défenses manifestement infondées* » (2) s'ancre dans ce mouvement. Elle permet au tribunal arbitral statuant sur demande d'une partie, en général le défendeur, d'évacuer, dès le début de l'arbitrage et avant l'examen du fond de l'affaire, les demandes (ou les défenses) qui n'auraient manifestement aucune chance de prospérer et auxquelles il serait donc inutile de consacrer du temps et de l'argent.

(1) 2015 Queen Mary University Survey, « Improvements and Innovations in International Arbitration », 2015, Colloque annuel AFA, 2012, « Attentes des entreprises en matière d'arbitrage ».

(2) Selon les termes retenus par la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale dans sa *Note aux parties et aux tribunaux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement CCI*. Comme on le verra, il existe plusieurs dénominations selon les institutions d'arbitrage.

D'origine anglo-saxonne et encore largement méconnue des praticiens de culture civiliste, la détermination sommaire des demandes et défenses infondées a d'abord été introduite en arbitrage d'investissement en 2006 par le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (« CIRDI ») (3). Par la suite, l'arbitrage commercial s'est lui aussi approprié cette procédure : le Centre d'Arbitrage International de Singapour (« CAIS ») en 2016 (4), la Chambre de Commerce de Stockholm (« CCS ») (5) et la Chambre de Commerce Internationale (« CCI ») en 2017 (6).

Cette procédure sommaire permettrait de réduire la durée et le coût des arbitrages puisque les demandes (ou les défenses) manifestement infondées seraient écartées par les arbitres, à titre plus ou moins préliminaire selon les institutions d'arbitrage, sur la base d'échanges réduits entre les parties et dans un délai restreint. Elle aurait un effet dissuasif puisqu'une partie qui envisagerait de présenter une demande fantaisiste ou abusive saurait que celle-ci serait rejetée *ab initio*. Cette procédure renforcerait également l'efficacité de la procédure arbitrale puisqu'une fois ces demandes infondées écartées, les débats pourraient se recentrer sur les éléments pertinents du litige.

Il reste à voir si cette procédure, qui ne fait pas partie de leur culture juridique, emportera l'adhésion des praticiens civilistes qui pourraient être réticents à en faire usage. Certaines critiques lui ont en effet été adressées. Le risque d'une atteinte au droit d'être entendu, et donc d'une annulation de la sentence, a été invoqué dans la mesure où les demandes litigieuses seraient le cas échéant rejetées, sur la base d'une procédure sommaire sans que les parties aient eu pleinement la possibilité de faire valoir tous leurs arguments et éléments de preuve. Les arbitres pourraient également être réticents à statuer à titre préliminaire — et donc au risque de préjuger — sur des questions susceptibles d'avoir une incidence sur l'issue du litige à un stade où ils n'ont pas encore connaissance de toutes ses composantes. Dans l'hypothèse où les demandes seraient rejetées et leur examen déferé au fond de la procédure arbitrale, les coûts et la durée de la procédure risqueraient d'être rallongés, produisant un effet contraire à celui recherché.

(3) Article 41(5) de son règlement.

(4) Article 29 de son règlement.

(5) Article 39 de son règlement.

(6) *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement CCI*, version du 30 octobre 2017, paragraphes 59-64.

Afin de permettre au lecteur de porter une appréciation critique sur l'opportunité de recourir à cette procédure en arbitrage international, nous examinerons d'abord le contexte de son introduction en arbitrage international (I.) avant d'examiner sa mise en œuvre par les tribunaux arbitraux (II.).

I. – L'INTRODUCTION DE LA PROCÉDURE DE DÉTERMINATION SOMMAIRE DES DEMANDES (OU DÉFENSES) MANIFESTEMENT INFONDÉES EN ARBITRAGE INTERNATIONAL

La procédure de détermination rapide des demandes ou défenses manifestement infondées trouve ses origines dans les droits de *Common Law* et a été mise en œuvre, avant même son introduction dans les règlements d'arbitrage, avec précaution par les arbitres (A). Les institutions d'arbitrage ont adapté cette procédure aux besoins de l'arbitrage international (B).

A) Origines de la procédure de détermination sommaire des demandes (ou défenses) manifestement infondées

Cette procédure trouve sa source dans les systèmes juridiques de *Common Law* dont les règles de procédure civile prévoient la possibilité pour le juge de rejeter des demandes ou des moyens de défense n'ayant manifestement aucune chance de prospérer, par la voie de procédures dites « *sommaires* » de décision.

Dans les pays de *Common Law*, le procès se déroule généralement en plusieurs phases successives : après les échanges d'écritures entre les parties accompagnées de preuves documentaires a lieu la phase de production de documents (« *discovery* »), qui est suivie des interrogatoires des parties (« *interrogatories* ») ainsi que des échanges de témoignages et de rapports d'experts. Une fois l'affaire en état d'être jugée, les parties présentent leurs preuves et leurs témoins au cours d'une audience qui mènera à l'adoption du jugement.

Les procédures de jugement sommaire permettent de faire l'économie de tout ou partie de la procédure, voire de mettre fin à l'instance dès son introduction, dès lors qu'une demande ou un moyen de défense n'ont manifestement aucune chance de prospérer. Ces procédures sommaires visent à désengorger les tribunaux et à protéger les défendeurs innocents contre des procédures judiciaires longues, coûteuses et inutiles.

Le droit anglais, qui a dans une large mesure inspiré les autres pays de *Common Law*, connaît deux procédures principales de détermination sommaire des demandes manifestement infondées : le rejet de la demande qui intervient en tout début d'instance et avant même la soumission des écritures en défense et le jugement sommaire qui intervient à un stade plus tardif de l'instance.

Le rejet préliminaire de la demande prévu par l'article 3.4 des *Civil Procedure Rules* (7) confère au juge le pouvoir de rejeter une demande (« *power to strike out a statement of case* » ou bien, dans d'autres pays « *motion to strike* », cette fois à l'initiative du défendeur), en tout ou en partie, dès l'introduction de l'instance, notamment, lorsqu'une demande ne présente pas « *de fondement raisonnable* », lorsqu'elle est abusive ou susceptible de faire obstruction à la juste conduite de l'instance ou encore lorsque les directives du juge n'ont pas été respectées (8).

Quant à elle, la procédure de jugement sommaire (« *summary judgment* ») intervient en général après un ou plusieurs échanges d'écritures entre les parties, accompagnées de preuves documentaires, mais avant la communication des documents (la « *discovery* »). Elle peut donner lieu à une audience. L'article 24.2 des *Civil Procedure Rules* (9) anglaises prévoit qu'un tribunal

(7) « Article 3.4 *Civil Procedure Rules* (*power to strike out a statement of case*):

(1) *In this rule and rule 3.5, reference to a statement of case includes reference to part of a statement of case.*

(2) *The court may strike out a statement of case if it appears to the court –*

(a) *that the statement of case discloses no reasonable grounds for bringing or defending the claim;*

(b) *that the statement of case is an abuse of the court's process or is otherwise likely to obstruct the just disposal of the proceedings; or*

(c) *that there has been a failure to comply with a rule, practice direction or court order... »*

(8) En droit américain, la « *motion to dismiss* » ou requête aux fins de rejet est quant à elle prévue par l'article 12(b) des *Federal Rules of Civil Procedure* et reprise par le droit de plusieurs États fédérés. Elle permet au défendeur de solliciter le rejet de demandes formées contre lui pour des motifs limités tenant notamment à l'incompétence du tribunal saisi, à l'irrégularité de la notification de l'assignation ou lorsque la demande n'est pas de nature à ouvrir droit à la réparation demandée.

(9) « Article 24.2 *Civil Procedure Rules* (*grounds for summary judgement*):

The court may give summary judgment against a claimant or defendant on the whole of a claim or on a particular issue if –

(a) *it considers that –*

(i) *that claimant has no real prospect of succeeding on the claim or issue; or*

(ii) *that defendant has no real prospect of successfully defending the claim or issue; and*

(b) *there is no other compelling reason why the case or issue should be disposed of at a trial. »*

peut rendre un jugement sommaire lorsqu'une demande, une défense ou un point litigieux n'a pas de véritable chance de prospérer et qu'il n'existe donc pas de raison convaincante justifiant que la demande ou le moyen de défense fasse l'objet d'un procès.

S'agissant du type de demandes (ou défenses) pouvant être rejetées par voie de jugement sommaire, la Chambre des Lords a précisé dans une affaire *Three Rivers* (10) que la procédure doit être limitée aux demandes (ou défenses) manifestement dépourvues de tout fondement juridique ou factuel (11). Selon les termes employés par Lord Hope of Craighead dans cette décision : « *il peut être clair, en droit, dès le début, que même si une partie parvenait à démontrer tous les faits qu'elle allègue, elle n'aurait pas droit à la réparation recherchée. Dans cette hypothèse, un procès sur les faits serait une perte de temps et d'argent et il conviendrait de mettre fin à l'instance aussi vite que possible. Dans d'autres cas, il est possible de dire en toute confiance avant le procès que les faits fondant la demande sont fantaisistes car ils sont dépourvus de toute substance. Il peut également être hors de doute que les faits présentés sont contredits par tous les documents et autre matériel sur lesquels ils se fondent* ».

En droit américain, le juge fait droit à la demande de jugement sommaire lorsqu'il estime qu'il n'existe pas de réelle controverse entre les parties relativement à des faits pertinents pour la résolution du litige et que le requérant a droit à un jugement en droit en sa faveur (12).

Le droit anglais, à l'instar des autres pays anglo-saxons, fait donc une application restrictive et mesurée de ces procédures qu'il réserve aux cas où il est manifeste, évident, incontestable que les demandes (ou défenses) litigieuses sont dénuées de tout fondement, en droit ou en fait, voire fantaisistes. Ces procédures

(10) *Three Rivers District Council c/ Bank of England* (n° 3) [2001] UKHL (23 mars 2001).

(11) Cité par G. Born, K. Beale in « Autonomie des parties et règles supplétives : recadrage du débat sur les procédures sommaires de décision dans le cadre de l'arbitrage international », *Bull. CCI*, 2010, vol. 21, n° 2.

(12) La procédure aux fins de jugement sommaire est prévue par l'article 56 des *Federal Rules of Civil Procedure* et reprise par les règles de procédure civile de plusieurs États fédérés. La requête aux fins de jugement sommaire peut être présentée par la partie qui souhaite voir juger certaines prétentions de façon sommaire au plus tard 30 jours après la fin de la phase de *discovery*. La partie requérante peut s'appuyer sur tous moyens de preuves, attestations de témoins et écritures du dossier.

sont utilisées pour trancher des questions factuelles ou juridiques simples, dont l'issue relève de l'évidence. Le droit d'être entendu et les droits de la défense des parties sont protégés, d'une part, par les règles de procédure civile détaillées qui encadrent strictement ces procédures en prévoyant le moment d'y recourir, les éléments de preuves recevables, les effets attachés au rejet ou à l'admission d'une demande de jugement sommaire et, d'autre part, par la possibilité de faire appel.

Au-delà du débat sur l'opportunité de telles procédures de jugement sommaire en arbitrage international, se pose donc la question de savoir si celle-ci est susceptible d'offrir des garanties équivalentes aux parties, notamment en l'absence d'appel.

B) La transposition de la procédure de décision sommaire en arbitrage international

1°) En l'absence de dispositions spécifiques dans le règlement d'arbitrage

En l'absence de dispositions spécifiques prévoyant le pouvoir de l'arbitre de rendre des décisions sommaires dans les règlements ou la convention d'arbitrage, se pose la question de savoir si les arbitres disposent d'un tel pouvoir.

Certains ont soutenu que ce pouvoir découlerait implicitement des larges pouvoirs de gestion de la procédure arbitrale conférés aux arbitres par les règlements d'arbitrage, qui leur permettent de prendre toute mesure adéquate pour conduire les débats avec célérité et efficacité (13). D'autres estiment au contraire que dans le silence des règlements et à défaut d'accord des parties à cet égard, le recours à des procédures sommaires serait « contraire à la nature contractuelle du mécanisme de résolution des litiges choisi par les parties et au droit des parties d'être entendues dans le cadre d'un procès équitable » (14).

(13) J. Gill, « Applications for the Early Disposition of Claims in Arbitration Proceedings », in A. J. van den Berg (ed), *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Volume 14 pp. 513-525 ; N. Costabile, « Early Dismissal of Unmeritorious Claims and Defences in International Arbitration », in Carlos Gonzalez-Bueno (ed), *40 under 40 International Arbitration* (2018), pp. 253-266 ; « Part II: The Process of an Arbitration, Chapter 8: preliminary, Interim and Dispositive Determinations », in J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, pp. 609-715.

(14) G. Born, K. Beale, « Autonomie des parties et règles supplétives : recadrage du débat sur les procédures sommaires de décision dans le cadre de l'arbitrage international », *Bull. CCI*, 2010, vol. 21, n° 2.

Dans le silence du règlement d'arbitrage, dans le cas où certaines questions mériteraient d'être tranchées avant d'autres car elles seraient par exemple susceptibles de mettre un terme à la procédure arbitrale, le tribunal arbitral aura toujours la possibilité de bifurquer la procédure et de rendre une sentence partielle. Il est vrai cependant qu'il pourrait être problématique, dans une telle hypothèse pour l'arbitre, de limiter, sans fondement textuel, les échanges entre les parties ou les moyens de preuves que celles-ci peuvent faire valoir.

L'examen des sentences CCI rendues avant la consécration de cette possibilité par l'institution en 2017 révèle que les arbitres se sont montrés plutôt réticents à trancher par voie de jugement sommaire dans le silence du règlement CCI et en l'absence d'accord des parties à cet effet.

Ainsi, dans une affaire dont la sentence finale (non publiée) a été rendue en 2015 dans un litige opposant une société pétrolière à un État africain, le demandeur demandait le rejet, à titre sommaire, d'une demande reconventionnelle soulevée tardivement par le défendeur dans ses écritures soumises après l'audience, au motif que celle-ci serait dénuée de fondement juridique. Le droit applicable était celui de l'Etat africain défendeur à l'arbitrage.

Le tribunal arbitral a d'abord relevé que ni la *lex arbitri*, ni le règlement CCI ne prévoient la possibilité de rendre un jugement sommaire. Etant donnée l'absence de consensus sur la possibilité de recourir au jugement sommaire en arbitrage international et le principe général selon lequel les sentences arbitrales CCI doivent être motivées et soumises à l'examen de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, le tribunal a considéré qu'un accord des parties à cet effet était nécessaire. En l'espèce, les parties ne s'étant pas mises d'accord, le tribunal arbitral a affirmé ne pas être convaincu d'avoir l'autorité nécessaire pour rendre un jugement sommaire. En tout état de cause, le tribunal a considéré que le jugement sommaire n'est de circonstance que lorsqu'il permet de trancher une affaire de manière prompte et expéditive sans examen au fond ou sans audience. En l'espèce, les parties ayant pleinement développé leurs positions respectives, preuves à l'appui, il n'y aurait eu aucun bénéfice, selon le tribunal arbitral, notamment en termes de rapidité, à recourir au jugement sommaire à ce stade de la procédure.

Dans d'autres affaires soumises pour l'essentiel au droit anglais, américain ou canadien, les arbitres, bien que de culture anglo-saxonne et donc familiers de ces procédures, ont estimé nécessaire,

d'une part, de fonder leur pouvoir de trancher par voie de « *summary judgment* », sur l'accord des parties et, d'autre part, d'appliquer un critère d'examen plus strict que celui retenu par les juridictions étatiques.

Dans une affaire CCI n° 11413 (15), dont le siège était à Londres et le droit applicable celui de l'Etat de New York, le tribunal arbitral a d'abord observé que les deux parties reconnaissent qu'un tribunal arbitral a le pouvoir de rendre une motion sommaire en droit new-yorkais. Après avoir fait référence aux dispositions du règlement CCI et de la loi anglaise sur l'arbitrage prévoyant l'obligation pour l'arbitre de conduire l'arbitrage de manière juste et impartiale et de donner à chaque partie l'occasion d'être entendue, le tribunal a estimé pouvoir statuer par voie de jugement sommaire « *si cela est raisonnable dans les circonstances de l'espèce* ». Le tribunal arbitral a toutefois estimé que le fait qu'en arbitrage international un jugement sommaire ne puisse faire l'objet d'un appel justifie l'application d'un test plus strict que celui appliqué par les tribunaux étatiques. Il a ainsi considéré qu'une demande de rejet par voie de jugement sommaire ne doit pas être accordée à moins que les arbitres ne soient confiants « *qu'il est clair comme de l'eau de roche que la demande n'est pas juridiquement fondée* ».

Dans une autre affaire CCI *Travis Coal Restructured Holdings LLC v. Essar Global Fund Limited* ayant donné lieu à une sentence finale du 7 mars 2014 (16) (et à une décision de la *High Court* qui sera examinée plus loin) le tribunal arbitral a fondé son pouvoir de statuer par voie de jugement sommaire sur le contrat des parties qui prévoyait cette possibilité ainsi que sur le droit de l'Etat de New York. Le tribunal a également relevé que le jugement sommaire est une mesure drastique et qu'il ne doit pas être octroyé s'il existe un quelconque doute quant à l'existence de questions factuelles devant faire l'objet d'un procès.

Enfin, dans deux décisions (non publiées) rendues dans la même affaire CCI en 2015, le tribunal arbitral a fondé son pouvoir de statuer par voie de jugement sommaire sur l'article 22 du

(15) Première sentence intérimaire dans l'affaire CCI n° 11413, *Bull. CCI*, 2010, vol. 21, n° 2, p. 34.

(16) *Travis Coal Restructured Holdings LLC v. Essar Global Fund Limited* (Sentence Finale), Affaire CCI n° 18724/VRO/AGF, 7 mars 2014, *Arbitrator Intelligence Material*, Kluwer Law International.

Règlement CCI, tout en relevant que les deux parties avaient usé de la faculté de soumettre au tribunal arbitral des demandes de jugement sommaire, ce qui permettait de considérer que cette procédure n'était pas contraire à leurs accords. Le tribunal s'est également fondé sur le droit de la procédure civile de l'Etat américain qui régissait le litige et permettait au juge d'octroyer un « *summary judgment* ».

Ainsi, en l'absence de dispositions spécifiques dans le règlement d'arbitrage, les arbitres se sont montrés prudents et ont jugé nécessaire d'adapter les procédures anglo-saxonnes afin de protéger le droit d'être entendu des parties et donc la sentence arbitrale.

2°) *La consécration de la procédure de décision sommaire par les institutions d'arbitrage*

L'introduction de dispositions consacrant le pouvoir de l'arbitre de rendre des décisions sommaires dans les règlements des institutions majeures d'arbitrage devrait dissiper les doutes qui pouvaient subsister quant au pouvoir de l'arbitre de recourir à ces procédures.

a) L'arbitrage d'investissement

Cette procédure a séduit l'arbitrage d'investissement il y a déjà 13 ans, le CIRDI ayant été, en 2006, la première institution à introduire dans son règlement un article 41(5) conférant au tribunal arbitral le pouvoir d'écarter, de manière préliminaire, les demandes manifestement dénuées de fondement juridique.

L'introduction de cette disposition dans le règlement CIRDI a fait suite aux critiques de plusieurs gouvernements mécontents du fait que le règlement permette au Secrétariat de refuser l'enregistrement de demandes d'arbitrage en cas d'incompétence manifeste du Centre (l'article 36), sans permettre le rejet préliminaire de demandes frivoles sur le fond (17).

Il faut noter que dans une affaire CIRDI n° ARB/03/5 *Metalpar et Buen Aire S.A. c/ Argentine*, le tribunal avait rejeté la demande de jugement sommaire relative à la validité de l'enregistrement

(17) The development of the regulations and rules of the international Centre for Settlement of Investment Disputes, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 22, Issue 1, Spring 2007, p. 55-68.

de la demande d'arbitrage soulevée par l'Argentine au motif qu'une telle demande n'était pas possible d'un point de vue procédural (18).

Aux termes de l'article 41(5) du Règlement CIRDI :

« Sauf si les parties ont convenu d'une autre procédure accélérée pour soumettre des déclinatoires et moyens préliminaires, une partie peut, dans un délai maximum de 30 jours après la constitution du Tribunal, et, en tout état de cause, avant la première session du Tribunal, soulever un déclinatoire ou invoquer un moyen, relatif à une demande manifestement dénuée de fondement juridique. La partie indique aussi précisément que possible les bases juridiques du déclinatoire ou du moyen. Le Tribunal, après avoir donné aux parties la possibilité de présenter leurs observations, notifie aux parties, lors de la première session ou immédiatement après, sa décision sur le déclinatoire ou le moyen... »

L'article 41(6) du Règlement CIRDI prévoit par ailleurs que si le tribunal décide que *« toutes les demandes sont manifestement dépourvues de fondement juridique »*, sa décision doit faire l'objet d'une sentence arbitrale. En revanche, si le tribunal rejette l'objection, celle-ci peut être réitérée au cours de l'instance, comme cela est précisé dans l'article 41(5) qui dispose que *« la décision du Tribunal ne porte en aucune manière atteinte au droit d'une partie de soulever un déclinatoire conformément à l'alinéa (1) et d'invoquer, au cours de l'instance, un moyen relatif à une demande dénuée de fondement juridique »*.

La procédure ouverte en théorie au demandeur comme au défendeur, est donc enserrée dans une double limite : une première limite temporelle de 30 jours pour soulever la demande et une limite matérielle, le défaut manifeste de fondement juridique. L'absence de fondement factuel est donc exclue. Le tribunal doit rendre sa décision *« lors de la première session ou immédiatement après »*, c'est-à-dire dans un délai très court puisqu'en vertu de l'article 13(1) du règlement CIRDI la première session doit en principe avoir lieu dans les 60 jours suivant la constitution du tribunal arbitral.

(18) Cité par M. Potesta, « Chapter 9: Preliminary Objections to Dismiss Claims that are Manifestly Without Legal Merit under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules », in Crina Baltag, *ICSID Convention after 50 years: Unsettled Issues*, pp. 249-272.

L'article 41(5) reste toutefois assez général. Il ne définit pas son critère principal d'application, à savoir le manque manifeste de fondement juridique. Il ne prévoit pas non plus les modalités de sa mise en œuvre s'agissant notamment de la procédure à suivre devant le tribunal arbitral. On verra toutefois que les tribunaux CIRDI ont développé une jurisprudence et une pratique cohérentes, respectueuses des droits fondamentaux des parties.

Certains arbitres et gouvernements ayant pointé du doigt le caractère trop général de cette disposition, une proposition d'amendement est actuellement à l'étude dans le cadre de la révision du règlement CIRDI.

Les propositions d'amendement de cette disposition auront pour objet de préciser (19) :

(i) le champ d'application de l'objection qui pourra porter sur le fond de la demande, la compétence du CIRDI ou du tribunal arbitral ;

(ii) la procédure à suivre devant le tribunal arbitral, en prévoyant notamment que les écritures de la partie requérante devront indiquer les motifs sur lesquels l'objection est fondée, et inclure un exposé des faits pertinents, du droit et des arguments. Il est également fait référence aux plaidoiries des parties, ce qui sous-entend qu'une audience devra avoir lieu ;

(iii) le délai dans lequel le tribunal doit rendre sa décision, soit un délai de 60 jours à compter de la plus tardive des dates suivantes : (i) la date de la constitution du tribunal ; (ii) la date des dernières écritures relatives à l'objection ; ou (iii) la date de la dernière plaidoirie relative à l'objection.

Bien que certains Etats aient également souhaité que la signification du « *défaut manifeste de fondement juridique* » soit précisée, il n'a pas été donné suite à cette demande aux motifs, d'une part, que ces termes ont fait l'objet d'une interprétation uniforme par les tribunaux et, d'autre part, que les tribunaux doivent conserver leur liberté d'interprétation (20), ce que l'on ne peut qu'approuver.

(19) Secrétariat du CIRDI, Propositions d'amendement des Règlements du CIRDI – Document de travail, 2 août 2018, vol. 3 p. 175-180 ; Secrétariat du CIRDI, Propositions d'amendement des Règlements du CIRDI – Document de travail, mars 2019, vol. 1, p. 185-189.

(20) Secrétariat du CIRDI, Propositions d'Amendement des Règlements du CIRDI – Document de travail, mars 2019, vol. 1, p. 185-189.

b) L'arbitrage commercial

1. Sur le fondement des règlements existants : l'exemple de la CCI

La CCI a fait le choix de ne pas modifier son règlement d'arbitrage afin d'y inclure un dispositif de jugement sommaire. Elle a préféré fonder ce pouvoir de l'arbitre sur l'article 22 du Règlement CCI en y faisant référence dans sa *Note aux parties et aux tribunaux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement CCI du 30 octobre 2017* (la « *Note aux Parties* »), consacrant ainsi un pouvoir implicite déjà mentionné dans quelques sentences arbitrales.

Ainsi, les paragraphes 59 à 64 de la Note aux Parties dans sa version du 30 octobre 2017 (repris à l'identique dans la version publiée le 1^{er} janvier 2019) (21) « *comporte[nt] des conseils sur la manière de traiter une requête de détermination rapide des demandes ou défenses manifestement infondées, dans le cadre étendu de l'article 22* ».

(21) Repris à l'identique aux paragraphes 74-79 dans la *Note aux Parties* dans sa version du 1^{er} janvier 2019 :

« 74. Cette section comporte des conseils sur la manière de traiter une requête de détermination rapide des demandes ou défenses manifestement infondées, dans le cadre étendu de l'article 22.

75. Chacune des parties peut demander au tribunal arbitral la détermination rapide d'une ou plusieurs demandes ou défenses, au motif que ces demandes ou défenses sont manifestement dénuées de tout fondement ou qu'il est manifeste que celles-ci ne relèvent pas de la compétence du tribunal arbitral (« requête »). La requête doit être déposée le plus rapidement possible après la présentation des demandes ou défenses pertinentes.

76. Le tribunal arbitral décide à son entière discrétion de poursuivre la procédure. Ce faisant, il doit tenir compte de toutes les circonstances qu'il juge appropriées, y compris l'étape à laquelle se trouve la procédure et la nécessité de satisfaire au besoin d'efficacité en termes de temps et de coûts.

77. Si le tribunal arbitral décide de poursuivre la procédure relative à la requête, il doit rapidement adopter les mesures procédurales qu'il juge appropriées, après avoir consulté les parties. L'autre partie ou les autres parties doivent avoir la possibilité en toute équité d'être entendues eu égard à la requête. La présentation de preuves additionnelles ne sera autorisée que dans des cas exceptionnels. Si un tribunal arbitral décide qu'une audience est appropriée, cette dernière peut être tenue par visioconférence, par téléphone ou par des moyens de communication similaires.

78. Conformément à la nature de la requête, le tribunal arbitral doit statuer sur la requête le plus rapidement possible et peut donner les motifs de sa décision de la manière la plus concise possible. La décision peut être rendue sous forme d'ordonnance ou de sentence. Dans tous les cas, le tribunal arbitral peut se prononcer sur les coûts de la requête conformément à l'article 38 ou réserver sa décision pour une étape ultérieure.

79. La Cour examine toute sentence rendue en relation avec une requête de détermination rapide, en principe dans un délai d'une semaine de sa réception par le Secrétariat. »

Le critère retenu est celui du défaut manifeste de fondement ou de compétence du tribunal arbitral, chacune des parties pouvant demander au tribunal arbitral « *la détermination rapide d'une ou plusieurs demandes ou défenses, au motif que ces demandes ou défenses sont manifestement dénuées de tout fondement ou qu'il est manifeste que celles-ci ne relèvent pas de la compétence du tribunal arbitral* ». Le défaut de fondement n'est pas défini, ce qui laisse penser que tant les fondements factuels que juridiques sont couverts. Le contrôle de la compétence de l'arbitre par l'intermédiaire de cette procédure vient ajouter un second niveau de filtrage de l'incompétence manifeste (quoique bien plus approfondi), à celui que la Cour internationale d'arbitrage de la CCI peut effectuer en application de l'article 6.4 du Règlement qui lui permet de décider qu'un arbitrage n'aura lieu que « *si et dans la mesure où, prima facie, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage visant le Règlement* ».

Bien qu'aucun délai ne soit prévu dans la *Note aux Parties*, celle-ci insiste sur la rapidité qui doit présider au déroulement de la procédure : « [l]a requête doit être déposée **le plus rapidement possible** après la présentation des demandes ou défenses pertinentes » ; « [s]i le tribunal arbitral décide de poursuivre la procédure relative à la requête, il doit **rapidement** adopter les mesures procédurales qu'il juge appropriées ». Il doit enfin « statuer sur la requête **le plus rapidement possible** ».

Lorsqu'une partie demande à ce qu'une question fasse l'objet d'une détermination rapide, « *le tribunal arbitral décide à son entière discrétion de poursuivre la procédure* ». Il s'agit d'une disposition intéressante de nature à renforcer l'efficacité de cette procédure dans la mesure où, dès lors que le tribunal constatera qu'une telle demande présente des questions qui sortent du manifeste, ou qu'elle est tardive, il aura la possibilité de faire l'économie de cette procédure.

Cette disposition implique également que l'arbitre statuera sur la demande de détermination rapide en deux étapes. En premier lieu, sur son admissibilité. La partie requérante devra donc convaincre le tribunal arbitral de l'opportunité de recourir à cette procédure, eu égard à la nature de sa demande, à ses conséquences sur le différend, sur les frais de l'arbitrage, sur les délais, etc. Le paragraphe précise que pour décider de l'admissibilité de la requête, l'arbitre « *doit tenir compte de toutes les circonstances qu'il juge appropriées, y compris l'étape à laquelle se trouve la*

procédure et la nécessité de satisfaire au besoin d'efficacité en termes de temps et de coûts ».

Si l'arbitre déclare la requête admissible, « *il doit rapidement adopter les mesures procédurales qu'il juge appropriées, après avoir consulté les parties* », étant précisé que « *l'autre partie ou les autres parties doivent avoir la possibilité en toute équité d'être entendues eu égard à la requête* ».

La *Note aux Parties* laisse également toute discrétion à l'arbitre pour décider de tenir une audience, auquel cas celle-ci pourra être tenue par « *visioconférence, par téléphone ou par des moyens de communication similaire* ». Cela n'exclut pas pour autant la tenue d'une audience en personne.

Le dispositif se caractérise donc par sa flexibilité, l'arbitre ayant toute latitude pour adapter la procédure aux besoins de la cause et à la nature des objections soulevées.

Dans la mesure où la *Note aux Parties* ne prétend pas poser de règles impératives mais formule uniquement des « *conseils* », si un droit anglo-saxon est applicable, on peut imaginer que les arbitres et les parties seront tentés d'adopter une procédure proche de celle du jugement sommaire, et que la *Note aux Parties* ne sera suivie qu'à titre supplétif. Au contraire, il est à prévoir que des parties civilistes suivront plus étroitement les conseils prodigués dans la *Note aux Parties*, en s'accordant avec l'arbitre sur l'organisation de la procédure propre à la détermination de l'exception.

Enfin, dans un souci de rapidité, la *Note* précise que l'arbitre qui pourra rendre sa décision, « *sous forme d'ordonnance ou de sentence* » devra « *donner les motifs de sa décision de la manière la plus concise possible* ». Il est intéressant de mentionner la pratique de certains tribunaux CCI dans des affaires antérieures à la *Note* qui ont choisi de rendre leur décision sous la forme d'une ordonnance succincte et d'en détailler les motifs dans la sentence finale. Dans le cas où la requête prospère, il paraît préférable que la décision soit rendue sous forme de sentence, étant donné qu'il sera mis fin à l'instance relativement aux demandes rejetées et que cela permettra à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI d'exercer son contrôle. La *Note* prévoit à cet égard que « *la Cour examine toute sentence rendue en relation avec une requête de détermination rapide, en principe dans un délai d'une semaine de sa réception par le Secrétariat* ».

2. L'introduction de dispositions spécifiques : le CAIS et le SCC

Le Centre d'Arbitrage International de Singapour a été l'une des premières institutions d'arbitrage commercial international à doter son règlement d'arbitrage en 2016 d'une procédure de détermination rapide (dénommée « *early dismissal* ») (22).

A l'instar du CIRDI et de la CCI, l'article 29 du règlement CAIS a également retenu le critère du défaut « *manifeste* » de fondement. Une partie peut ainsi demander au tribunal arbitral de rejeter de manière préliminaire une demande ou une défense « *manifestement dénuée de fondement juridique* » ou qui échapperait manifestement à la compétence du tribunal arbitral.

L'article 29 donne au tribunal arbitral la possibilité de refuser d'examiner la demande de rejet préliminaire. La possibilité de soulever une objection n'est par ailleurs enserrée dans aucune limite temporelle.

La décision du tribunal arbitral devra être rendue après que celui-ci a « *donné aux parties l'opportunité d'être entendues* », ce qui signifie *a minima* qu'une audience devra être tenue, selon ce que l'on met dans le droit d'être entendu. La décision du tribunal arbitral prend la forme d'une ordonnance ou d'une sentence à intervenir au plus tard dans les 60 jours de la soumission de la demande, sauf circonstances exceptionnelles, auquel cas ce délai pourra être étendu par le CAIS.

(22) « 29.1 A party may apply to the Tribunal for the early dismissal of a claim or defence on the basis that:

a. a claim or defence is manifestly without legal merit; or

b. a claim or defence is manifestly outside the jurisdiction of the Tribunal.

29.2 An application for the early dismissal of a claim or defence under Rule 29.1 shall state in detail the facts and legal basis supporting the application. The party applying for early dismissal shall, at the same time as it files the application with the Tribunal, send a copy of the application to the other party, and shall notify the Tribunal that it has done so, specifying the mode of service employed and the date of service.

29.3 The Tribunal may, in its discretion, allow the application for the early dismissal of a claim or defence under Rule 29.1 to proceed. If the application is allowed to proceed, the Tribunal shall, after giving the parties the opportunity to be heard, decide whether to grant, in whole or in part, the application for early dismissal under Rule 29.1.

29.4 If the application is allowed to proceed, the Tribunal shall make an order or Award on the application, with reasons, which may be in summary form. The order or Award shall be made within 60 days of the date of filing of the application, unless, in exceptional circumstances, the Registrar extends the time ».

Par la suite, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm a introduit dans son règlement de 2017 un article 39 intitulé « *summary procedure* » (23).

Les questions qui peuvent faire l'objet d'un jugement sommaire sont vastes puisque sont couvertes « *des questions de compétence, d'admissibilité ou de fond* ». Plusieurs situations ouvrant droit au jugement sommaire sont énumérées de manière non limitative ; à savoir ; « (i) *une allégation de fait ou de droit déterminante pour l'issue du litige est manifestement insoutenable ; (ii) même si les faits allégués par la partie adverse étaient tenus pour vrais, aucune sentence ne pourrait être rendue en droit en vertu du droit applicable ; ou bien (iii) toute question de fait ou de droit déterminante pour l'issue du litige qui, pour toute autre raison, convient à la détermination par voie de jugement sommaire* ».

Le dispositif se caractérise également par sa flexibilité car si l'arbitre décide de trancher une question par voie de jugement sommaire, ce qu'il peut également refuser, il peut organiser la procédure de jugement sommaire de la manière dont il l'entend, ce qui lui permet d'adapter la procédure aux besoins du cas d'espèce.

(23) « (1) *A party may request that the Arbitral Tribunal decide one or more issues of fact or law by way of summary procedure, without necessarily undertaking every procedural step that might otherwise be adopted for the arbitration.*

(2) *A request for summary procedure may concern issues of jurisdiction, admissibility or the merits. It may include, for example, an assertion that: (i) an allegation of fact or law material to the outcome of the case is manifestly unsustainable; (ii) even if the facts alleged by the other party are assumed to be true, no award could be rendered in favour of that party under the applicable law; or (iii) any issue of fact or law material to the outcome of the case is, for any other reason, suitable to determination by way of summary procedure.*

(3) *The request shall specify the grounds relied on and the form of summary procedure proposed, and demonstrate that such procedure is efficient and appropriate in all the circumstances of the case.*

(4) *After providing the other party an opportunity to submit comments, the Arbitral Tribunal shall issue an order either dismissing the request or fixing the summary procedure in the form it deems appropriate.*

(5) *In determining whether to grant a request for summary procedure, the Arbitral Tribunal shall have regard to all relevant circumstances, including the extent to which the summary procedure contributes to a more efficient and expeditious resolution of the dispute.*

(6) *If the request for summary procedure is granted, the Arbitral Tribunal shall seek to make its order or award on the issues under consideration in an efficient and expeditious manner having regard to the circumstances of the case, while giving each party an equal and reasonable opportunity to present its case pursuant to Article 23 (2) ».*

Le délai dans lequel l'arbitre doit rendre sa sentence ou son ordonnance n'est pas prévu par l'article 29, cependant la disposition précise que la décision doit être prise de « *manière efficace et rapide* », tout en donnant à chaque partie une opportunité raisonnable de présenter sa position.

À l'automne 2018, aucun tribunal arbitral siégeant sous l'égide du règlement SCC n'avait encore fait droit à une demande de trancher une question par voie de jugement sommaire (24).

II. – LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE DE DÉTERMINATION SOMMAIRE DES DEMANDES (OU DES DÉFENSES) MANIFESTEMENT INFONDÉES EN ARBITRAGE INTERNATIONAL

L'étude des décisions rendues sur procédure sommaire révèle que les arbitres ont assuré le respect du droit d'être entendu des parties en organisant une procédure complète relativement à l'examen de la demande (ou défense) en cause (A), d'une part, et, d'autre part, en adoptant une définition restrictive du critère du défaut « *manifeste* » de fondement (B). Tous types de questions ont été soumis à l'examen sommaire de l'arbitre, qu'il s'agisse de questions de compétence, de procédure ou de fond (C).

A) Une procédure complète relativement à l'examen de la demande (ou défense) en cause

La nature d'une procédure sommaire requiert par définition que les débats y donnant lieu ainsi que l'examen de l'objection soient « *sommaires* » ; c'est-à-dire réalisés dans un délai raccourci ou plus bref qu'habituellement, sans production et examen de tous les éléments de preuves que les parties pourraient présenter dans le cadre d'une procédure classique. En théorie, la question se pose donc de savoir dans quelle mesure les arbitres peuvent organiser une procédure raccourcie sans porter atteinte au droit d'être entendu. En pratique, l'examen des décisions rendues sur procédure sommaire démontre que les arbitres ont redoublé de précautions pour s'assurer du respect des droits fondamentaux des parties.

(24) NYSBA, New York Dispute Resolution Lawyer, A. Havedal Ipp, *International Arbitration in Stockholm: Modern, Efficient ADR with Century-Old Roots*, Fall 2018, vol. 11, n° 2.

S'agissant du CIRDI, depuis son adoption en 2006, l'article 41(5) du règlement a été mis en œuvre dans 27 affaires, dont trois seulement ont donné lieu à des sentences faisant droit à l'objection soulevée et mettant fin à l'instance. Alors que la décision du tribunal doit en principe être rendue dans les 60 jours de la constitution du tribunal, les parties se sont souvent accordées, avec l'aval des arbitres, sur des délais plus longs, d'une durée comprise entre 12 et 183 jours à compter de la constitution du tribunal. Les décisions ont été rendues dans un délai moyen de 149 jours suivant la constitution du tribunal (25).

On remarque également à la lecture des sentences CIRDI et de sentences CCI rendues avant la publication de la *Note aux Parties* en 2017, que les procédures de jugement sommaires ont généralement donné lieu à une instruction complète relativement à l'objection en cause ; c'est-à-dire, à plusieurs échanges de mémoires entre les parties pouvant inclure des attestations de témoins et à une ou plusieurs audiences.

Dans l'affaire CCI susmentionnée *Travis Coal Restructured Holdings LLC v. Essar Global Fund Limited* (26), le tribunal arbitral a estimé disposer de la liberté de prendre en compte tout élément de preuve pertinent et a tenu deux audiences au cours desquelles des témoins ont comparu. Comme le remarquent des commentateurs avertis, « *bien que le tribunal ait affirmé disposer de l'autorité et du pouvoir de trancher l'affaire sur une base sommaire, le fait qu'il ait organisé plusieurs échanges de mémoires, tenu deux audiences en personne et rendu une sentence de 188 pages suggère que la sentence du tribunal était bien loin de ce que des litigateurs américains appelleraient un jugement sommaire* » (27). La sentence rendue dans cette affaire a par la suite donné lieu à une décision de la *High Court* (28) dans le cadre de son exécution en Angleterre dans laquelle cette juridiction a considéré que les droits de la défense avaient été respectés par le tribunal arbitral

(25) Secrétariat du CIRDI, sur les Propositions d'Amendement des Règlements du CIRDI – Document de travail, 2 août 2018, vol. 3, p. 175-180.

(26) *Travis Coal Restructured Holdings LLC v. Essar Global Fund Limited (Sentence Finale)*, Affaire CCI n° 18724/VRO/AGF, 7 mars 2014, Arbitrator Intelligence Material, Kluwer Law International.

(27) C. Mouawad, E. Silbert, « A case for dispositive motions in international commercial arbitration », *BCDR International Arbitration review*, Kluwer Law International, 2015, Vol. 2, Issue 1, pp. 77-98.

(28) *Travis Coal Restructured Holdings Llc v. Essar Global Fund Ltd* [2014] EWHC 2510 (Comm) (24 juillet 2014).

qui s'est conformé à l'accord des parties. La cour a également pris le soin de relever que le tribunal arbitral avait été plus loin dans l'admission des témoignages oraux que la pratique en la matière des juridictions londoniennes et new-yorkaises.

Selon les conclusions du tribunal dans une affaire CIRDI n° ARB/09/11, *Global Trading Resource & autres c/ Ukraine* ayant donné lieu à une sentence finale du 1^{er} décembre 2010 (29), « *le droit conféré à une partie de voir trancher une demande dépourvue de fondement avant d'engager des [...] dépenses inutiles en s'y défendant doit être mis en balance avec le devoir du tribunal arbitral d'assurer le respect des droits de la défense* ». Dans cette affaire, le tribunal s'est posé la question de savoir « *quels autres éléments de preuve les parties (en particulier le Demandeur) pourraient [...] apporter si les questions en jeu devaient être repoussées à un stade ultérieur de la procédure* ».

En l'espèce, le tribunal a estimé qu'il était opportun de faire droit à la demande de jugement sommaire après avoir affirmé être dans l'incapacité de voir « *quels autres éléments de preuve relatifs aux questions en jeu les parties pourraient souhaiter ou seraient en mesure de produire à un stade ultérieur, que ce soit sous la forme d'arguments juridiques, de pièces juridiques ou encore de témoignages ou de preuves documentaires* ».

Ainsi, les arbitres ont assuré le respect du droit d'être entendu des parties dans le cadre de procédures sommaires en leur permettant de pleinement faire valoir leurs positions relativement à la demande déferée à l'examen sommaire de l'arbitre.

B) L'appréciation du défaut « manifeste » de fondement

La protection des droits fondamentaux des parties a également été assurée par la manière dont les arbitres ont défini et mis en œuvre le critère de rejet d'une demande infondée, à savoir l'absence « *manifeste* » de fondement, ce critère n'étant pas défini par les règlements d'arbitrage.

En effet, dans quelle situation considérer qu'une demande est si manifestement dépourvue de fondement qu'elle doit être rejetée ?

(29) *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. c/ Ukraine* (Affaire CIRDI n° ARB/09/11), Sentence, 1^{er} décembre 2010.

S'il n'est pas encore possible d'avoir accès à des sentences CCI rendues en application de la *Note aux Parties*, l'étude de la jurisprudence CIRDI révèle que le standard mis en place est particulièrement élevé et difficile à atteindre. Cette jurisprudence, qui ne s'étend pas au défaut manifeste de fondement factuel non couvert par l'article 41(5), est toutefois largement transposable à l'arbitrage commercial sur ce point (30).

Le critère a été défini pour la première fois dans l'affaire CIRDI ARB/07/25 *Trans-Global Petroleum Inc. c/ Royaume Hachémite de Jordanie* (31) dont le tribunal arbitral a été le premier à mettre en œuvre l'article 41(5) du Règlement CIRDI. Le tribunal a considéré que « *le sens ordinaire du mot [manifeste] exige que le défendeur établisse son objection de manière claire et évidente, avec une relative facilité et rapidité. Le standard est donc élevé* ».

Le tribunal s'est également appuyé sur les délais raccourcis dans lesquels l'objection doit être traitée ainsi que sur le caractère final d'une sentence faisant droit à l'objection pour en déduire, au nom de la « *justice procédurale* », que la procédure n'a vocation à s'appliquer qu'à des cas « *clairs et évidents* ».

Ce critère a été repris et précisé dans des décisions ultérieures. Dans une affaire CIRDI ARB/13/33 *PNG Sustainable Development Program Ltd. c/ Etat indépendant de Papouasie Nouvelle Guinée* (32), le tribunal arbitral a insisté sur le fait que l'article 41(5) est destiné à « *des affaires qui sont clairement et de manière non-équivoque dépourvues de mérite* ». Selon ce tribunal arbitral, cette disposition n'a pas vocation à résoudre des questions juridiques nouvelles, difficiles ou controversées mais au contraire à appliquer des règles de droit qui ne prêtent pas à controverse à des faits qui ne sont eux-mêmes pas contestés. Le tribunal a également souligné le caractère « *très exigeant du standard de preuve* ». En l'espèce, le tribunal a estimé que « *tous les arguments soulevés [...] impliquent des questions de droit et de faits*

(30) Sous réserve du fait que l'article 41(5) ne s'étend pas aux demandes manifestement dépourvues de fondement factuel.

(31) *Trans-Global Petroleum, Inc. c/ Royaume Hachémite de Jordanie* (Affaire CIRDI n° ARB/07/25), Décision sur l'objection du défendeur selon l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage CIRDI, 12 mai 2008.

(32) *PNG Sustainable Development Program Ltd. c/ Etat indépendant de Papouasie Nouvelle Guinée* (Affaire CIRDI n° ARB/13/33), Décision sur les objections préliminaires du Défendeur selon l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage CIRDI, 28 octobre 2014.

controversées et souvent complexes qui ne peuvent être adéquatement résolues dans le cadre de la procédure accélérée de l'article 41(5) ».

Dans l'affaire CIRDI ARB/13/32, *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc c/ République de Croatie* (33), le tribunal a opposé les demandes « *si manifestement défectueuse(s) d'un point de vue juridique* » et qu'il est approprié de rejeter sans autre examen, aux demandes qui requièrent, afin d'être tranchées, des arguments ou une investigation factuelle plus complets et qui ne peuvent faire l'objet de cette procédure.

De manière générale, dès lors que les objections du défendeur ont soulevé des questions de faits ou de droit nécessitant une analyse plus poussée, qu'elles soient nouvelles, complexes ou simplement l'objet d'une controverse entre les parties, les tribunaux arbitraux ont estimé devoir donner au demandeur une pleine possibilité de présenter sa demande et ont rejeté l'objection (34).

Afin de garantir les droits de l'investisseur-demandeur (défendeur à l'exception), certains tribunaux CIRDI ont également estimé devoir interpréter les allégations de celui-ci en sa faveur, en lui donnant le bénéfice du doute et en posant une présomption de véracité des éléments servant de base à la demande.

Dans une sentence du 10 décembre 2010 rendue dans une affaire CIRDI ARB/10/6 *RSM Production Corporation and others c/ Grenade* (35), le tribunal arbitral affirme ainsi : « *étant donnée la nature potentiellement décisive d'une objection au titre de l'article 41(5), [...], il est opportun qu'une demande d'arbitrage [...] soit interprétée libéralement et qu'en cas de doute ou d'incertitude quant à la portée des allégations d'un demandeur, un tel doute ou incertitude soit résolu en faveur du demandeur* ».

(33) *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc c/ Croatie* (Affaire CIRDI n° ARB/13/32) Décision sur l'objection du Défendeur selon l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage CIRDI, 2 décembre 2014.

(34) V, par ex., *Brandes Investment Partners LP c/ République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI n° ARB/08/3), Décision sur l'objection du Défendeur selon l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage CIRDI, 2 février 2009 ; *Alvarez y Marín Corporación S.A. et autres c/ Panama* (Affaire CIRDI n° ARB/15/14), Motivation de la décision sur les objections préliminaires du Défendeur selon l'article 41(5) du Règlement CIRDI, 4 avril 2016 ; *Eskosol S.p.A. in liquidazione c/ République Italienne* (Affaire CIRDI n° ARB/15/50), Décision sur l'objection du Défendeur selon l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage CIRDI, 20 mars 2017.

(35) *RSM Production Corporation and others c/ Grenade* (Affaire CIRDI n° ARB/10/6), Sentence, 10 décembre 2010.

Dans une autre sentence du 11 mars 2013 rendue dans une affaire *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. c/ Hongrie* (36), le tribunal a insisté sur le fait que dans le cadre de l'examen de l'objection, il ne doit pas préjuger le fond de l'affaire et qu'il doit au contraire « *présumer que les faits qui servent de base à la demande sur le fond tels qu'allégués par le demandeur sont vrais (à moins qu'ils ne soient clairement, manifestement sans aucun fondement)* » (37).

Les tribunaux arbitraux sont donc parvenus à garantir les droits fondamentaux des parties en ne faisant droit à la demande de détermination sommaire que dans les cas où il est évident, patent, incontestable que les demandes sont dépourvues de fondement, après s'être assurés que les parties ont pleinement eu la possibilité d'être entendues relativement à l'objection en cause. Il semble donc, sur la base des sentences examinées, que les arbitres aient réussi à trouver un juste équilibre entre la protection du défendeur contre des demandes futiles ou fantaisistes et le respect du droit d'être entendu de la partie demanderesse.

C) Les questions déferées à la détermination sommaire des arbitres

L'examen des décisions rendues révèle que tous types de questions ont été soumis à l'examen sommaire de l'arbitre, qu'il s'agisse de questions de compétence, de procédure ou de fond, notamment lorsque la partie requérante a considéré que cette procédure aurait une chance de lui permettre de faire l'économie de l'arbitrage.

S'agissant des questions affectant la compétence de l'arbitre ou la recevabilité des demandes, ont été soumises au jugement sommaire de l'arbitre des questions telles que :

— **L'absence de fondement factuel et juridique de l'action envisagée en droit canadien et la mise en œuvre d'une clause exclusive de responsabilité.** Dans cette affaire CCI n° 12297

(36) *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. c/ Hongrie* (ICSID Case No. ARB/12/2), Décision sur l'objection du Défendeur selon l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage CIRDI, 11 mars 2013.

(37) V. dans le même sens, *Ansung Housing Co., Ltd. c/ République Populaire de Chine* (Affaire CIRDI n° ARB/14/25), Sentence, 9 mars 2017.

soumise au droit canadien, la demande de détermination sommaire a été rejetée par ordonnance de procédure au motif qu'une appréciation factuelle complexe dépassant le cadre d'une procédure sommaire était nécessaire pour trancher les questions posées (38).

— **L'interprétation d'une clause de renonciation au droit d'action et la qualité à agir de l'agent de l'investisseur, demandeur à l'arbitrage**, dans une affaire *CIRDI Brandes Investment Partners LP c/ Venezuela* (39). Les deux objections ont été rejetées au motif que la réponse aux questions soulevées aurait nécessité l'examen de questions factuelles et juridiques complexes qui ne peuvent pas être résolues dans le cadre d'une procédure sommaire.

— **L'interprétation d'une « clause parapluie » et les effets attachés à une clause attributive de juridiction sur la compétence du tribunal arbitral**. Dans une affaire précitée *MOL Hungarian Oil and Gas Company PLC c/ République de Croatie* (40), le tribunal arbitral a rejeté les objections de l'Etat au motif que la détermination des questions posées aurait requis une analyse détaillée, exclusive du caractère manifeste que doit revêtir l'absence de fondement.

— **La qualification d'investisseur, sa nationalité et l'existence du contrôle étranger selon l'article 25 de la Convention CIRDI, le consentement de l'Etat à l'arbitrage, la litispendance et l'effet de chose jugée**, toutes ces exceptions ayant été rejetées dans l'affaire *CIRDI Eskosol S.P.A. in liquidazione c/ République Italienne* (41).

— **L'existence d'un investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI**. Dans l'affaire *CIRDI précitée Global Trading Resource* (42), le tribunal arbitral a fait droit à l'objection

(38) Special Supplement 2010, Decisions on ICC Arbitration Procedure: a selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under the ICC Rules of Arbitration (2003-2004), *Bull. CCI*, 2010.

(39) *Brandes Investment Partners LP c/ République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI n° ARB/08/3), Décision sur l'objection du Défendeur selon l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage CIRDI, 2 février 2009.

(40) *MOL Hungarian Oil and Gas Company PLC c/ République de Croatie*, Décision sur l'objection du Défendeur selon l'article 41(5) (Affaire CIRDI n° ARB/13/32), 2 décembre 2014.

(41) *Eskosol S.P.A. in liquidazione c/ République Italienne*, Décision sur l'objection du Défendeur selon l'article 41(5), Affaire CIRDI n° ARB/15/50, 20 mars 2017.

(42) *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. c/ Ukraine* (Affaire CIRDI n° ARB/09/11), Sentence, 1^{er} décembre 2010.

soulevée par l'Etat au motif que les contrats de vente et d'achat de volaille conclus par l'investisseur étaient constitutifs de pures transactions commerciales qui ne pouvaient, quelle que soit l'interprétation retenue, être considérés comme des investissements au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI.

— **L'autorité de chose jugée attachée à une sentence arbitrale antérieure** dans l'affaire CIRDI précitée *RSM Production Corporation* (43). Dans sa sentence du 10 décembre 2010, le tribunal arbitral a accueilli l'objection et a ainsi mis fin à l'instance.

— **La prescription de l'action.** Dans l'affaire *Ansung Housing Co. c/ République Populaire de Chine*, le tribunal arbitral a accueilli l'exception de prescription soulevée par l'État et mis fin à l'instance par une sentence du 9 mars 2017 (44).

S'agissant du fond, les questions portées à la détermination sommaire de l'arbitre sont extrêmement diverses.

Dans des affaires CCI soumises à la procédure de « *summary judgment* » du droit américain et résolues avant la publication de la *Note aux Parties*, ont ainsi été portées au jugement de l'arbitre des questions telles que :

— **La mise en œuvre de diverses clauses de garantie de passif et de la responsabilité du cédant dans le cadre de l'exécution d'un contrat de cession de parts sociales.** Dans cette affaire CCI de 2007 n'ayant pas donné lieu à publication, les parties avaient soumis onze demandes à la détermination sommaire des arbitres. Le tribunal a fait droit à cinq des demandes et réservé la détermination des six demandes restantes à l'examen du fond au motif que des développements complémentaires étaient nécessaires. Les arbitres ont rendu leur décision sous forme d'ordonnance de procédure succincte, celle-ci ayant été incorporée à la sentence finale rendue quelques mois plus tard.

— **La violation de plusieurs clauses d'un sous-contrat relatif à la construction d'une station d'énergie solaire.** Dans cette affaire CCI non publiée, le tribunal arbitral a rejeté en 2015 les demandes de jugement sommaire soulevées par les deux parties au motif qu'il existait de réelles controverses entre elles sur des questions factuelles déterminantes pour l'issue du litige. Selon le tribunal

(43) *RSM Production Corporation and others c/ Grenade* (Affaire CIRDI n° ARB/10/6), Sentence, 10 décembre 2010.

(44) *Ansung Housing Co. Ltd. c/ République Populaire de Chine* (Affaire CIRDI n° ARB/14/25), Sentence, 9 mars 2017.

arbitral, afin de pouvoir se prononcer sur les questions qui lui étaient soumises, il aurait dû procéder à l'appréciation des circonstances ayant entouré la conclusion du contrat et procéder à son interprétation, les parties étant en désaccord sur le sens à donner à certaines de ses dispositions.

— **La violation du devoir de bonne foi, la mise en œuvre d'une clause pénale, ainsi que la fraude entourant la conclusion du contrat** dans le cadre de l'exécution d'un accord de distribution et de licence dans l'industrie médicale. Le tribunal arbitral a fait droit à une partie des demandes, la sentence finale a été rendue en 2010.

— **La force obligatoire d'un document intitulé « Minutes of Meeting » et l'appropriation fautive du secret des affaires** dans le cadre de l'exécution d'accords concernant le développement de logiciels informatiques dans une affaire CCI non publiée de 2003. La décision sommaire a fait l'objet d'une ordonnance de procédure succincte, la motivation ayant été développée dans une sentence partielle, la procédure ayant donné lieu à bifurcation. Le tribunal arbitral a considéré que les « Minutes of Meeting » étaient dépourvues de force obligatoire et ont rejeté toutes les demandes en découlant. En revanche, la question de l'appropriation fautive du secret des affaires a été déferée au fond car une question de prescription nécessitant une appréciation des circonstances factuelles de l'affaire se posait.

— **La contrainte économique dans le cadre de l'exécution d'un contrat de construction clés en mains** dans une sentence partielle rendue dans une affaire CCI n° 11413 susmentionnée (45). La demande de jugement sommaire a été rejetée au motif que même en tenant pour établis les faits allégués par le demandeur, une appréciation des circonstances factuelles de l'affaire resterait nécessaire pour établir l'existence de la contrainte économique. En conséquence, la question ne pouvait être tranchée sans qu'une audience au cours de laquelle les deux parties pourraient faire valoir leurs positions ait lieu.

Quant à eux, les tribunaux CIRDI ayant statué sur le fondement de l'article 41(5) du Règlement ont eu à connaître de questions telles que :

— **La violation des clauses de traitement juste et équitable et d'interdiction des mesures arbitraires et discriminatoires** d'un

(45) Première Sentence Intérimaire dans l'affaire CCI n° 11413, *Bull. CCI*, 2010, vol. 21, n° 2, p. 34.

traité bilatéral sur la protection des investissements dans l'affaire *Trans-Global Petroleum* précitée, le tribunal ayant rejeté les objections soulevées par l'Etat.

— **La mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée** dans l'affaire précitée *PNG Sustainable Development Program Ltd. c/ Etat Indépendant de Papouasie Nouvelle Guinée* (46), le tribunal arbitral ayant également refusé de faire droit à l'objection à ce stade.

— **La légalité de l'investissement** dans l'affaire *Alvarez y Marín Corporación S.A. et autres c/ Panama* (47), le tribunal arbitral ayant également rejeté l'objection.

*
**

En conclusion, les tribunaux arbitraux sont parvenus à trouver un juste équilibre entre le respect du droit d'être entendu et la nécessité de protéger le défendeur contre des demandes inutiles ou fantaisistes. Hormis le cas dans lequel la détermination sommaire des questions posées aboutit à mettre fin à l'instance, il reste difficile d'apprécier concrètement les économies de temps et de ressources que le recours à cette procédure permet de réaliser. Utilisé avec précaution, cet outil permet toutefois de tendre vers une procédure arbitrale plus efficace, plus réfléchie et, par conséquent, plus attrayante. Reste à voir l'usage qu'en feront les praticiens civilistes, en particulier dans le contexte de l'arbitrage commercial CCI.

(46) *PNG Sustainable Development Program Ltd. c/ Etat indépendant de Papouasie Nouvelle Guinée* (Affaire CIRDI n° ARB/13/33), Décision sur les objections préliminaires du Défendeur selon l'article 41(5) du Règlement CIRDI 28 octobre 2014.

(47) *Alvarez y Marín Corporación S.A. et autres c/ Panama* (Affaire CIRDI n° ARB/15/14), Motivation de la décision sur les objections préliminaires du Défendeur selon l'article 41(5) du Règlement CIRDI, 4 avril 2016.

