

ICCA

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION

GUIDE DE L'ICCA POUR L'INTERPRETATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958

avec l'assistance de la
Cour Permanente d'Arbitrage
Palais de la Paix, La Haye



Traduit par:
Gautier Matray et Perrine Dutheil

INTERNATIONAL COUNCIL
FOR COMMERCIAL ARBITRATION

CONSEIL INTERNATIONAL
POUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL

GUIDE DE L'ICCA POUR L'INTERPRETATION DE
LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958

UN MANUEL A L'ATTENTION DES JUGES

INTERNATIONAL COUNCIL
FOR COMMERCIAL ARBITRATION

CONSEIL INTERNATIONAL
POUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL

GUIDE DE L'ICCA
POUR L'INTERPRETATION DE
LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958

UN MANUEL A L'ATTENTION DES JUGES

avec l'assistance de la
Cour Permanente d'Arbitrage
Palais de la Paix, La Haye



Publié par le International Council for Commercial Arbitration -
Conseil International pour l'Arbitrage Commercial
<www.arbitration-icca.org>

ISBN 978-90-817251-2-5

Tous droits réservés.

© 2012 International Council for Commercial Arbitration

© Conseil International pour l'Arbitrage Commercial (ICCA). Tous droits réservés. Le Conseil International pour l'Arbitrage Commercial (ICCA) souhaite encourager l'usage de ce Guide à des fins éducatives et pour la promotion de l'arbitrage. En conséquence, la reproduction ou la copie de ce Guide est autorisée, à condition que le Guide soit reproduit de manière fidèle, sans modification et dans un contexte qui ne soit pas trompeur, et pour autant que la qualité d'auteur et les droits d'auteur de l'ICCA soient clairement reconnus.

Pour plus d'informations, vous pouvez nous contacter à l'adresse suivante:
icca@pca-cpa.org.

© International Council for Commercial Arbitration (ICCA). All rights reserved. The International Council for Commercial Arbitration (ICCA) wishes to encourage the use of this Guide for teaching purposes and for the promotion of arbitration. Accordingly, it is permitted to reproduce or copy this Guide, provided that the Guide is reproduced accurately, without alteration and in a non-misleading context, and provided that ICCA's authorship and copyright are clearly acknowledged.

For further information, please contact us at icca@pca-cpa.org.

Ce Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958 a été traduit par

Gautier MATRAY

Avocat au barreau de Bruxelles. Associé junior au sein du cabinet d'avocats Matray, Matray & Hallet. LL.M. International Business Law de l'Université de Londres (Queen Mary & University College), Licence en droit de l'Université de Liège. Membre de Young ICCA.

et

Perrine DUTEIL

Avocate au barreau de Genève. Collaboratrice au sein du cabinet d'avocats Tavernier Tschanz à Genève. Bachelor et Master en Relations Internationales de l'Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement de Genève, Bachelor et Master en Droit de la Faculté de Droit de l'Université de Genève. Membre de Young ICCA.

PREFACE PAR LE PROFESSEUR PIETER SANDERS, DIRECTEUR HONORAIRE

La Convention de New York de 1958 est l'instrument multilatéral ayant connu le plus grand succès en droit du commerce international. Elle est au cœur de la mosaïque de traités et de lois d'arbitrage qui garantissent l'acceptation des sentences arbitrales et des conventions d'arbitrage. Les tribunaux du monde entier ont appliqué et interprété la Convention depuis plus de cinquante ans, de manière de plus en plus unifiée et harmonisée.

En 1958, j'ai participé à la rédaction de la Convention en tant que délégué des Pays-Bas. Nous avons commencé notre travail sur la base d'un projet initialement rédigé par la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en 1955. Le projet de la CCI prévoyait l'exécution des sentences "internationales". Il a été présenté au Conseil Economique et Social des Nations Unies (ECOSOC). ECOSOC a modifié le projet afin qu'il s'applique aux sentences "étrangères". La Conférence a travaillé sur ce projet du 20 mai au 10 juin 1958.

Des modifications et des ajouts ont été apportés au projet, donnant lieu à ce que l'on a appelé la "proposition néerlandaise". L'une des modifications consistait à éliminer l'exigence de double *exequatur*, afin qu'il soit possible de présenter des sentences en vue de leur exécution sans devoir obtenir au préalable des tribunaux de l'Etat dans lequel les sentences étaient rendues une déclaration constatant leur force exécutoire. Une autre modification consistait à restreindre les motifs de refus d'exécution aux sept motifs figurant à l'article V et de faire supporter la charge de la preuve de ces motifs à la partie qui s'oppose à l'exécution. Les sept motifs qui figurent dans la Convention sont devenus les motifs exclusifs de refus d'exécution. Faire supporter la charge de la preuve à la partie qui s'oppose à l'exécution et la liste exhaustive des

motifs de refus d'exécution sont reconnus de nos jours comme étant des éléments essentiels de la Convention.

L'article II de la Convention a été ajouté lors de la phase finale de la rédaction et il résulte également de la proposition néerlandaise. Il prévoit que les tribunaux *doivent* renvoyer les parties à l'arbitrage lorsqu'une partie se fonde sur une convention d'arbitrage valable. Le projet prévoyait seulement l'exécution des sentences arbitrales étrangères. L'ajout d'un article prévoyant la reconnaissance des conventions d'arbitrage permettait une plus grande efficacité que la réglementation antérieure, qui était contenue dans deux instruments: le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Pour parvenir à une application unifiée et harmonisée de la Convention de New York, il était nécessaire de disposer d'un système efficace de compte-rendu des cas d'application de la Convention au niveau mondial. C'est la raison pour laquelle la publication du *Yearbook Commercial Arbitration* de l'ICCA a été initiée en 1976. J'en étais le directeur. Depuis lors, trente-cinq volumes ont été publiés. Le *Yearbook* est également disponible en ligne sur le site <www.kluwerarbitration.com>. Le *Yearbook* a rendu compte de 1666 décisions de tribunaux concernant la Convention de New York, provenant de 65 des 145 Etats membres de la Convention.

La Convention était innovatrice. Le Professeur Matteucci, délégué italien de la Conférence, l'a qualifiée d'"innovation très audacieuse". La Convention a résisté à l'épreuve du temps. Plus de cinquante ans après, nous pouvons encore nous réjouir des adaptations bénéfiques apportées à l'interprétation de son texte, en réponse à la technologie moderne et à la pratique.

La Loi type de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) sur l'arbitrage commercial international de 1985, amendée en 2006, a été adoptée dans plus de septante Etats et

Etats fédéraux. Certains Etats ont adopté la Loi type sans la modifier. D'autres Etats ont adopté des lois modernes d'arbitrage, inspirées de la Loi type. Les tribunaux peuvent se référer aux dispositions plus favorables contenues dans les lois modernes d'arbitrage adoptées par les Etats, comme l'article VII de la Convention le prévoit.

Ces lois modernes d'arbitrage peuvent également contenir des dispositions concernant la procédure d'exécution d'une sentence. La Convention prescrit uniquement quels sont les documents à fournir au tribunal (article IV) et précise qu'il ne peut être imposé de conditions plus rigoureuses ni de frais de justice plus élevés que ceux qui seront imposés pour l'exécution d'une sentence arbitrale nationale (article III). Le Secrétariat de la CNUDCI et l'Association internationale du barreau ont étudié ces conditions et, dans son Rapport de 2008, la CNUDCI a déterminé qu'il existait "des solutions divergentes, s'agissant des nombreuses règles de procédure différentes qui régissaient la reconnaissance et l'exécution des sentences en vertu de la Convention" (Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, A/63/17, para. 355, p. 76). La CNUDCI a demandé au Secrétariat de travailler à l'élaboration d'un guide pour l'incorporation de la Convention de New York, afin de promouvoir une interprétation et une application uniformes. Ce guide pourrait introduire des règles uniformes concernant la procédure d'exécution.

L'initiative de l'ICCA pour la création d'un *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'attention des juges* est un complément et un partenaire utile au Yearbook de l'ICCA.

PREFACE

Le guide décrit de manière concise, claire et simple les questions auxquelles répondre et les étapes à suivre par les tribunaux lors de l'application de la Convention de New York, soulignant l'approche favorable à l'exécution de la Convention. Je m'attends à ce que le Guide soit un instrument efficace afin de promouvoir la devise que j'ai répétée à de nombreuses occasions: *vivat, floreat et crescat la Convention de New York de 1958.*

Pieter Sanders
Schiedam, avril 2011

INTRODUCTION

Neil Kaplan

L'idée du présent Guide de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, connue sous le nom de Convention de New York, est essentiellement née au début des années 1990, durant les cinq ans pendant lesquels j'étais le juge unique chargé de la Liste d'arbitrage et de construction de la Haute Cour de Hong Kong.

Avant de devenir juge, j'ai été confronté à l'arbitrage et à la Convention de New York en tant qu'avocat. La Convention étant appliquée dans 145 Etats et l'utilisation de l'arbitrage international ayant rapidement augmenté ces 25 dernières années, j'ai pensé aux juges du monde entier qui pourraient être peu familiarisés avec la Convention et son interprétation actuelle.

J'ai été heureux de découvrir que mes préoccupations étaient partagées par certains de mes collègues au sein du Conseil International pour l'Arbitrage Commercial (International Council for Commercial Arbitration - ICCA) et ravi lorsqu'ils ont accepté de contribuer à la rédaction du Guide. La Professeure Gabrielle Kaufmann-Kohler est à la fois une éminente académicienne, directrice du Département de Droit international privé de l'Université de Genève et une arbitre internationale très active, spécialisée en particulier dans les différends en matière d'investissement. Elle est associée au sein du cabinet d'avocats Levy Kaufmann-Kohler à Genève. Le Professeur Guido Tawil est directeur du Département de Droit administratif de la Faculté de Droit de l'Université de Buenos Aires et il est associé principal au sein du cabinet d'avocats M & M Bomchil à Buenos Aires. Il est lui aussi un arbitre expérimenté. Kim Rooney était associée chez White & Case en Asie, au sein de leur cabinet

de Hong Kong et elle exerce au barreau de Hong Kong. Marike Paulsson est co-auteure, avec le Professeur Albert Jan van den Berg, de la seconde édition de l'ouvrage de référence de ce dernier sur la Convention de New York (*The New York Arbitration Convention of 1958* (Kluwer, 1981)). Elle est conseil au sein du cabinet d'avocats Hanotiau & van den Berg à Bruxelles. L'équipe de rédaction, composée de Judy Freedberg, Silvia Borelli et Alice Siegel, toutes actuellement ou précédemment responsables des publications de l'ICCA, nous a grandement assistés et guidés.

Le présent Guide a pour but de donner un aperçu de la Convention et de fournir aux juges statuant sur des demandes fondées sur la Convention des indications concernant le champ, l'interprétation et l'application de celle-ci. Son objectif est d'être un Guide concis, rédigé dans un langage simple, afin de servir de plan pour une étude plus approfondie, si besoin. Le Guide vise à fournir des réponses aux questions spécifiques qui pourraient se poser à tout stade de l'application de la Convention, plutôt qu'être un ouvrage de référence détaillé. Ce Guide s'adresse aux juges, qui font partie intégrante du bon fonctionnement de la Convention.

Nous espérons que ce Guide ne sera pas utile qu'aux juges, mais également aux étudiants, enseignants et praticiens. Nous avons cherché à éviter, autant que possible, le discours théorique, mais cela n'a pas toujours été faisable. Plusieurs des jurisprudences ayant fait l'objet de nombreuses discussions, de controverses et ayant suscité un grand intérêt au sein du milieu académique n'ont pas d'intérêt dans le cadre d'une application normale de la Convention. Nous avons fait référence à certaines jurisprudences afin d'illustrer un point particulier, mais nous avons essayé de les réduire aux principes fondamentaux.

Nous avons limité notre examen aux éléments essentiels de la Convention de New York. L'ouvrage du Professeur van den Berg de 1981, et sa seconde édition, dont la publication est prévue pour 2012,

contiennent des informations détaillées sur la Convention. Les extraits des décisions judiciaires prises en application de la Convention, les commentaires de ces décisions, publiés chaque année depuis 1976 dans le *Yearbook Commercial Arbitration* de l'ICCA, et les chapitres consacrés à l'application de la Convention de New York dans l'*International Handbook on Commercial Arbitration* de l'ICCA constituent une source additionnelle d'information sur la Convention de New York.

La Convention repose sur une approche favorable à l'exécution. Elle facilite et garantit la reconnaissance des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales et, ce faisant, assiste le commerce international. Elle fournit un moyen de sécurité commerciale supplémentaire pour les parties qui effectuent des transactions internationales.

Le succès de l'arbitrage commercial international moderne repose sur deux piliers: la Convention de New York et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 (amendée en 2006) (dont les textes intégraux sont reproduits aux **Annexes I et II**). La Loi type sert de base, en tant que loi d'arbitrage prête à l'emploi, pour les Etats qui n'en disposent pas ou qui souhaitent remplacer une loi d'arbitrage obsolète. D'autres Etats ont adopté une nouvelle loi, qui ne reprend pas exactement la Loi type mais est essentiellement basée sur celle-ci.

Ce qui précède a énormément contribué à l'harmonisation du droit de l'arbitrage international, qui, à son tour, permet d'obtenir la prévisibilité et la sécurité – qualités très recherchées par la communauté internationale des affaires.

Cependant, le développement final de l'Etat de droit, l'augmentation de l'arbitrage international pour résoudre les différends internationaux, de la reconnaissance et de l'exécution des sentences dépendent des tribunaux étatiques.

Nous espérons dès lors que ce Guide jouera également un petit rôle en aidant les juges du monde entier à participer au processus

d'harmonisation continu et à utiliser la Convention de New York dans le respect de son esprit et de sa lettre.

Le présent Guide exposera tout d'abord le but de la Convention en tant qu'instrument de droit international, ainsi que son application aux conventions d'arbitrage et à la reconnaissance et l'exécution de certaines sentences arbitrales (Chapitre I). Nous aborderons également le champ d'application de la Convention de New York ainsi que la nature des conventions d'arbitrage et des sentences arbitrales auxquelles la Convention s'applique. Nous expliquerons dans quelle mesure un Etat peut limiter le champ d'application de la Convention en choisissant de formuler des réserves de réciprocité ou de nature commerciale. Nous aborderons la relation entre la Convention de New York, la loi nationale et les autres régimes de reconnaissance et d'exécution, ainsi que la nature des normes juridiques imposées par la Convention à ses membres. Nous présenterons l'obligation internationale qu'a un Etat membre d'appliquer la Convention, et les conséquences possibles de la non-application de celle-ci (Chapitre I).

Le Guide exposera ensuite les principes de la Convention liés à l'examen d'une demande de reconnaissance d'une convention d'arbitrage (Chapitre II) et de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale (Chapitre III).

La majorité des affaires traitées par les tribunaux concernent des questions liées à la convention d'arbitrage, plutôt que des demandes d'exécution des sentences. Les questions liées à la reconnaissance d'une convention d'arbitrage peuvent être portées devant les tribunaux de manière indirecte, à l'inverse des demandes d'exécution d'une sentence. Une partie peut, par exemple, demander aux tribunaux étatiques de nommer un arbitre lorsque le mécanisme de nomination prévu a échoué ou est inexistant. En examinant sa compétence pour nommer un arbitre, le tribunal peut avoir à se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage, laquelle est, bien sûr, une condition préalable à la

nomination d'un arbitre. Il se peut également que cette question survienne lorsque le tribunal octroie des mesures provisoires à l'appui de l'arbitrage.

Les juges doivent être attentifs à ces problèmes potentiels et nous espérons que ce Guide les sensibilisera à ceux-ci. Dans certains Etats, les praticiens pourront être très au fait des problèmes susceptibles de survenir en arbitrage international mais, dans les Etats ayant un nombre limité de ces praticiens, les juges auront une charge plus importante pour repérer et mettre l'accent sur les questions importantes soulevées par la Convention. Nous espérons que ce Guide facilitera ce processus.

L'ICCA est ravie que le Professeur Pieter Sanders ait accepté de rédiger la Préface en tant que directeur honoraire du présent Guide. Le Professeur Sanders est non seulement une personnalité de premier plan dans le domaine de l'arbitrage commercial international depuis de nombreuses années mais, à l'aube de ses cent ans, il est l'unique membre survivant du Comité de rédaction de la Convention de New York. La publication du présent Guide sous sa direction était dès lors particulièrement appropriée.

Quelques mots concernant l'ICCA

L'ICCA a été créée en mai 1961 par un petit groupe d'experts et amis dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Elle est une organisation mondiale non gouvernementale, qui vise à promouvoir et à développer l'arbitrage, la conciliation et d'autres modes de règlement des différends internationaux. Ses membres viennent de nombreux Etats et sont tous fortement impliqués dans l'arbitrage international, en tant que conseils, arbitres, professeurs ou membres du pouvoir judiciaire.

Tous les deux ans, l'ICCA organise un congrès ou une conférence, qui figurent parmi les évènements majeurs du calendrier de l'arbitrage

INTRODUCTION

international. Le dernier congrès s'est tenu à Rio de Janeiro en mai 2010 et a attiré plus de 900 participants du monde entier. Le prochain congrès de l'ICCA se tiendra à Singapour en 2012.

L'ICCA n'est pas une institution d'arbitrage; elle n'administre pas les arbitrages et n'agit pas en tant qu'autorité de nomination. L'ICCA est probablement principalement connue pour ses publications. Depuis 1976, plus de 1600 décisions de tribunaux prises en application de la Convention de New York dans plus de 60 Etats ont fait l'objet de comptes-rendus dans le *Yearbook Commercial Arbitration*. L'*International Handbook on Commercial Arbitration*, continuellement mis à jour, rend compte de la loi et de la pratique de l'arbitrage dans plus de 70 Etats. L'*ICCA Congress Series* publie les présentations effectuées lors des événements de l'ICCA.

Toutes les publications de l'ICCA sont également disponibles en ligne sur le site <www.kluwerarbitration.com> (abonnement requis). De plus amples informations concernant l'ICCA et ses publications sont disponibles sur le site internet gratuit de l'ICCA à l'adresse suivante: <www.arbitration-icca.org>. Le site internet de l'ICCA fournit également des outils de recherche pour la sélection des décisions judiciaires sur la base d'une liste par sujets.

TABLE DES MATIERES CONSOLIDEE

PREFACE, Professeur Pieter Sanders, Directeur honoraire	vii
INTRODUCTION, Neil Kaplan	xi
TABLE DES MATIERES CONSOLIDEE	xvii
AIDE-MEMOIRE	1
PRESENTATION GENERALE	7
CHAPITRE I	
LA CONVENTION DE NEW YORK EN TANT QU'INSTRUMENT DE DROIT INTERNATIONAL	11
I. INTERPRETATION	12
I.1. L'interprétation des traités: la Convention de Vienne	
I.2. L'interprétation en faveur de la reconnaissance et de l'exécution: une approche favorable à l'exécution	
II. CHAMP D'APPLICATION MATERIEL	16
II.1. La sentence arbitrale	
II.1.1. L'interprétation autonome	
II.1.2. L'approche des conflits de lois	
II.2. La convention d'arbitrage	
III. CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL	21
III.1. Les sentences arbitrales	
III.1.1. Les sentences rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées	
III.1.2. Les sentences non nationales	
III.2. Les conventions d'arbitrage	
IV. RESERVES	26
IV.1. Réciprocité (<i>article I(3), première phrase</i>)	

TABLE DES MATIERES CONSOLIDEE

IV.2.	Nature commerciale (<i>article I(3), deuxième phrase</i>)	
V.	RELATIONS AVEC LE DROIT NATIONAL ET LES AUTRES TRAITÉS (ARTICLE VII)	27
V.1.	Le droit le plus favorable	
V.2.	La Convention de New York et les autres traités internationaux	
V.3.	La Convention de New York et la loi nationale	
VI.	CONSEQUENCES DE LA NON-APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK	31
VI.1.	La violation de la Convention de New York	
VI.2.	La violation d'un traité d'investissement	
VI.3.	La sentence n'est pas affectée	
CHAPITRE II		
LA DEMANDE DE RECONNAISSANCE D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE		35
I.	INTRODUCTION	38
II.	CARACTERISTIQUES DE BASE DU REGIME DE LA CONVENTION DE NEW YORK CONCERNANT LES CONVENTIONS D'ARBITRAGE	39
II.1.	Les conventions d'arbitrage sont présumées valables	
II.2.	Les parties à une convention d'arbitrage valable doivent être renvoyées à l'arbitrage	
II.3.	Comment "renvoyer" les parties à l'arbitrage	
II.4.	Pas de renvoi d'office	
III.	PRINCIPES GENERALEMENT RECONNUS	41
III.1.	Les arbitres sont compétents pour statuer sur leur propre compétence	
III.2.	Pouvoir d'examen du juge quant aux exceptions à la compétence du tribunal arbitral	

TABLE DES MATIERES CONSOLIDEE

III.3.	Les conventions d'arbitrage ne sont en principe pas affectées par la nullité du contrat principal	
III.4.	Délai pour demander le renvoi à l'arbitrage dans la procédure judiciaire	
III.5.	Le commencement de la procédure d'arbitrage n'est pas une condition du renvoi à l'arbitrage	
IV.	PLAN D'APPLICATION DE L'ARTICLE II	44
IV.1.	La convention d'arbitrage entre-t-elle dans le champ d'application de la Convention?	
IV.2.	La convention d'arbitrage revêt-elle la forme écrite?	
IV.2.1.	Contexte théorique	
IV.2.2.	Pratique	
(i)	Clause compromissoire contenue dans un document auquel le contrat principal renvoie (<i>"incorporation par renvoi"</i>)	
(ii)	Clause compromissoire contenue dans un document contractuel non signé mais ultérieurement exécuté par toutes les parties conformément à ses termes <ul style="list-style-type: none">• Une offre contractuelle est envoyée avec une clause compromissoire et confirmée mais la confirmation contient des réserves générales ou des conditions suspensives• Une offre contractuelle contenant une clause compromissoire est envoyée par une partie à l'autre partie, qui ne répond pas à l'offre mais exécute néanmoins le contrat	
(iii)	Convention d'arbitrage contenue dans un échange de communications électroniques	
IV.3.	Une convention d'arbitrage a-t-elle été conclue et est-elle valable au fond?	

TABLE DES MATIERES CONSOLIDEE

- IV.3.1. Contexte théorique
- IV.3.2. Pratique
 - (i) “*Caduque*”
 - (ii) “*Inopérante*”
 - (iii) “*Non susceptible d'être appliquée*”
 - Lorsque le renvoi à l'arbitrage est optionnel
 - Lorsque le contrat prévoit le recours à l'arbitrage et aux tribunaux étatiques
 - Lorsque le règlement d'arbitrage ou l'institution d'arbitrage sont désignés de manière inexacte
 - Lorsque la convention d'arbitrage ne prévoit aucune indication sur la manière de nommer les arbitres (“*clauses en blanc*”)
- IV.4. Existe-t-il un différend, s'élève-t-il au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, et les parties ont-elle prévu de soumettre ce différend à l'arbitrage?
 - IV.4.1. Contexte théorique
 - IV.4.2. Pratique
 - (i) Faut-il interpréter le libellé de la convention d'arbitrage dans un sens large?
 - (ii) Que faire lorsque la convention d'arbitrage contient des exceptions quant à son champ d'application?
- IV.5. La convention d'arbitrage lie-t-elle les parties au litige soumis au tribunal?
 - IV.5.1. Contexte théorique
 - (i) Les conventions d'arbitrage lient uniquement les parties
 - (ii) Les non-signataires peuvent également être parties à la convention d'arbitrage

TABLE DES MATIERES CONSOLIDEE

(iii) Comment déterminer le champ d'application personnel de la convention d'arbitrage	
(iv) Le droit applicable à la détermination du champ d'application personnel de la convention d'arbitrage	
IV.5.2. Pratique	
(i) Quand le défendeur a-t-il un droit d'être renvoyé à l'arbitrage?	
(ii) Que faire lorsque le tribunal constate que le défendeur n'est pas lié par la convention d'arbitrage?	
IV.6. Le litige en question est-il arbitrable?	
IV.6.1. Une question " <i>susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage</i> " est " <i>arbitrable</i> "	
IV.6.2. Le droit applicable à la détermination de l'arbitrabilité du litige	
IV.6.3. Les conventions d'arbitrage international devraient faire l'objet de normes uniformes d'arbitrabilité	
V. RESUME	69

CHAPITRE III

LA DEMANDE DE RECONNAISSANCE ET D'EXECUTION D'UNE SENTENCE ARBITRALE	71
I. INTRODUCTION	73
II. PHASE I - LES CONDITIONS A REMPLIR PAR LA PARTIE DEMANDERESSE (ARTICLE IV)	76
II.1. Quels documents ?	
II.2. Une sentence arbitrale authentifiée ou une copie certifiée conforme (<i>article IV(1)(a)</i>)	
II.2.1. L'authentification	
II.2.2. La certification	
II.3. Une convention d'arbitrage originale ou une copie certifiée conforme (<i>article IV(1)(b)</i>)	

TABLE DES MATIERES CONSOLIDEE

II.4.	En même temps que la demande	
II.5.	Les traductions	
III.	PHASE II - LES MOTIFS DE REFUS (ARTICLE V) - GENERALITES	83
III.1.	Pas de révision au fond	
III.2.	La charge de la preuve incombe à la partie défenderesse	
III.3.	Une liste exhaustive des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution	
III.4.	Interprétation restrictive des motifs de refus	
III.5.	Le pouvoir discrétionnaire limité d'autoriser l'exécution en présence d'un motif de refus	
IV.	LES MOTIFS DE REFUS DEVANT ETRE PROUVEES PAR LA PARTIE DEFENDERESSE (ARTICLE V(1))	90
IV.1.	Premier motif de refus: l'incapacité d'une des parties et l'invalidité de la convention d'arbitrage (<i>article V(1)(a)</i>)	
IV.1.1.	L'incapacité d'une partie	
IV.1.2.	L'invalidité de la convention d'arbitrage	
IV.2.	Deuxième motif de refus: le défaut d'information et la violation des droits de la défense; le droit à un procès équitable (<i>article V(1)(b)</i>)	
IV.2.1.	Le droit à un procès équitable	
IV.2.2.	Le défaut d'information	
IV.2.3.	La violation des droits de la défense: l'impossibilité de faire valoir ses moyens	
IV.3.	Troisième motif de refus: la sentence porte sur un différend non visé par la convention d'arbitrage ou contenant des décisions qui dépassent ses termes (<i>article V(1)(c)</i>)	
IV.4.	Quatrième motif de refus: les irrégularités dans la constitution du tribunal arbitral ou dans la procédure d'arbitrage (<i>article V(1)(d)</i>)	
IV.4.1.	La constitution du tribunal arbitral	

TABLE DES MATIERES CONSOLIDEE

IV.4.2. La procédure d'arbitrage	
IV.5. Cinquième motif de refus: la sentence n'est pas encore obligatoire, a été annulée ou suspendue (<i>article V(1)(e)</i>)	
IV.5.1. La sentence n'est pas encore obligatoire	
IV.5.2. La sentence a été annulée ou suspendue	
(i) La sentence a été annulée	
(ii) Les conséquences de l'annulation	
(iii) La sentence a été "suspendue"	
V. LES MOTIFS DE REFUS POUVANT ETRE SOULEVES D'OFFICE PAR LES TRIBUNAUX (ARTICLE V(2))	112
V.1. Sixième motif de refus: l'objet du différend n'est pas arbitrable (<i>article V(2)(a)</i>)	
V.2. Septième motif de refus: la contrariété à l'ordre public (<i>article V(2)(b)</i>)	
V.2.1. Exemples de reconnaissance et d'exécution	
V.2.2. Exemples de refus de reconnaissance et d'exécution	
VI. CONCLUSION	121
 ANNEXES	123
Annexe I – Convention de New York de 1958	123
Annexe II – Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international	133
Annexe III – Recommandation de la CNUDCI de 2006	163
Annexe IV – Sources en ligne	166

AIDE-MÉMOIRE A L'ATTENTION DES JUGES TRAVAILLANT AVEC LA CONVENTION DE NEW YORK

Le présent aide-mémoire établit les questions auxquelles répondre et les étapes à suivre par les tribunaux lors de l'application de la Convention de New York. Cet aide-mémoire n'est pas exhaustif et il est destiné à être utilisé avec le texte du Guide.

I. Application de la Convention

De quoi traite la Convention?

- La reconnaissance et l'exécution des conventions d'arbitrage (articles I et II)
- La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales (articles I, III-VII)

Comment les tribunaux doivent-ils interpréter la Convention?

- Articles 31 et 32 de la Convention de Vienne
- Interprétation favorable à la reconnaissance et à l'exécution
- L'article VII permet l'application de traités ou de lois nationales plus favorables
- La non-application de la Convention engage la responsabilité internationale de l'Etat

II. Demande de reconnaissance et d'exécution d'une convention d'arbitrage (articles I et II)

La Convention de New York est-elle applicable à la demande?

- L'Etat du for est-il partie à la Convention de New York? (article I)
 - Date d'entrée en vigueur?
 - Réserve de réciprocité?
 - Réserve commerciale?
- L'Etat du for a-t-il une loi d'application et a-t-elle une incidence sur l'application de la Convention?
- La Convention est-elle applicable à des mesures connexes à l'arbitrage?
 - Exemples:*
 - Nomination d'un arbitre?
 - Demande de mesures conservatoires?

La convention d'arbitrage entre-t-elle dans le champ d'application matériel de la Convention? (article II)

- La convention d'arbitrage revêt-elle la forme écrite? (article II(2))
 - Exemples:*
 - La convention d'arbitrage a-t-elle été incorporée par renvoi?
 - La convention d'arbitrage a-t-elle été acceptée tacitement?
- Une convention d'arbitrage a-t-elle été conclue et est-elle valable au fond (article II(3))
 - Caduque?
 - Inopérante?
 - Non susceptible d'être appliquée?
- Existe-t-il un différend?
- Le différend s'élève-t-il au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel? (article II(1))
- Les parties ont-elles prévu de soumettre ce différend à l'arbitrage?
- La convention d'arbitrage lie-t-elle les parties au litige soumis au tribunal?
- Le litige est-il arbitrable?

La convention d'arbitrage entre-t-elle dans le champ d'application territorial de la Convention de New York? (article I par analogie)

- Le siège du tribunal arbitral est-il situé dans un Etat étranger?
- La future sentence sera-t-elle considérée comme une sentence non-nationaliste dans l'Etat du for?
- Existe-t-il un élément d'internationalité?

Les conditions de procédure sont-elles remplies?

Exemples:

- Une partie a-t-elle demandé le renvoi à l'arbitrage (pas de renvoi d'office)?
- Le mécanisme en question peut-il être qualifié d'arbitrage?
- La partie requérante a-t-elle respecté les étapes préalables?

Exemples:

- Délai de réflexion?
- Médiation/conciliation?
- La partie requérante a-t-elle renoncé à son droit à l'arbitrage?
- Existe-t-il une décision d'un autre tribunal sur la même question ayant autorité de chose jugée?

Quel est le droit applicable?

Exemples:

- Formation et validité matérielle de la convention d'arbitrage?
- Capacité d'une partie?
- Non-signataires de la convention d'arbitrage?
- Arbitrabilité?

Des questions devraient-elles être tranchées par un tribunal arbitral plutôt qu'un tribunal étatique?

Le tribunal peut-il se fonder sur l'article VII, qui permet l'application d'une règle plus favorable contenue dans la loi nationale ou dans un traité?

Si toutes ces conditions sont remplies, le tribunal *doit* renvoyer les parties à l'arbitrage.

III. Demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale (articles I, III-VII)

L'Etat du for est-il partie à la Convention de New York? (article I)

- Date d'entrée en vigueur?

L'Etat du for a-t-il une loi d'application et cette loi a-t-elle une incidence sur l'application de la Convention?

La Convention s'applique-t-elle à la sentence?

- La sentence a-t-elle été rendue sur le territoire d'un autre Etat?
- La sentence est-elle considérée comme non-nationale dans l'Etat du tribunal saisi?
- La sentence est-elle issue d'un différend entre personnes physiques ou morales?
- Si l'Etat du for a émis une réserve de réciprocité, l'Etat dans lequel la sentence a été rendue est-il un Etat contractant?
- Si l'Etat du for a émis une réserve commerciale, le sujet est-il "commercial"?
- Le mécanisme de résolution du différend était-il un arbitrage?
- La décision est-elle une sentence?

Des traités ou lois nationales plus favorables sont-ils applicables? (article VII)

Les exigences de procédure non réglées par la Convention ont-elles été respectées?

Exemples:

- Délai pour introduire la demande?
- Autorité compétente?
- Forme de la demande?
- Déroulement de la procédure?
- Recours possibles contre une décision octroyant ou refusant l'exécution?

- Possibilité de faire valoir la compensation ou d'introduire une demande reconventionnelle?

La demanderesse a-t-elle produit les documents requis?

- Sentence originale dûment authentifiée ou copie certifiée conforme?
- Convention d'arbitrage originale ou copie certifiée conforme?
- Une traduction est-elle requise?
- Les documents ont-ils été soumis dans le délai prescrit?
- D'autres documents sont-ils requis (non)?

Comment appliquer les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution?

- Pas de révision au fond
- La défenderesse supporte la charge de la preuve
- La liste des motifs de refus d'exécution contenue dans la Convention est exhaustive
- Les motifs de refus doivent être interprétés restrictivement

Quel est le droit applicable?

Exemples:

- Authentification?
- Certification?
- Incapacité d'une partie?
- Validité de la convention d'arbitrage?
- Composition du tribunal arbitral?
- Procédure arbitrale?
- La sentence n'est pas encore obligatoire?
- La sentence a été suspendue?
- Le sujet n'est pas arbitrable?
- Violation de l'ordre public?

Un des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution a-t-il été prouvé?

- Incapacité d'une partie et invalidité de la convention d'arbitrage?
- Défaut d'information ou violation des droits de la défense?
- Sentence portant sur un litige non visé par la convention d'arbitrage ou contenant des décisions qui dépassent ses termes?

AIDE-MÉMOIRE À L'ATTENTION DES JUGES

- Irrégularités dans la composition du tribunal arbitral ou dans la procédure d'arbitrage?
- Sentence pas encore obligatoire, annulée ou suspendue?

Le tribunal estime-t-il qu'il existe des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution qu'il peut soulever d'office?

- Le sujet n'est pas arbitrable?
- Contraire à l'ordre public?

Application de l'ordre public international?

Une partie a-t-elle renoncé à un motif de refus de reconnaissance et d'exécution?

Quelle est l'étendue du pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accorder l'exécution de la sentence?

La procédure de reconnaissance et d'exécution doit-elle être suspendue pendant la procédure d'annulation? (article VI)

Si aucun motif de refus ou de suspension de la reconnaissance et de l'exécution n'est établi, le tribunal *doit* accorder l'exécution de la sentence.

PRESENTATION GENERALE

Les juges auxquels l'on demande d'appliquer la Convention de New York de 1958 sont confrontés à deux sortes de défis. Tout d'abord, les difficultés qui apparaissent habituellement en matière de traités internationaux de la perspective des juges nationaux. Ensuite, la Convention de New York est une convention internationale qui teste l'objectivité du juge national d'une manière particulière, étant donné qu'elle est fréquemment invoquée par une personne étrangère à l'encontre d'un ressortissant national. (C'est en particulier le cas lors de l'exécution de sentences arbitrales étrangères, qui sont généralement portées devant le tribunal de l'Etat d'origine de la partie qui a succombé, étant donné que ses actifs y sont situés.)

Cette observation est d'une grande importance. La Convention est la pierre angulaire de l'arbitrage commercial international, qui est lui-même crucial pour la fiabilité des transactions commerciales internationales. La Convention prévoit un mécanisme qui dépend de la coopération des tribunaux étatiques. La confiance réciproque en est l'élément fondamental. Si certains tribunaux font preuve de partialité en faveur de leurs propres ressortissants, cette réciprocité est affaiblie, étant donné que d'autres tribunaux pourraient être tentés de suivre ce mauvais exemple.

Le but de ce Guide est de fournir des explications simples concernant les objectifs de la Convention et la manière d'interpréter son texte en conformité avec les meilleures pratiques internationales développées durant les cinquante premières années de son existence.

Nous commençons avec la question la plus évidente:

EN QUOI CONSISTE LA CONVENTION DE NEW YORK ?

La Convention de New York a deux objets:

- la reconnaissance et l'exécution des conventions d'arbitrage (voir la section I ci-dessous; voir également le Chapitre II);
- la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (voir la section II ci-dessous; voir également le Chapitre III).

I. LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES CONVENTIONS D'ARBITRAGE

L'arbitrage est une procédure consensuelle. Elle peut uniquement se dérouler si les parties ont accepté de soumettre leur différend à l'arbitrage. L'accord visant à soumettre les différends à l'arbitrage est appelé "convention d'arbitrage".

Une convention d'arbitrage a un effet juridique positif et négatif:

- elle oblige les parties à soumettre leurs différends à l'arbitrage et confère à un tribunal arbitral le pouvoir de trancher les litiges couverts par la convention d'arbitrage (**effet positif**). Si un différend tombant dans le champ d'application de la convention d'arbitrage survient, chaque partie à la faculté de le soumettre à un tribunal arbitral;
- elle empêche les parties de chercher la résolution de leurs différends devant les tribunaux étatiques (**effet négatif**). En concluant une convention d'arbitrage, les parties renoncent à la faculté de saisir les juridictions étatiques. Une partie ayant conclu une convention

d'arbitrage ne peut pas agir au mépris de celle-ci et saisir un tribunal étatique.

La Convention de New York oblige les Etats contractants à reconnaître et à exécuter ces effets. Les conditions auxquelles un tribunal doit se conformer à ces obligations sont discutées au Chapitre II de ce Guide.

II. LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES

L'arbitrage prend fin avec la sentence finale rendue par les arbitres. Durant l'arbitrage, les arbitres peuvent également rendre des sentences partielles, comme par exemple une sentence sur la compétence ou sur la responsabilité. Ces sentences sont toutes couvertes par la Convention de New York (voir le Chapitre I).

La plupart des systèmes juridiques donnent aux sentences arbitrales des effets identiques ou similaires à ceux des jugements étatiques, notamment celui de l'autorité de la chose jugée. Comme pour les jugements, l'effet définitif et obligatoire d'une sentence est en principe limité au territoire de l'Etat dans lequel la sentence a été rendue. La Convention de New York prévoit la reconnaissance et l'exécution *en dehors* de ce territoire.

La **reconnaissance** des sentences arbitrales est la procédure par laquelle les sentences arbitrales intègrent un système juridique national. La reconnaissance est le plus souvent demandée dans le cadre d'une autre procédure. Une partie demandera par exemple la reconnaissance d'une sentence arbitrale afin de soulever l'exception d'autorité de la chose jugée et, en conséquence, faire obstacle à une nouvelle procédure judiciaire devant les tribunaux sur des questions qui ont déjà été tranchées dans un arbitrage à l'étranger, ou une partie fera valoir la

compensation dans la procédure judiciaire sur le fondement d'une sentence arbitrale étrangère. Etant donné que la reconnaissance agit souvent comme un mécanisme de défense, elle est fréquemment décrite comme étant un bouclier.

A l'inverse, l'**exécution** est une épée. Les parties ayant obtenu gain de cause chercheront à obtenir ce que les arbitres leur ont alloué. Il est vrai que la plupart des sentences sont exécutées volontairement. Cependant, lorsque la partie qui succombe ne s'exécute pas, la partie ayant obtenu gain de cause peut solliciter l'assistance d'un tribunal afin d'imposer le respect de la sentence. La Convention de New York permet aux parties de requérir une telle assistance.

En d'autres termes, la reconnaissance et l'exécution permettent de donner effet à la sentence dans un Etat autre que celui dans lequel la sentence a été rendue (voir le Chapitre I). Lorsqu'un tribunal a déclaré une sentence exécutoire au sein de l'Etat dans lequel cette sentence a été rendue, la partie ayant obtenu gain de cause peut recourir aux voies d'exécution forcée disponibles conformément au droit national de cet Etat.

CHAPITRE I

LA CONVENTION DE NEW YORK EN TANT QU'INSTRUMENT DE DROIT INTERNATIONAL

TABLE DES MATIERES

I. INTERPRETATION

- I.1. L'interprétation des traités: la Convention de Vienne
- I.2. L'interprétation en faveur de la reconnaissance et de l'exécution: une approche favorable à l'exécution

II. CHAMP D'APPLICATION MATERIEL

- II.1. La sentence arbitrale
- II.1.1. L'interprétation autonome
- II.1.2. L'approche des conflits de lois
- II.2. La convention d'arbitrage

III. CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

- III.1. Les sentences arbitrales
- III.1.1. Les sentences rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées
- III.1.2. Les sentences non nationales
- III.2. Les conventions d'arbitrage

IV. RESERVES

- IV.1. Réciprocité (*article I(3), première phrase*)
- IV.2. Nature commerciale (*article I(3), deuxième phrase*)

V. RELATIONS AVEC LE DROIT NATIONAL ET LES AUTRES TRAITÉS (ARTICLE VII)

- V.1. Le droit le plus favorable
- V.2. La Convention de New York et les autres traités internationaux
- V.3. La Convention de New York et la loi nationale

VI. CONSEQUENCES DE LA NON-APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK

- VI.1. La violation de la Convention de New York

- VI.2. La violation d'un traité d'investissement
- VI.3. La sentence n'est pas affectée

I. INTERPRETATION

La Convention de New York est un traité international. A ce titre, elle fait partie du droit international public. Par conséquent, les tribunaux appelés à appliquer la Convention doivent interpréter celle-ci conformément aux règles d'interprétation du droit international, codifiées dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.¹

-
- 1. Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331. L'article 31 dispose:

“Règle générale d'interprétation

- 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
- 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:
 - (a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
 - (b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
- 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:
 - (a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
 - (b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
 - (c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
- 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était

Les articles 31 et 32 doivent être appliqués dans l'ordre: si le sens d'une disposition ne peut être déterminé au moyen de la règle générale énoncée à l'article 31, il convient d'examiner les règles additionnelles énoncées à l'article 32. Les règles nationales d'interprétation ne sont pas applicables. Conformément au droit international, les tribunaux devraient interpréter la Convention de New York de manière autonome (voir la section I.1 du présent Chapitre) et en faveur de la reconnaissance et de l'exécution (voir la section I.2 du présent Chapitre).

I.1. L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS: LA CONVENTION DE VIENNE

En principe, les termes utilisés dans la Convention de New York ont une signification autonome (article 31 de la Convention de Vienne). Si le texte de la Convention de New York est ambigu, il convient de se référer au contexte, au but et aux travaux préparatoires de celle-ci (articles 31 et 32 de la Convention de Vienne).² Les termes doivent être compris en prenant en considération le contexte et le but de la Convention. C'est la raison pour laquelle les tribunaux ne devraient pas interpréter les termes

l'intention des parties."

L'article 32 dispose:

"Moyens complémentaires d'interprétation"

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

- (a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- (b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable."

2. La Convention a été établie en cinq langues officielles: le chinois, l'anglais, le français, le russe et l'espagnol.

de la Convention de New York en se référant au droit national. Les termes de la Convention devraient avoir le même sens où qu'elle soit appliquée dans le monde. Ceci permet d'assurer l'application uniforme de la Convention dans tous les Etats contractants.

Dans les pays qui ont intégré la Convention de New York dans leur système juridique par le biais d'une loi d'application, il est important de continuer à tenir compte des termes de la Convention. Dans certains cas, ces pays modifient les termes de la Convention.³ Il arrive malheureusement parfois que la jurisprudence diverge quant à l'application de la Convention et, en conséquence, cette jurisprudence ne constitue pas toujours un guide utile. Dans ce cas, les tribunaux devraient toujours interpréter la Convention de New York dans un sens favorable à l'exécution. Les tribunaux peuvent également se fonder sur des ouvrages de doctrine tels que le commentaire de la Convention de New York du Professeur Albert Jan van den Berg.⁴

I.2. L'INTERPRÉTATION EN FAVEUR DE LA RECONNAISSANCE ET DE L'EXÉCUTION: UNE APPROCHE FAVORABLE À L'EXÉCUTION

Comme indiqué ci-dessus, les traités doivent être interprétés à la lumière de leur objet et de leur but. Le but de la Convention de New York est de

-
3. Voir le Rapport sur l'enquête relative à l'application dans la législation de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Note du Secrétariat de la CNUDCI, A/CN.9/656 et A/CN.9/656/Add.1, 6 juin 2008.
 4. Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Kluwer, 1981); voir également le Commentaire consolidé de la Convention de New York de 1958 du Professeur van den Berg dans le volume XXVIII (2003) du Yearbook Commercial Arbitration, couvrant les volumes XXII (1997) à XXVII (2002) et le Commentaire consolidé de la Convention de New York de 1958 du Professeur van den Berg dans le volume XXI (1996) du Yearbook Commercial Arbitration, couvrant les volumes XX (1995) et XXI (1996).

promouvoir le commerce international et le règlement des différends internationaux par l'arbitrage. La Convention vise à faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ainsi que la reconnaissance des conventions d'arbitrage. Par conséquent, lorsqu'ils interprètent la Convention, les tribunaux devraient adopter une approche favorable à l'exécution.

En présence de plusieurs interprétations possibles, les tribunaux devraient choisir le sens qui favorise la reconnaissance et l'exécution (et adopter ce que l'on pourrait appeler une **approche favorable à l'exécution**). Cela implique en particulier que les motifs de refus d'exécution prévus à l'article V soient interprétés de manière restrictive (voir la section III.4 du Chapitre III).⁵

Dans le prolongement de l'approche favorable à l'exécution, qui représente un élément clé de l'interprétation de la Convention de New York, il convient d'appliquer le **principe d'efficacité maximale**: si plusieurs traités sont applicables, les tribunaux devraient appliquer le traité en vertu duquel la sentence peut être exécutée. Ceci découle de l'article VII (voir la section V.2 du présent Chapitre).

Dans une affaire soumise à la Cour suprême d'Espagne,⁶ deux traités étaient potentiellement applicables afin de déterminer si une sentence pouvait être exécutée: un traité bilatéral conclu entre la France et l'Espagne et la Convention de New York. La Cour a estimé que parmi les deux principes pertinents pour déterminer lequel du traité bilatéral ou de la Convention étaient applicables, l'un était:

-
5. Un tribunal saisi d'une demande d'exécution d'une sentence sur la base de la Convention n'a pas le pouvoir de revoir la décision du tribunal arbitral au fond et de la remplacer par sa propre décision, même s'il estime que les arbitres ont établi les faits de manière inexacte ou qu'ils ont mal appliqué le droit. L'exécution ne constitue pas un appel de la sentence arbitrale (voir la Section III.1 du Chapitre III).
 6. *Espagne: Tribunal Supremo, Chambre civile, Première Section, 20 juillet 2004 (Antilles Cement Corporation c. Transficom)* Yearbook Commercial Arbitration XXXI (2006) pp. 846- 852 (*Espagne no. 46*).

“... le principe d’efficacité maximale ou de plus grande faveur de la reconnaissance des décisions étrangères. [Combiné aux autres principes pertinents, celui-ci a permis à la Cour de conclure que la Convention de New York était applicable car celle-ci] établit une présomption de validité et d’efficacité de la convention d’arbitrage et de la sentence arbitrale [et] fait supporter en conséquence la charge de la preuve à la partie contre laquelle la sentence arbitrale est invoquée.”

II. CHAMP D’APPLICATION MATERIEL

Afin de déterminer si une sentence ou une convention d’arbitrage déterminées entrent dans le champ d’application de la Convention, les tribunaux doivent vérifier si celles-ci constituent une sentence arbitrale ou une convention d’arbitrage au sens de la Convention de New York.

II.1. LA SENTENCE ARBITRALE

Il n’existe pas de définition du terme “sentence arbitrale” dans la Convention. En conséquence, il appartient aux tribunaux de déterminer ce que signifie ce terme conformément aux objectifs de la Convention. Il convient de procéder en deux étapes:

1. Premièrement, les tribunaux doivent examiner si le différend a été soumis à l’*arbitrage* et a été résolu par l’*arbitrage*. Tous les modes alternatifs de règlement des différends ne répondent pas à la qualification d’arbitrage. Il existe en effet de nombreux mécanismes de règlement des différends par des particuliers qui ne possèdent pas les mêmes caractéristiques que l’arbitrage. La médiation, la

conciliation ou l'expertise en sont quelques exemples. La Convention de New York couvre uniquement l'arbitrage.

2. Deuxièmement, les tribunaux doivent examiner si la décision constitue une *sentence*. Les tribunaux arbitraux peuvent rendre plusieurs sortes de décisions. Certaines sont des sentences, d'autres non.

Les tribunaux ont adopté deux méthodes différentes pour déterminer le sens des termes "arbitrage" et "sentence arbitrale". Soit ils optent pour une interprétation autonome (1), soit ils se réfèrent à une loi nationale en appliquant une méthode de conflits de lois (2).

II.1.1. *L'interprétation autonome*

La première étape consiste à se demander si la procédure en question peut être qualifiée d'*arbitrage*. L'arbitrage est un mode de règlement des différends par lequel les parties acceptent de soumettre leur litige à un tiers afin que celui-ci rende une décision définitive et obligatoire en lieu et place des tribunaux.

Cette définition met en évidence les trois caractéristiques principales de l'arbitrage. Premièrement, l'arbitrage est consensuel: il est basé sur l'accord des parties. Deuxièmement, l'arbitrage résout de manière définitive et obligatoire le litige. Troisièmement, l'arbitrage constitue une alternative à la procédure judiciaire devant les tribunaux.

La seconde étape consiste à vérifier si la décision en question constitue une *sentence*. Une sentence est une décision qui met fin à l'arbitrage, en tout ou en partie, ou qui statue sur une question préliminaire dont la résolution est nécessaire pour parvenir à une décision définitive. Une sentence tranche *de façon définitive* les questions qu'elle a pour objet de résoudre. La question ne peut plus être rouverte

et la solution ne peut plus être modifiée, quand bien même le tribunal arbitral souhaiterait ultérieurement adopter une conclusion différente.

Par conséquent, les décisions arbitrales suivantes peuvent être qualifiées de sentences:

- les sentences finales, c'est-à-dire les sentences qui mettent fin à l'arbitrage. Une sentence qui statue sur toutes les demandes au fond est une sentence finale. Il en est de même de la sentence qui rejette la compétence du tribunal arbitral à l'égard du litige qui lui est soumis;
- les sentences partielles, c'est-à-dire les sentences qui contiennent une décision définitive sur certaines des demandes et réservent les demandes restantes pour une phase ultérieure de la procédure d'arbitrage. Une sentence qui tranche la demande relative aux coûts supplémentaires dans le cadre d'un arbitrage en matière de construction et qui réserve les demandes de dommages et intérêts en raison des défauts et du retard d'exécution pour une phase ultérieure de la procédure constitue une sentence partielle (ce terme est parfois également utilisé pour définir la catégorie qui suit, mais, pour une meilleure compréhension, il est préférable de les distinguer);
- les sentences préliminaires, appelées parfois également sentences intermédiaires ou intérimaires, c'est-à-dire les sentences qui tranchent une question préliminaire nécessaire pour qu'il puisse être fait droit aux demandes des parties, comme par exemple la décision sur la prescription de la demande, le droit applicable au fond ou la question de la responsabilité;
- les sentences sur les frais, c'est-à-dire les sentences qui déterminent le montant des frais de l'arbitrage et leur répartition;
- les sentences d'accord, c'est-à-dire les sentences qui entérinent l'accord amiable auquel sont parvenues les parties.

Une sentence rendue par défaut, c'est-à-dire une sentence rendue sans la participation de l'une des parties, constitue également une sentence arbitrale, dans la mesure où elle entre dans l'une des catégories énumérées ci-dessus.

En revanche, les décisions suivantes ne sont en principe pas considérées comme des sentences:

- les ordonnances de procédures, c'est-à-dire les décisions qui organisent seulement la procédure;
- les décisions sur les mesures provisoires ou conservatoires. Etant donné qu'elles sont uniquement rendues pour la durée de l'arbitrage et qu'elles peuvent être modifiées durant cette période, les mesures provisoires ne sont pas des sentences arbitrales. Certains tribunaux ont estimé le contraire en considérant que de telles décisions mettaient fin au différend entre les parties relativement aux mesures provisoires ou conservatoires, mais un tel raisonnement n'est guère convaincant: les parties n'ont pas convenu de recourir à l'arbitrage afin de résoudre des questions de procédure arbitrale.

Enfin, la qualification donnée par les arbitres à leur décision n'est pas déterminante. Afin de déterminer si une décision constitue une sentence arbitrale, les tribunaux doivent prendre en considération l'objet de la décision et vérifier si celle-ci tranche une question de manière définitive.

II.1.2. *L'approche des conflits de lois*

Si, plutôt que de recourir à la méthode autonome (préférable) pour résoudre les différentes questions abordées ci-dessus, un tribunal se réfère à un droit national, il doit commencer par décider selon quel droit national la notion de sentence arbitrale doit être définie. En d'autres termes, le tribunal doit adopter une méthode de conflits de lois. Il peut

appliquer son propre droit national (*lex fori*) ou la loi à laquelle l’arbitrage est soumis (*lex arbitri*). Cette dernière sera généralement la loi du siège de l’arbitrage ou, plus rarement, le droit choisi par les parties pour régir la procédure arbitrale (mais non le droit applicable au contrat ou au fond du litige, qui relève d’un autre domaine que la *lex arbitri*).

II.2. LA CONVENTION D’ARBITRAGE

L’article II(1) de la Convention de New York indique clairement que celle-ci s’applique à la convention “écrite par laquelle les parties s’obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s’élever entre elles au sujet d’un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel”.

L’utilisation des termes “qui se sont élevés ou pourraient s’élever” démontre que la Convention couvre tant les clauses insérées dans des contrats qui portent sur des différends à naître que les compromis conclus afin de soumettre à l’arbitrage des litiges existants.

En vertu de l’article II(1), la convention d’arbitrage doit concerner un rapport de droit déterminé. Cette exigence est certainement remplie dans le cas d’une clause d’arbitrage concernant les différends découlant du contrat dans lequel la clause d’arbitrage figure. En revanche, cette exigence ne serait pas remplie si les parties souettaient à l’arbitrage tous les litiges existants ou futurs portant sur tous les sujets possibles.

Les litiges couverts par la convention d’arbitrage peuvent englober des demandes contractuelles mais également des demandes fondées sur la responsabilité délictuelle ou sur des dispositions légales.

Enfin, la Convention de New York requiert que la convention d’arbitrage soit “écrite”, exigence définie à l’article II(2) et analysée au Chapitre II.

III. CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

L'article I(1) définit le champ d'application territorial de la Convention de New York vis-à-vis des sentences arbitrales comme suit:

“La présente Convention s’applique à la reconnaissance et à l’exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d’un Etat autre que celui où la reconnaissance et l’exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s’applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l’Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.”

Dès lors, la Convention ne vise que la reconnaissance et l'exécution des *sentences arbitrales étrangères* et des *sentences arbitrales non nationales* (voir la section III.1 du présent Chapitre). Elle ne s'applique pas à la reconnaissance et à l'exécution des sentences nationales. La Convention de New York ne contient pas de disposition similaire en ce qui concerne les conventions d'arbitrage. Cependant, il est établi que la Convention s'applique uniquement aux conventions d'arbitrage “étrangères” ou internationales (voir le Chapitre II).

III.1. LES SENTENCES ARBITRALES

III.1.1. *Les sentences rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées*

Toute sentence rendue dans un Etat autre que celui dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées en justice entre dans le champ d'application de la Convention, c'est à dire qu'une telle sentence est une sentence étrangère. Ainsi, la nationalité, le domicile ou la

résidence des parties est sans pertinence pour déterminer si une sentence est une sentence étrangère. Ces éléments peuvent néanmoins se révéler importants lorsqu'il s'agit d'apprécier si une convention d'arbitrage entre dans le champ d'application de la Convention (voir les Chapitres II et III). En outre, il n'est pas requis que l'Etat dans lequel la sentence a été rendue soit partie à la Convention (hormis bien entendu l'hypothèse où l'Etat dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées a choisi de faire usage de la réserve de réciprocité; voir la section IV.1 du présent Chapitre).

Où une sentence est-elle rendue? La Convention ne répond pas à cette question. La grande majorité des Etats contractants considère qu'une sentence est rendue au siège de l'arbitrage. Le siège de l'arbitrage est choisi par les parties ou, le cas échéant, par l'institution d'arbitrage ou le tribunal arbitral. Il s'agit d'un concept juridique et non d'un concept physique ou géographique. Les audiences, les délibérations et la signature de la sentence, de même que d'autres étapes de la procédure arbitrale, peuvent avoir lieu ailleurs qu'au siège de l'arbitrage.

III.1.2. *Les sentences non nationales*

La seconde catégorie de sentences couverte par la Convention concerne les sentences qui ne sont pas considérées comme des sentences nationales dans le pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées. Cette catégorie élargit le champ d'application de la Convention.

La Convention ne définit pas ce qu'il faut entendre par sentence non nationale. Très rarement, les parties indiquent que la sentence qui sera rendue à leur égard sera une sentence non nationale. Chaque Etat

contractant est, en conséquence, libre de décider quelles sentences ne seront pas considérées comme des sentences nationales et de le préciser dans la loi d'application de la Convention.⁷

Dans l'exercice de cette liberté, les Etats considèrent généralement que toutes ou certaines des sentences qui suivent sont des sentences non nationales:

- les sentences rendues conformément à la loi d'arbitrage d'un autre Etat;
- les sentences qui contiennent un élément d'extranéité;
- les sentences anationales.

La première catégorie de sentences se rencontre lorsque le siège de l'arbitrage se trouve dans le pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées mais l'arbitrage a été soumis à une loi d'arbitrage étrangère. Il s'agit d'une hypothèse relativement rare étant donné qu'elle implique

-
7. Par exemple, aux Etats-Unis, le Federal Arbitration Act (Titre 9, Chapitre 2) contient la disposition suivante concernant les "sentences non nationales":

"Sect. 202. Convention d'arbitrage ou sentence entrant dans le champ d'application de la Convention

Une convention d'arbitrage ou une sentence arbitrale issue d'un rapport de droit déterminé, qu'il soit contractuel ou non contractuel, et qui est considéré comme commercial, y compris une transaction, un contrat ou un accord, tels que décrits à la section 2 du présent titre, entrent dans le champ d'application de la Convention. Une convention ou une sentence issues d'un tel rapport de droit qui est uniquement entre citoyens des Etats-Unis n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention, à moins que ce rapport de droit implique des biens situés à l'étranger, prévoie une exécution à l'étranger ou comporte d'autres liens raisonnables avec un ou plusieurs Etats étrangers. Au sens de la présente disposition, une personne morale est citoyenne des Etats-Unis si elle a son siège ou son établissement principal aux Etats-Unis."

que le droit du pays dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées permette aux parties de soumettre l'arbitrage à une *lex arbitri* autre que celle du siège.

La deuxième catégorie se réfère aux sentences rendues dans le pays dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées mais dans le cadre d'un différend ayant une dimension internationale, par exemple en raison de la nationalité ou du domicile d'une des parties ou en raison du lieu d'exécution du contrat à l'origine du litige. Les critères qui permettent de classer les sentences arbitrales dans cette catégorie sont le plus souvent définis par les Etats dans la loi d'application de la Convention (voir la note de bas de page 7 pour l'exemple des Etats-Unis). Très rarement, les parties indiquent elles-mêmes que leur sentence est une sentence non nationale.

La troisième catégorie regroupe les sentences rendues dans des arbitrages indépendants de toute loi nationale d'arbitrage, par exemple parce que les parties ont explicitement exclu l'application d'une loi nationale d'arbitrage ou parce qu'elles ont choisi d'appliquer des règles transnationales, telles que les principes généraux du droit de l'arbitrage. Bien que la question de savoir si les sentences anationales entrent dans le champ d'application de la Convention de New York ait fait l'objet de débats, l'opinion dominante est que la Convention s'applique bel et bien à ces sentences. Ces cas demeurent cependant extrêmement rares.

III.2. LES CONVENTIONS D'ARBITRAGE

La Convention de New York ne définit pas son champ d'application à l'égard des conventions d'arbitrage. Il est toutefois bien établi que la Convention de New York ne régit pas la reconnaissance des conventions d'arbitrage nationales. Il est également admis que la Convention est

applicable si la future sentence arbitrale peut être considérée comme une sentence étrangère ou une sentence non nationale conformément à l'article I(1). Certains tribunaux estiment que la Convention s'applique si la convention d'arbitrage est, par nature, internationale. Le caractère international de la convention peut résulter tant de la nationalité ou du domicile des parties que de la transaction faisant l'objet de la convention d'arbitrage.

Pour déterminer si une convention d'arbitrage entre dans le champ d'application de la Convention, les tribunaux devraient distinguer trois situations:

- si la convention d'arbitrage fixe le siège de l'arbitrage dans un autre Etat, le tribunal doit appliquer la Convention de New York;
- si la convention d'arbitrage fixe le siège de l'arbitrage dans l'Etat du for, le tribunal
 - doit appliquer la Convention si la future sentence peut être qualifiée de sentence non nationale conformément à l'article I(1), deuxième phrase;
 - peut appliquer la Convention de New York si la convention d'arbitrage est internationale en raison de la nationalité ou du domicile des parties ou d'éléments d'extranéité présents dans la transaction faisant l'objet de la convention d'arbitrage;
- si la convention d'arbitrage ne fixe pas le siège de l'arbitrage, le tribunal doit appliquer la Convention si la future sentence peut vraisemblablement être considérée comme une sentence étrangère ou non nationale conformément à l'article I(1). En outre, le tribunal peut appliquer la Convention s'il estime que la convention d'arbitrage est internationale.

IV. RESERVES

En principe, la Convention de New York s'applique à toutes les conventions d'arbitrage étrangères ou internationales ainsi qu'à toutes les sentences étrangères ou non nationales. Cependant, les Etats contractants peuvent faire deux réserves à l'application de la Convention.

IV.1. RÉCIPROCITÉ (*article I(3) première phrase*)

Les Etats contractants peuvent déclarer qu'ils appliqueront la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendue sur le territoire d'un autre Etat contractant. Environ deux tiers des Etats contractants ont fait usage de cette réserve. Les tribunaux d'un Etat ayant formulé cette réserve de réciprocité appliqueront la Convention seulement si la sentence a été rendue sur le territoire d'un autre Etat contractant ou si la sentence est une sentence non nationale et qu'il existe des liens entre cette sentence et un autre Etat contractant.

IV.2. NATURE COMMERCIALE (*article I(3) deuxième phrase*)

Les Etats contractants peuvent également déclarer qu'ils appliqueront la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par leur propre loi nationale. Environ un tiers des Etats contractants a fait usage de cette réserve.

Bien que le texte de la Convention se réfère à la loi nationale de l'Etat du for (par exception au principe de l'interprétation autonome), dans la pratique, les tribunaux prennent également en considération les circonstances particulières du cas d'espèce et les solutions adoptées dans

d'autres pays. En toute hypothèse, compte tenu de l'objectif de la Convention, les tribunaux devraient interpréter la notion de nature commerciale largement.

Bien que la Convention traite des réserves uniquement dans le contexte de la reconnaissance et de l'exécution des sentences, il est généralement admis que les réserves s'appliquent également à la reconnaissance des conventions d'arbitrage.

V. RELATIONS AVEC LE DROIT NATIONAL ET LES AUTRES TRAITÉS (ARTICLE VII)

L'article VII(1) de la Convention de New York adresse les relations entre la Convention, les lois nationales du for et les autres traités internationaux, qui lient l'Etat dans lequel l'exécution est demandée, dans les termes suivants:

"Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée."

V.1. LE DROIT LE PLUS FAVORABLE

L'article VII(1) est appelé la clause du droit le plus favorable, car il permet à une partie demandant la reconnaissance et l'exécution de se fonder sur des règles plus favorables que celles figurant dans la Convention. Des règles plus favorables peuvent être trouvées: (i) dans la

CHAPITRE I

loi nationale du for ou (ii) dans des traités applicables dans l'Etat où la reconnaissance et l'exécution sont demandées.

Dans la pratique, les traités et la loi nationale seront plus favorables que la Convention de New York s'ils permettent la reconnaissance et l'exécution en application de critères moins stricts, que ce soit en termes de procédure ou de motifs de refus d'exécution.

A l'heure actuelle, il est très largement admis (bien que pas encore de manière universelle) que les dispositions de l'article VII(1) s'appliquent également à la reconnaissance et à l'exécution des conventions d'arbitrage dont il est question à l'article II. L'article VII(1) est le plus souvent invoqué afin d'échapper à l'exigence de forme applicable aux conventions d'arbitrage en vertu de l'article II(2) (exigence de forme écrite, voir la section IV.2.1 du Chapitre II).

Dans une Recommandation adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) le 7 juillet 2006 (voir l'**Annexe III**), la CNUDCI préconise que:

“le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958, soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention”.

L'histoire de la Convention confirme ce point de vue. La disposition relative à la reconnaissance des conventions d'arbitrage a été incluse le dernier jour des négociations. Les autres dispositions n'ont cependant pas été modifiées pour tenir compte de cet ajout de dernière minute. L'article VII ne devrait donc pas être interprété comme excluant les conventions d'arbitrage de son champ d'application.

V.2. LA CONVENTION DE NEW YORK ET LES AUTRES TRAITÉS INTERNATIONAUX

La première partie de l'article VII dispose que la Convention ne porte pas atteinte à la validité des autres traités internationaux relatifs à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales en vigueur dans l'Etat dans lequel l'exécution est recherchée. La deuxième partie de cette même disposition précise que les parties ont le droit de demander la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur la base de la Convention de New York, d'un autre traité international ou d'une loi nationale, selon la norme qui est la plus favorable.

Le principe du droit le plus favorable constitue une dérogation aux règles classiques de droit international sur les conflits entre traités (*lex posterior* et *lex specialis*). Conformément au principe du droit le plus favorable, le traité le plus favorable l'emporte.

V.3. LA CONVENTION DE NEW YORK ET LA LOI NATIONALE

En ce qui concerne les relations entre la Convention de New York et la loi nationale de l'Etat dans lequel l'exécution est requise, trois situations doivent être distinguées:

- la Convention de New York et la loi nationale contiennent toutes deux des règles sur les mêmes questions. Dans ce cas, la Convention l'emporte sur la loi nationale, sauf si cette dernière est plus favorable. Dans certains cas, les tribunaux devront se référer à la loi d'application de la Convention (*cas (i)* ci-dessous);
- la Convention de New York ne contient pas de règle sur un point déterminé. Dans ce cas, les tribunaux doivent appliquer leur loi nationale afin de suppléer au silence de la Convention (*cas (ii)* ci-dessous);

CHAPITRE I

- la Convention de New York renvoie expressément à la loi nationale. Dans ce cas, les tribunaux doivent appliquer la loi nationale dans les limites permises par la Convention (*cas (iii)* ci-dessous).

Cas (i) La Convention l'emporte sur la loi nationale

Cas (ii) La loi nationale supplée au silence de la Convention

La Convention de New York n'établit pas de régime procédural complet pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères. Pour ce qui concerne la procédure, la Convention contient uniquement des règles relatives à la charge de la preuve et aux documents à produire par la partie demanderesse. Elle est silencieuse sur les autres questions de procédure.

L'article III dispose que les Etats contractants devront reconnaître l'autorité d'une sentence arbitrale et accorder l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans l'Etat où la sentence est invoquée. Par conséquent, la procédure relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences étrangères est régie par la loi nationale, à l'exception des questions relatives à la charge de la preuve et aux documents à produire (voir le Chapitre III).

Ci-après, une liste (non exhaustive) des questions de procédure régies par la loi nationale:

- le délai pour introduire une demande de reconnaissance et d'exécution;
- l'autorité compétente pour reconnaître une sentence arbitrale ou pour en accorder l'exécution;
- la forme de la demande;
- la manière dont la procédure se déroule;
- les recours possibles contre une décision accordant ou refusant l'exequatur;

- la possibilité pour le défendeur de faire valoir la compensation ou d'introduire une demande reconventionnelle contre une sentence.

Un problème peut se poser si un Etat érige des obstacles procéduraux à la compétence des tribunaux saisis d'une demande d'exécution. Conformément au but de la Convention et à l'approche favorable à l'exécution des sentences que la Convention commande, la présence d'actifs sur le territoire d'un Etat devrait être un élément suffisant pour fonder la compétence des tribunaux de cet Etat pour les demandes d'exécution. Malgré ce qui précède, certains tribunaux des Etats-Unis ont requis l'existence d'une compétence personnelle vis-à-vis du défendeur et du débiteur de la sentence.

Cas (iii) La Convention renvoie expressément à la loi nationale

Certaines dispositions de la Convention de New York renvoient expressément à la loi nationale. C'est par exemple le cas de l'article I (pour ce qui concerne la réserve relative à la nature commerciale de l'arbitrage), de l'article III (pour ce qui concerne la procédure de reconnaissance et d'exécution) et de l'article V (certains motifs de refus d'exécution font référence à la loi nationale). Cette loi nationale n'est pas nécessairement la loi du for mais peut également être la loi en vertu de laquelle la sentence a été rendue.

VI. CONSEQUENCES DE LA NON-APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK

La non-application de la Convention de New York, de même que son application incorrecte, engagent en principe la responsabilité internationale de l'Etat. Une violation des obligations de l'Etat en vertu de la Convention (voir la section VI.1 du présent Chapitre) peut

également, dans certaines circonstances, constituer une violation d'un traité bilatéral ou multilatéral d'investissement (voir la section VI.2 du présent Chapitre). En toute hypothèse, la sentence n'est pas affectée par de telles violations (voir la section VI.3 du présent Chapitre).

VI.1. LA VIOLATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK

Même si la Convention de New York ne contient pas de clause de résolution des litiges, elle n'en constitue pas moins un traité international créant des obligations pour les Etats contractants en vertu du droit international.

Comme expliqué ci-dessus, les Etats contractants ont accepté de reconnaître les sentences arbitrales étrangères et d'autoriser leur exécution et de reconnaître les conventions d'arbitrage. Lorsqu'une partie sollicite l'exécution et/ou la reconnaissance d'une sentence ou d'une convention d'arbitrage qui entrent dans le champ d'application de la Convention, l'Etat contractant est tenu d'appliquer la Convention de New York. Il ne peut pas imposer des règles de procédure ou des conditions de fond plus strictes à la reconnaissance et à l'exécution. En cas de silence de la Convention sur une question de procédure, l'Etat contractant ne peut pas imposer des exigences de procédure sensiblement plus lourdes que celles qui sont applicables vis-à-vis des sentences arbitrales nationales.

Au sein des Etats contractants, les principaux organes chargés de l'application de la Convention sont les tribunaux. En droit international, les actes des tribunaux sont assimilés à des actes de l'Etat lui-même. Par conséquent, si les tribunaux n'appliquent pas la Convention, s'ils l'appliquent mal, ou s'ils trouvent des motifs contestables (c'est-à-dire des motifs qui ne sont pas prévus par la Convention de New York) pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence, l'Etat du forum engage sa responsabilité internationale.

Dès que l'adhésion à la Convention devient effective à l'égard d'un Etat contractant, la responsabilité de cet Etat est engagée au niveau international, peu importe que la Convention ait été correctement transposée par une loi nationale ou qu'elle ait été publiée ou promulguée conformément aux règles nationales. Ainsi, une éventuelle absence de publication du texte de la Convention dans le journal officiel n'a aucune influence sur l'obligation qu'a l'Etat de se conformer à la Convention selon le droit international.

VI.2. LA VIOLATION D'UN TRAITÉ D'INVESTISSEMENT

En fonction des circonstances, la violation de l'obligation de reconnaître et d'autoriser l'exécution de conventions d'arbitrage et de sentences peut constituer une violation d'un autre traité. Cela peut être le cas de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, en particulier, de son Premier protocole ou, comme des développements récents l'ont montré, de traités d'investissement. Par le biais de ces traités d'investissement, les Etats garantissent aux investisseurs étrangers, parmi d'autres protections, qu'ils bénéficieront d'un traitement équitable et qu'ils ne feront pas l'objet d'expropriations (à moins que des conditions spécifiques ne soient réunies). Deux décisions récentes rendues en matière d'arbitrage relatif à des traités d'investissement ont retenu qu'un Etat avait violé ses obligations découlant d'un traité bilatéral d'investissement parce que les tribunaux de cet Etat n'avaient pas reconnu une convention d'arbitrage valable.⁸

8. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), *Saipem SpA c. Bangladesh*, Affaire CIRDI/ARB/05/07 et *Salini Costruttori SpA c. Jordanie*, Affaire CIRDI/ARB/02/13. Ces deux décisions peuvent être consultées sur le site internet du CIRDI: <www.icsid.worldbank.org>.

CHAPITRE I

VI.3. LA SENTENCE N'EST PAS AFFECTÉE

Une sentence n'est pas affectée par le refus d'un Etat d'autoriser son exécution ou de la reconnaître en violation de la Convention de New York. La décision de l'Etat n'a d'effet qu'au sein du territoire de cet Etat. La partie qui a eu gain de cause dans la procédure d'arbitrage aura donc la possibilité de se fonder sur la sentence et de demander l'exécution de celle-ci dans d'autres Etats.

CHAPITRE II

LA DEMANDE DE RECONNAISSANCE D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE

TABLE DES MATIERES

- I. INTRODUCTION**
- II. CARACTERISTIQUES DE BASE DU REGIME DE LA CONVENTION DE NEW YORK CONCERNANT LES CONVENTIONS D'ARBITRAGE**
 - II.1. Les conventions d'arbitrage sont présumées valables
 - II.2. Les parties à une convention d'arbitrage valable doivent être renvoyées à l'arbitrage
 - II.3. Comment "*renvoyer*" les parties à l'arbitrage
 - II.4. Pas de renvoi d'office
- III. PRINCIPES GENERALEMENT RECONNUS**
 - III.1. Les arbitres sont compétents pour statuer sur leur propre compétence
 - III.2. Pouvoir d'examen du juge quant aux exceptions à la compétence du tribunal arbitral
 - III.3. Les conventions d'arbitrage ne sont en principe pas affectées par la nullité du contrat principal
 - III.4. Délai pour demander le renvoi à l'arbitrage dans la procédure judiciaire
 - III.5. Le commencement de la procédure d'arbitrage n'est pas une condition du renvoi à l'arbitrage
- IV. PLAN D'APPLICATION DE L'ARTICLE II**
 - IV.1. La convention d'arbitrage entre-t-elle dans le champ d'application de la Convention?
 - IV.2. La convention d'arbitrage revêt-elle la forme écrite?
 - IV.2.1. Contexte théorique
 - IV.2.2. Pratique

- (i) Clause compromissoire contenue dans un document auquel le contrat principal renvoie ("*incorporation par renvoi*")
 - (ii) Clause compromissoire contenue dans un document contractuel non signé mais ultérieurement exécuté par toutes les parties conformément à ses termes
 - Une offre contractuelle est envoyée avec une clause compromissoire et confirmée mais la confirmation contient des réserves générales ou des conditions suspensives
 - Une offre contractuelle contenant une clause compromissoire est envoyée par une partie à l'autre partie, qui ne répond pas à l'offre mais exécute néanmoins le contrat
 - (iii) Convention d'arbitrage contenue dans un échange de communications électroniques
- IV.3. Une convention d'arbitrage a-t-elle été conclue et est-elle valable au fond?
- IV.3.1. Contexte théorique
 - IV.3.2. Pratique
 - (i) "*Caduque*"
 - (ii) "*Inopérante*"
 - (iii) "*Non susceptible d'être appliquée*"
 - Lorsque le renvoi à l'arbitrage est optionnel
 - Lorsque le contrat prévoit le recours à l'arbitrage et aux tribunaux étatiques
 - Lorsque le règlement d'arbitrage ou l'institution d'arbitrage sont désignés de manière inexacte
 - Lorsque la convention d'arbitrage ne prévoit aucune indication sur la manière de nommer les arbitres ("*clauses en blanc*")
- IV.4. Existe-t-il un différend, s'élève-t-il au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, et les parties ont-elle prévu de soumettre ce différend à l'arbitrage?

IV.4.1. Contexte théorique

IV.4.2. Pratique

- (i) Faut-il interpréter le libellé de la convention d'arbitrage dans un sens large?
- (ii) Que faire lorsque la convention d'arbitrage contient des exceptions quant à son champ d'application?

IV.5. La convention d'arbitrage lie-t-elle les parties au litige soumis au tribunal?

IV.5.1. Contexte théorique

- (i) Les conventions d'arbitrage lient uniquement les parties
- (ii) Les non-signataires peuvent également être parties à la convention d'arbitrage
- (iii) Comment déterminer le champ d'application personnel de la convention d'arbitrage
- (iv) Le droit applicable à la détermination du champ d'application personnel de la convention d'arbitrage

IV.5.2. Pratique

- (i) Quand le défendeur a-t-il un droit d'être renvoyé à l'arbitrage?
- (ii) Que faire lorsque le tribunal constate que le défendeur n'est pas lié par la convention d'arbitrage?

IV.6. Le litige en question est-il arbitrable?

IV.6.1. Une question "*susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage*" est "*arbitrable*"

IV.6.2. Le droit applicable à la détermination de l'arbitrabilité du litige

IV.6.3. Les conventions d'arbitrage internationales devraient faire l'objet de normes uniformes d'arbitrabilité

V. **RESUME**

I. INTRODUCTION

Comme exposé au Chapitre I, l'objectif de la Convention de New York était de promouvoir le règlement des différends internationaux par l'arbitrage. A cette fin, il était essentiel d'assurer que les tribunaux des Etats contractants donnent effet à la convention d'arbitrage conclue par les parties et à la sentence arbitrale en résultant.

En ce qui concerne les conventions d'arbitrage, les rédacteurs de la Convention de New York ont cherché à assurer que la volonté originale des parties de soumettre leur différend à l'arbitrage ne soit pas entravée par une soumission unilatérale postérieure du différend aux tribunaux. Par conséquent, ils ont exposé les conditions sur la base desquelles les tribunaux doivent renvoyer les parties à l'arbitrage, et ils ont limité les motifs auxquels une partie à une convention d'arbitrage peut contester sa validité.

Ce qui précède a conduit à l'adoption de l'article II, qui se lit comme suit:

- “(1) Chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.
- (2) On entend par ‘convention écrite’ une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.
- (3) Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de

DEMANDE DE RECONNAISSANCE D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE

l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée."

Avant que la sentence arbitrale ne soit rendue, un tribunal étatique peut se trouver confronté à une contestation de la validité de la convention d'arbitrage. Le cas le plus fréquent est celui exposé à l'article II(3), dans lequel un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage est porté devant un tribunal en dépit de la convention et le défendeur demande au tribunal de renvoyer les parties à l'arbitrage. Le tribunal peut également être saisi d'une demande de déclaration de validité ou d'invalidité d'une convention d'arbitrage spécifique. Le tribunal peut en outre être saisi d'une demande d'injonction anti-arbitrage ou être invité à prendre des mesures d'assistance de la procédure arbitrale - comme par exemple la nomination d'un arbitre par défaut - auxquelles l'autre partie s'opposera au motif que la convention d'arbitrage n'est pas valable.

Les tribunaux confrontés à ce type de situations devraient suivre l'objectif de la Convention ainsi que les meilleures pratiques qui ont été développées dans les Etats contractants depuis plus de cinquante ans.

II. CARACTERISTIQUES DE BASE DU REGIME DE LA CONVENTION DE NEW YORK CONCERNANT LES CONVENTIONS D'ARBITRAGE

II.1. LES CONVENTIONS D'ARBITRAGE SONT PRÉSUMÉES VALABLES

Les rédacteurs de la Convention ont souhaité exclure la possibilité, pour une partie à une convention d'arbitrage, de revenir sur son engagement de recourir à l'arbitrage en soumettant le litige aux tribunaux étatiques. La Convention prévoit ainsi un régime favorable à l'exécution et à

l’arbitrage, qui repose sur une présomption de validité – formelle et matérielle – des conventions d’arbitrage (“Chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite ...”). En anglais, “Each Contracting State shall recognize an agreement in writing ...”. Cette présomption de validité ne peut être renversée que pour un nombre limité de motifs (“... à moins qu’il ne constate que *ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d’être appliquée*”).

L’approche favorable à l’exécution signifie que la Convention de New York prévaut sur la loi nationale moins favorable. Les tribunaux ne peuvent dès lors appliquer des exigences plus strictes selon la loi nationale concernant la validité de la convention d’arbitrage (comme, par exemple, l’exigence que la clause compromissoire d’un contrat soit signée séparément).

Inversement, de plus en plus de tribunaux ont estimé que l’article II(2) leur permettait d’appliquer la loi nationale plus favorable. Si la loi de l’Etat en question prévoit que les conventions d’arbitrage peuvent être conclues oralement ou tacitement, celle-ci s’appliquera (voir également la section V.1 du Chapitre I). Cet aspect est abordé plus en détail dans la section IV.2 du présent Chapitre.

II.2. LES PARTIES À UNE CONVENTION D’ARBITRAGE VALABLE DOIVENT ÊTRE RENVOYÉES À L’ARBITRAGE

Lorsque le tribunal constate que la convention d’arbitrage est valable, celui-ci doit renvoyer les parties à l’arbitrage, à la demande de l’une d’elles, au lieu de résoudre le litige. Ce mécanisme de reconnaissance est prévu à l’article II(3). La Convention de New York ne laisse aucune marge de manœuvre aux tribunaux à cet égard.

DEMANDE DE RECONNAISSANCE D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE

II.3. COMMENT "RENOYER" LES PARTIES À L'ARBITRAGE

Le "*renvoi des parties à l'arbitrage*" signifie que le tribunal suspend la procédure judiciaire jusqu'à l'issue de l'arbitrage ou se déclare incompétent, conformément à la loi nationale d'arbitrage ou de procédure.

II.4. PAS DE RENVOI D'OFFICE

Un tribunal doit uniquement renvoyer les parties à l'arbitrage "*à la demande de l'une d'elles*", ce qui exclut que l'exception d'arbitrage soit retenue d'office par le tribunal.

III. PRINCIPES GENERALEMENT RECONNUS

La Convention de New York n'a pas expressément entériné les principes de la "*compétence-compétence*", d'examen limité des conventions d'arbitrage par les tribunaux lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et d'autonomie de la convention d'arbitrage. Cependant, l'objet et le but de la Convention sont mieux réalisés si l'on applique effectivement ces principes.

III.1. LES ARBITRES SONT COMPÉTENTS POUR STATUER SUR LEUR PROPRE COMPÉTENCE

Le principe de la "*compétence-compétence*" (ou *Kompetenz-Kompetenz*) permet aux arbitres de trancher eux-mêmes toute contestation de leur compétence et leur permet, cas échéant, de se déclarer incompétents.

Ce pouvoir est réellement essentiel pour permettre aux arbitres de s'acquitter correctement de leur mission. En effet, devoir renvoyer le

litige aux tribunaux étatiques à chaque contestation de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage constituerait un obstacle majeur à l'arbitrage.

La Convention de New York ne prévoit pas expressément l'application du principe de la compétence-compétence. Elle n'est cependant pas neutre quant à cette question. Les articles II(3) et V(1) de la Convention n'empêchent pas que les tribunaux arbitraux et les tribunaux étatiques puissent statuer sur la question de la compétence du tribunal arbitral pour trancher un litige. En outre, les termes des articles V(1)(a) et V(1)(c) – concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences – impliquent qu'un tribunal arbitral ait rendu une sentence nonobstant l'existence de contestations de sa compétence.

III.2. POUVOIR D'EXAMEN DU JUGE QUANT AUX EXCEPTIONS À LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Le principe de la "*compétence-compétence*" a été interprété par plusieurs tribunaux, en particulier aux Etats-Unis, à la lumière de l'approche favorable à l'exécution de la Convention de New York. La priorité a ainsi été donnée à la détermination de sa compétence par le tribunal arbitral lui-même et l'examen par les tribunaux étatiques d'une convention d'arbitrage prétendument caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée à un stade initial du litige est resté superficiel (ou *prima facie*). Ces tribunaux ont conclu à l'invalidité de la convention d'arbitrage dans des cas manifestes uniquement.

Suivant cette approche, les tribunaux sont uniquement habilités à examiner avec plein pouvoir d'examen les conclusions du tribunal arbitral sur sa compétence lorsqu'ils sont saisis d'une demande d'exécution d'une sentence arbitrale ou lors d'un recours en annulation de la sentence (qui n'est pas réglé par la Convention de New York).

DEMANDE DE RECONNAISSANCE D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE

Cette interprétation est cependant controversée. Bien que cette approche paraisse désirable à la lumière de l'objet et du but de la Convention de New York, ladite Convention ne contient aucune disposition explicite qui empêcherait les tribunaux d'examiner la convention d'arbitrage avec plein pouvoir d'examen et de parvenir à une décision finale et exécutoire sur la validité de celle-ci à un stade initial du litige.

III.3. LES CONVENTIONS D'ARBITRAGE NE SONT EN PRINCIPE PAS AFFECTÉES PAR LA NULLITÉ DU CONTRAT PRINCIPAL

Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal (aussi appelé "*separability*" ou "*severability*") est étroitement lié au principe de la "*compétence-compétence*".

Il découle de ce principe que la validité du contrat principal n'affecte en principe pas la validité de la convention d'arbitrage contenue dans celui-ci; il découle également de ce principe que le contrat principal et la convention d'arbitrage peuvent être régis par des droits différents.

III.4. DÉLAI POUR DEMANDER LE RENVOI À L'ARBITRAGE DANS LA PROCÉDURE JUDICIAIRE

La Convention de New York ne fixe pas de délai pour demander le renvoi à l'arbitrage. L'exception d'arbitrage doit-elle être soulevée avant d'entrer en matière sur le fond ou peut-elle être soulevée en tout temps? Faute de disposition contenue dans la Convention à cet égard, la réponse est à trouver dans la loi nationale d'arbitrage ou de procédure. Si une partie omet de demander le renvoi à l'arbitrage en temps opportun, l'on pourra considérer qu'elle a renoncé à son droit à la résolution du litige par voie d'arbitrage et que la convention d'arbitrage est devenue inopérante.

La plupart des droits nationaux prévoient que le renvoi à l’arbitrage doit être demandé avant de procéder au fond, i.e., *in limine litis*.

III.5. LE COMMENCEMENT DE LA PROCÉDURE D’ARBITRAGE N’EST PAS UNE CONDITION DU RENVOI À L’ARBITRAGE

A moins que la loi nationale d’arbitrage ne prévoie le contraire, la recevabilité d’une demande de renvoi et la compétence du tribunal quant à celle-ci doivent être tranchées sans tenir compte du fait qu’une procédure d’arbitrage est pendante.

Bien que cela ne soit pas spécifié dans la Convention de New York, la plupart des tribunaux considèrent que le commencement effectif de la procédure d’arbitrage n’est pas une condition pour demander au tribunal le renvoi à l’arbitrage.

IV. PLAN D’APPLICATION DE L’ARTICLE II

Un tribunal saisi d’une contestation de la validité d’une convention d’arbitrage au sens de l’article II de la Convention doit se poser les questions suivantes:

1. La convention d’arbitrage entre-t-elle dans le champ d’application de la Convention de New York?
2. La convention d’arbitrage revêt-elle la forme écrite?
3. La convention d’arbitrage a-t-elle été valablement conclue et est-elle valable au fond?
4. Existe-t-il un litige, s’élève-t-il au sujet d’un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, et les parties ont-elles prévu de régler ce litige par voie d’arbitrage?

DEMANDE DE RECONNAISSANCE D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE

5. La convention d'arbitrage lie-t-elle les parties au litige soumis au tribunal?
6. Le litige est-il arbitrable?

Le tribunal doit renvoyer les parties à l'arbitrage si les réponses à ces questions sont positives.

IV.1. LA CONVENTION D'ARBITRAGE ENTRE-T-ELLE DANS LE CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK?

Afin de bénéficier de la protection de la Convention de New York, la convention d'arbitrage doit entrer dans son champ d'application (voir la section II.2 du Chapitre I).

IV.2. LA CONVENTION D'ARBITRAGE REVÊT-ELLE LA FORME ÉCRITE?

En vertu de l'article II(1), la convention d'arbitrage doit être "écrite". Cette exigence est définie à l'article II(2) et inclut "une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes".

IV.2.1. Contexte théorique

La reconnaissance d'une convention d'arbitrage ne pourra se faire selon la Convention de New York si l'exigence de forme écrite prévue à l'article II n'est pas remplie.

La Convention fixe une règle internationale uniforme. Ses rédacteurs ont cherché à parvenir à un consensus sur un sujet pour lequel les lois nationales avaient - et ont encore - des approches différentes, en établissant une règle de fond relativement libérale concernant l'exigence de la forme écrite, laquelle prévaut sur les lois nationales.

Ainsi, l'article II(2) prévoit une exigence "maximum", ce qui exclut que les Etats contractants requièrent des exigences de forme supplémentaires ou plus contraignantes selon le droit national. Des exemples d'exigences plus contraignantes incluent l'exigence d'une convention d'arbitrage rédigée dans des caractères ou une taille de caractères spécifique, contenue dans un acte authentique, signée séparément, etc.

Outre le fait d'établir une exigence maximum, l'article II(2) était auparavant interprété comme imposant également une exigence internationale minimum, selon laquelle les tribunaux ne pouvaient pas exiger moins que la forme écrite telle que prévue par la Convention. Cette interprétation n'est cependant plus celle qui prévaut actuellement.

Suivant les pratiques actuelles du droit du commerce international, l'article II(2) a été de plus en plus souvent interprété comme n'empêchant pas l'application d'exigences de forme moins strictes par les Etats contractants.

Cette interprétation s'appuie sur l'article VII(1), qui prévoit que

"[L]es dispositions de la présente Convention ... ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée."

Cet article a pour but de permettre l'application de toute disposition nationale ou internationale plus favorable à toute partie intéressée. Bien que l'article VII(1) ait été adopté en lien avec l'exécution des sentences arbitrales, on peut noter une tendance à l'appliquer aux conventions d'arbitrage (sur l'article VII(1), voir la section V.1 du Chapitre I).

Cette dernière approche n'est cependant pas universellement admise. Plusieurs tribunaux ont tenté de répondre aux besoins modernes du commerce international, non pas en écartant entièrement l'article II(2),

mais plutôt en l'interprétant de manière libérale - en acceptant facilement qu'il existe une convention écrite - ou en interprétant cet article comme prévoyant uniquement des exemples de ce qu'il faut entendre par convention "écrite" au sens de l'article II(1).

Ces deux approches ont été approuvées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) dans sa Recommandation du 7 juillet 2006 (voir l'**Annexe III**). La CNUDCI recommande

"qu'on applique le paragraphe 2 de l'article II de la [Convention] en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs"

et

"que le paragraphe 1 de l'article VII de la [Convention] soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention".

IV.2.2. *Pratique*

Comme mentionné ci-dessus, il existe une tendance générale à appliquer l'exigence de forme écrite de la Convention de manière libérale, conformément à l'approche favorable à l'exécution et aux pratiques internationales actuelles, selon lesquelles les contrats sont conclus de différentes manières. Une application rigide de l'exigence de forme écrite de la Convention de New York irait à l'encontre des usages actuels et répandus et à l'encontre de l'approche favorable à l'exécution de la Convention.

La pratique dans ce domaine montre que les tribunaux semblent généralement suivre un principe directeur selon lequel une convention d'arbitrage est valable lorsque l'on peut raisonnablement retenir que l'offre d'avoir recours à l'arbitrage – par écrit – a été acceptée (et qu'il y a eu une “rencontre des volontés”). Cette acceptation peut être exprimée de différentes façons et dépend du cas d'espèce.

Il est évident qu'une convention d'arbitrage signée par les deux parties ou une clause compromissoire incorporée dans un contrat signé satisfont à l'exigence de forme écrite. Une signature séparée de la clause d'arbitrage n'est pas requise.

En outre, selon l'article II(2) une convention d'arbitrage contenue dans un échange de lettres, télégrammes ou communications similaires remplit la condition de forme écrite. Dans ce cas et contrairement à la première partie de l'article II(2) – qui fait référence à une “clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes” – la signature des lettres ou télégrammes n'est pas requise.

Hormis ces cas clairs, il existe des cas dans lesquels la validité formelle des conventions d'arbitrage peut être contestée. Les situations les plus courantes sont les suivantes:

(i) *Clause compromissoire contenue dans un document auquel le contrat principal renvoie (“incorporation par renvoi”)*

Dans la pratique, il est courant que le contrat principal fasse référence à des conditions générales ou d'autres formulaires types, lesquels peuvent contenir une clause compromissoire.

La Convention de New York ne traite pas de cet aspect. Elle ne contient pas d'indication explicite selon laquelle les clauses compromissoires incorporées par référence satisfont à l'exigence de forme prévue à l'article II.

La solution à cette question doit être donnée en fonction du cas d'espèce. En sus de tenir compte du statut des parties – par exemple, les parties expérimentées en affaires – et des usages de la branche en question, les cas dans lesquels le contrat principal fait référence expresse à la clause compromissoire contenue dans les conditions générales seraient plus facilement admis comme satisfaisant à l'exigence de forme de l'article II de la Convention que les cas dans lesquels le contrat principal se réfère uniquement à l'application de formulaires standards, sans aucune référence expresse à la clause compromissoire.

Le critère de la validité formelle devrait être la communication à l'autre partie du document auquel le contrat renvoie, contenant la clause compromissoire, avant ou lors de la conclusion ou de l'acceptation du contrat. Dans les cas où la preuve que les parties connaissaient ou auraient dû connaître l'existence d'une convention d'arbitrage incorporée par référence est apportée, les tribunaux ont généralement été enclins à retenir la validité formelle de la convention d'arbitrage.

A titre d'exemple, l'on peut considérer qu'il y a eu un accord sur les conventions d'arbitrage lorsque celles-ci sont contenues dans des dossiers d'appels d'offre auxquels il est fait référence dans les conditions générales,¹ ou dans les conditions générales auxquelles les commandes font référence – à condition que les commandes aient été jointes ou soient incluses dans les conditions générales.²

Les tribunaux ont des opinions divergentes quant à savoir si la référence dans un connaissance à un contrat d'affrètement contenant

1. France: Cour d'Appel, Paris, 26 mars 1991 (*Comité Populaire de la Municipalité d'El Mergeb c. Société Dalico Contractors*) Revue de l'Arbitrage 1991, p. 456.
2. Etats-Unis: United States District Court, Western District of Washington, 19 mai 2000 (*Richard Bothell and Justin Bothell/Atlas v. Hitachi, et al.*, 19 mai 2000, 97 F.Supp.2d. 939 (W.D. Wash. 2000); Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001) pp. 939-948 (US no. 342).

une convention d'arbitrage est suffisante. Ici également, le critère recommandé est de déterminer si les parties connaissaient ou auraient dû connaître l'existence d'une convention d'arbitrage. Si le connaissance mentionne spécifiquement la clause compromissoire dans le contrat d'affrètement, ceci est considéré comme suffisant.³ Les tribunaux ont été moins enclins à considérer une référence générale à un contrat d'affrètement comme suffisante.⁴ En outre, un connaissance faisant simplement référence au contrat d'affrètement contenant une clause compromissoire ne peut pas constituer l'accord du destinataire de soumettre d'éventuels litiges à l'arbitrage, lorsque le contrat d'affrètement n'a pas été communiqué au destinataire.⁵

- (ii) *Clause compromissoire contenue dans un contrat non signé mais exécuté ultérieurement par toutes les parties conformément à ses termes*
 Dans ce cas, le consentement de soumettre le litige à l'arbitrage doit être établi selon les circonstances du cas d'espèce. Une solution unique ne peut être établie.
-

3. *Espagne*: Audencia Territorial, Barcelona, 9 avril 1987, 5 Revista de la Corte Española de Arbitraje (1988-1989); Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) pp. 671-672 (Spain no. 25).
4. *Etats-Unis*: United States District Court, Southern District of New York, 18 août 1977 (*Coastal States Trading, Inc. v. Zenith Navigation SA and Sea King Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration IV (1979) pp. 329-331 (US no. 19) et United States District Court, Northern District of Georgia, Atlanta Division, 3 avril 2007 (*Interested Underwriters at Lloyd's and Thai Tokai v. M/T SAN SEBASTIAN and Oilmar Co. Ltd.*) 508 F.Supp.2d (N.D. GA. 2007) p. 1243; Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 935-943 (US no. 619);
Philippines: Supreme Court of the Republic of the Philippines, Second Division, 26 avril 1990 (*National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh v. Stolt-Nielsen Philippines, Inc.*) Yearbook Commercial Arbitration XXVII (2002) pp. 524-527 (Philippines no. 1).
5. *France*: Cour de Cassation, 29 novembre 1994, no. 92-14920.

DEMANDE DE RECONNAISSANCE D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE

- *Une offre contractuelle est envoyée avec une clause compromissoire et confirmée mais la confirmation contient des réserves générales ou des conditions suspensives*

Dans un pareil cas, il convient d'effectuer une distinction entre l'acceptation d'une offre et la contre-offre. L'on peut raisonnablement considérer que la convention d'arbitrage peut être reconnue si elle n'a pas expressément fait l'objet d'objections. Cela étant, les réserves générales n'affectent en principe pas la convention d'arbitrage. De même, d'éventuelles conditions suspensives (par exemple, les stipulations telles que "cette confirmation est sujette à précisions") n'affecteront pas la clause compromissoire, laquelle pourra être considérée comme ayant déjà fait l'objet d'un accord.⁶

- *Une offre contractuelle contenant une clause compromissoire est envoyée par une partie à l'autre partie, qui ne répond pas à l'offre mais exécute le contrat*
- Cette situation soulève la question du consentement tacite à l'arbitrage ou, en anglais, "implied arbitration". Les opérations économiques sont fréquemment réalisées sur la base de documents sommaires tels que les commandes ou les notes de réservation de fret ou "booking notes", lesquels ne requièrent pas nécessairement de réponse par écrit de l'autre partie.

En principe, l'acceptation tacite ne répond pas à l'exigence de forme écrite de la Convention de New York et certains tribunaux ont suivi ce point de vue.⁷ Cependant, en conformité avec l'interprétation selon

6. Etats-Unis: United States Court of Appeals, Second Circuit, 15 février 2001 (US *Titan Inc. v. Guangzhou ZhenHua Shipping Co.*) 241 F.3d (2nd Cir. 2001) p. 135; Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001) pp. 1052-1065 (US no. 354).
7. Voir par exemple Allemagne: Oberlandesgericht, Frankfurt am Main, 26 juin 2006 (*Manufacturer v. Buyer*) IHR 2007 pp. 42-44; Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 351-357 (Germany no. 103).

laquelle la Convention a cherché à s'aligner avec les pratiques du commerce international, certains tribunaux ont retenu que l'acceptation tacite d'une offre faite par écrit (i.e., par l'exécution d'obligations contractuelles⁸ ou par application des usages du commerce permettant la conclusion tacite de conventions d'arbitrage)⁹ devait être considérée comme suffisante au regard de l'article II(2).

En 2006, la CNUDCI a modifié l'article 7 (Définition et forme de la convention d'arbitrage) de sa Loi type sur l'arbitrage commercial international (voir l'**Annexe II**), afin de prévoir deux options. L'option I introduit une définition flexible de la convention écrite:

*“Article 7(3). Une convention d’arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, *du fait d’un comportement* ou par d’autres moyens.”*

Cette définition reconnaît qu'une consignation du "contenu" de la convention "sous une forme quelconque" est équivalente à la forme écrite traditionnelle. La forme écrite est toujours requise.

L'option II élimine l'exigence de forme écrite.

Bien que ces modifications n'aient pas d'impact direct sur la Convention de New York, elles indiquent une tendance à une lecture libérale de l'exigence de forme écrite de la Convention.

La CNUDCI a également recommandé que l'article II(2) de la Convention de New York soit appliqué "en reconnaissant que les cas s'y

8. *Etats-Unis*: United States District Court, Southern District of New York, 6 août 1997 (*Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998) pp. 1029-1037 (US no. 257).

9. *Allemagne*: Bundesgerichtshof, 3 décembre 1992 (*Buyer v. Seller*) Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) pp. 666-670 (Germany no. 42).

DEMANDE DE RECONNAISSANCE D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE

trouvant décrits ne sont pas exhaustifs" (voir la section IV.2.1 du présent Chapitre ainsi que l'**Annexe II**).

(iii) *Convention d'arbitrage contenue dans un échange de communications électroniques*

Le libellé de l'article II(2) visait les moyens de communication qui existaient en 1958. Il peut être raisonnablement interprété comme couvrant les moyens de communication modernes équivalents. Le critère est l'existence d'une consignation par écrit de la convention d'arbitrage. Tous les moyens de communication qui remplissent ce critère devraient être considérés comme conformes à l'exigence de l'article II(2), y compris les télécopies et les courriels.

En ce qui concerne les courriels, selon une approche conservatrice, l'exigence de forme écrite de la Convention est remplie si les signatures sont électroniquement fiables ou si l'échange de communications électroniques effectif peut être prouvé par d'autres moyens fiables. Cette dernière approche a été retenue par la CNUDCI dans les amendements de la Loi type sur l'arbitrage commercial international adoptés en 2006 (voir l'**Annexe III**).

IV.3. UNE CONVENTION D'ARBITRAGE A-T-ELLE ÉTÉ VALABLEMENT CONCLUE ET EST-ELLE VALABLE AU FOND?

Comme tout contrat, les conventions d'arbitrage sont sujettes aux règles concernant la formation et la validité matérielle des contrats. Ceci est sommairement exposé à l'article II(3), qui prévoit qu'un tribunal doit renvoyer les parties à l'arbitrage à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que la prétendue convention d'arbitrage est "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée".

Comme exposé ci-dessus, il convient de garder à l'esprit que les conventions d'arbitrage qui entrent dans le champ d'application de la Convention de New York sont présumées valables.

IV.3.1. *Contexte théorique*

Bien que l'article V(1)(a) fasse en premier lieu référence au droit auquel les parties ont soumis la convention d'arbitrage comme droit applicable à sa validité (voir le Chapitre III), dans la pratique, les parties choisissent rarement à l'avance le droit applicable à la formation et à la validité matérielle de leur convention d'arbitrage. C'est pourquoi cette détermination doit être faite par le tribunal saisi d'une contestation à cet égard. Il existe plusieurs possibilités mais les solutions les plus couramment adoptées sont (comme mentionné dans la Convention de New York) le droit du siège de l'arbitrage, lequel peut se situer dans un pays autre que celui du tribunal saisi (article V(1)(a) deuxième règle, par analogie), la *lex fori* ou le droit applicable au contrat dans son ensemble. Certains tribunaux ont également retenu la validité d'une convention d'arbitrage sans référence à un droit national mais en se référant exclusivement à la volonté commune des parties. En général, le choix du droit matériel semble être fonction du droit le plus favorable à la validité de la convention d'arbitrage.¹⁰

-
10. Un exemple de cette approche peut être trouvé à l'article 178(2) de la Loi fédérale sur le droit international privé (suisse):

“Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse.”

IV.3.2. *Pratique*

Les termes "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée" n'ont pas été définis par les rédacteurs de la Convention. Les développements qui suivent ont pour but de donner une définition à ces termes.

(i) "Caduque"

L'exception de la convention "caduque" peut être interprétée comme faisant référence aux cas dans lesquels la convention d'arbitrage est affectée par une invalidité à la base. Des exemples typiques d'exceptions entrant dans cette catégorie incluent la tromperie, le dol, la lésion, l'illicéité ou l'erreur. Un vice dans la formation de la convention d'arbitrage, tel que l'incapacité ou l'absence de pouvoir entrent également dans cette catégorie (voir également la section IV.1 du Chapitre III et l'article V(1)(a) incapacité).

Si le tribunal reconnaît le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage (voir la section III.3 du présent Chapitre), seule l'invalidité de la convention d'arbitrage, et non l'invalidité du contrat principal, devrait empêcher le tribunal de renvoyer les parties à l'arbitrage. Par exemple, un contrat dont le sujet est la répartition d'un marché en violation des règles sur la concurrence est illégal. Cependant, cette illégalité n'affecte pas le consentement des parties de soumettre leurs différends y relatifs à l'arbitrage, tel qu'exprimé dans la clause compromissoire contenue dans le contrat.

(ii) "Inopérante"

Une convention d'arbitrage inopérante au sens de l'article II(3) est une convention d'arbitrage qui a été valable mais qui a par la suite cessé de produire ses effets.

Cette exception inclut typiquement les cas de renonciation, révocation, répudiation ou de résiliation de la convention d'arbitrage. Une convention d'arbitrage doit également être considérée comme inopérante si le même litige entre les mêmes parties a déjà été tranché devant un tribunal étatique ou un tribunal arbitral (*res judicata* ou *ne bis in idem*).

(iii) “*Non susceptible d'être appliquée*”

Cette exception inclut les cas dans lesquels l'arbitrage ne peut procéder à cause d'empêchements physiques ou juridiques.

Les empêchements physiques de procéder à l'arbitrage peuvent naître dans de très rares cas, tels que le décès d'un arbitre nommé dans la convention d'arbitrage ou le refus d'un arbitre d'accepter sa nomination, alors que les parties ont expressément exclu son remplacement. Selon les dispositions spécifiques prévues par le droit applicable, ces cas peuvent mener à l'impossibilité d'appliquer la convention d'arbitrage.

Plus fréquemment, les clauses d'arbitrage sont mal rédigées au point d'empêcher juridiquement le commencement de la procédure d'arbitrage. Ces clauses sont généralement appelées “clauses pathologiques”. *Stricto sensu*, de telles conventions d'arbitrage sont caduques et ce moyen est souvent soulevé devant les tribunaux. De telles clauses devraient être interprétées selon le même droit que celui qui régit la formation et la validité matérielle de la convention d'arbitrage.

Les scenarios suivants sont fréquents dans la pratique.

- *Lorsque le renvoi à l'arbitrage est optionnel*

Certaines conventions d'arbitrage prévoient que les parties “peuvent” soumettre leur litige à l'arbitrage. Un tel libellé rend incertaine la volonté des parties de soumettre leur différend à l'arbitrage.

De telles clauses d'arbitrage devraient néanmoins être respectées, en accord avec le principe général d'interprétation selon lequel les clauses

DEMANDE DE RECONNAISSANCE D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE

d'un contrat doivent être interprétées dans le sens avec lequel elles peuvent toutes avoir un effet plutôt que dans le sens avec lequel certaines n'en auraient aucun.

- *Lorsque le contrat prévoit le recours à l'arbitrage et aux tribunaux étatiques*
Dans ce cas, il est parfois possible de concilier les deux stipulations et de respecter la convention d'arbitrage. Pour ce faire, le tribunal doit établir la réelle intention des parties. En particulier, les parties ne devraient être renvoyées à l'arbitrage que si elles ont effectivement souhaité soumettre leur litige à l'arbitrage, que ce soit en le combinant avec un autre mode de résolution des litiges.

Par exemple, la Haute Cour de Singapour a retenu, après une analyse détaillée, qu'un contrat qui soumettait "irrévocablement" un litige aux tribunaux de Singapour n'était pas nécessairement incompatible avec une autre clause du même contrat qui prévoyait le recours à l'arbitrage. Le tribunal a en effet estimé que les parties avaient voulu que leur différend soit tranché par voie d'arbitrage et que la référence aux tribunaux de Singapour était applicable parallèlement car elle identifiait la *lex arbitri*.¹¹

Cette interprétation suit le principe général selon lequel les clauses d'un contrat doivent être interprétées dans le sens avec lequel elles peuvent toutes avoir un effet.

- *Lorsque le règlement d'arbitrage ou l'institution d'arbitrage sont désignés de manière inexacte*

Dans certains cas, l'imprécision des clauses rend impossible la détermination par le tribunal étatique de l'institution d'arbitrage que les parties ont choisi. L'arbitrage ne peut alors procéder et le tribunal

11. Singapour: High Court, 12 janvier 2009 (*P.T. Tri-M.G. Intra Asia Airlines v. Norse Air Charter Limited*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 758-782 (Singapore no. 7).

étatique doit admettre sa compétence pour résoudre le différend. Dans d'autres cas, cependant, l'imprécision de la clause peut être surmontée par une interprétation raisonnable de celle-ci. Les tribunaux peuvent également soigner une clause pathologique en séparant une disposition qui la rend inapplicable, et en retenant suffisamment d'éléments de la convention d'arbitrage pour rendre l'arbitrage opérationnel.

Par exemple, aux Etats-Unis, le tribunal du district Est du Wisconsin a analysé une convention d'arbitrage qui prévoyait (dans la version anglaise) que les différends seraient réglés par voie d'arbitrage à Singapour "conformément au Règlement d'arbitrage international qui sera en vigueur" et (dans la version chinoise) que l'arbitrage serait mené "à la Singapore International Arbitration Institution".¹² Le tribunal l'a interprété comme signifiant "l'institution d'arbitrage bien connue, le Singapore International Arbitration Centre".

- *Lorsque la convention d'arbitrage ne prévoit aucune indication sur la manière de nommer les arbitres ("clauses en blanc")*

Il se peut que la clause compromissoire prévoie uniquement "Arbitrage général standard, le cas échéant, à Londres de la manière usuelle".

En général, une telle clause devrait uniquement être retenue si elle contient un élément permettant de lier la clause en blanc à un pays dont les tribunaux sont susceptibles de fournir un appui pour commencer l'arbitrage.

Un tel élément permettant de lier la clause en blanc peut être trouvé dans l'exemple ci-dessus. Les parties pourraient saisir les tribunaux anglais afin de faire nommer les arbitres. La clause en blanc peut également être retenue si "la manière usuelle" dont il est fait référence

12. *Etats-Unis*: United States District Court, Eastern District of Wisconsin, 24 septembre 2008 (*Slinger Mfg. Co., Inc. v. Nemak, S.A., et al.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 976-985 (US no. 656).

dans la clause permet d'identifier les éléments nécessaires pour commencer l'arbitrage. L'expression "manière usuelle" peut en effet être interprétée comme faisant référence aux pratiques antérieures entre les membres d'une même association professionnelle, suggérant ainsi, cas échéant, l'application des règles d'arbitrage de cette association.¹³

En l'absence de tout détail permettant de les lier, de telles clauses en blanc ne peuvent être retenues.

IV.4. EXISTE-T-IL UN DIFFÉREND, S'ÉLÈVE-T-IL AU SUJET D'UN RAPPORT DE DROIT DÉTERMINÉ, CONTRACTUEL OU NON CONTRACTUEL, ET LES PARTIES ONT-ELLE PRÉVU DE SOUMETTRE CE DIFFÉREND À L'ARBITRAGE?

Pour qu'un arbitrage ait lieu, il faut un différend entre les parties. Les tribunaux ne sont pas tenus de renvoyer les parties à l'arbitrage si aucun différend n'est survenu entre elles, bien que ce cas soit très rare.

Les différends doivent s'élever au sujet d'un rapport de droit déterminé, lequel peut être contractuel ou délictuel. Savoir si une action délictuelle est couverte dépend de la formulation de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire, si la clause est libellée en termes généraux, et si l'action délictuelle est suffisamment liée à la demande contractuelle.

Cependant, une partie à une convention d'arbitrage pourra encore faire valoir que les demandes soulevées à l'encontre de la partie qui se fonde sur la convention d'arbitrage ne relèvent pas de celle-ci.

13. Voir par exemple *Italie*: Corte di Appello, Genoa, 3 février 1990 (*Della Sanara Kustvaart-Bevrachting & Overslagbedrijf BV v. Fallimento Cap. Giovanni Coppola srl, in liquidation*), 46 Il Foro Padano (1991) cols. 168-17; Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992) pp. 542-544 (Italy no. 113).

IV.4.1. Contexte théorique

L'exigence selon laquelle le litige doit entrer dans le champ d'application de la convention d'arbitrage pour que les parties soient renvoyées à l'arbitrage figure implicitement à l'article II(3), qui prévoit comme condition que le litige soit "*un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article*".

IV.4.2. Pratique

- (i) *Faut-il interpréter le libellé de la convention d'arbitrage dans un sens large?*

Dans le cadre d'une interprétation stricte des termes "au sujet d'un rapport de droit déterminé", l'on peut parfois se demander si le terme anglais "arising under" doit être compris comme ayant un sens plus étroit que le terme "arising out of". La même question peut se poser au sujet des termes anglais "relating to" et "concerning".

Cependant, comme suggéré par la Cour d'appel anglaise dans l'affaire *Fiona Trust v. Privalov*,¹⁴ il conviendrait plutôt de déterminer si l'on peut véritablement conclure que les parties ont souhaité exclure la compétence du tribunal arbitral pour le litige en question. Comme la Cour l'a relevé,

"[l]es hommes d'affaires ordinaires seraient surpris des belles distinctions qui sont faites dans les affaires et du temps consacré à débattre afin de déterminer si un cas particulier relève de certains termes ou d'autres termes très similaires".

14. Royaume-Uni: England and Wales Court of Appeal, 24 janvier 2007 (*Fiona Trust & Holding Corporation & Ors v. Yuri Privalov & Ors*) [2007] EWCA Civ 20, para. 17; Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 654-682 at [6] (UK no. 77).

DEMANDE DE RECONNAISSANCE D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE

La Chambre des Lords a confirmé ce qui précède et a “salué” l'avis de la Cour d'appel.¹⁵

(ii) *Que faire lorsque la convention d'arbitrage contient des exceptions quant à son champ d'application?*

Le libellé de certaines conventions d'arbitrage peut sembler couvrir uniquement un certain type de demandes ou être limité à un objet spécifique. Cependant, il existe de nombreux désavantages à ce que des litiges découlant d'un même contrat soient attribués à des juridictions différentes. Ainsi, lorsque le libellé d'une clause compromissoire est large, et tout particulièrement lorsque l'exclusion du recours à l'arbitrage est libellée de manière vague, seule une preuve des plus probantes de la volonté d'exclure le recours à l'arbitrage pour la demande en question peut suffire.

IV.5. LA CONVENTION D'ARBITRAGE LIE-T-ELLE LES PARTIES AU LITIGE SOUMIS AU TRIBUNAL?

Dans quelle mesure un non-signataire peut-il être considéré comme partie à la convention d'arbitrage d'“origine” et peut-il demander et obtenir le renvoi à l'arbitrage?

IV.5.1. Contexte théorique

(i) *Les conventions d'arbitrage lient uniquement les parties*

La théorie de l'effet relatif des contrats s'applique aux conventions

15. Royaume-Uni: House of Lords, 17 octobre 2007 (*Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others v. Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others*) [2007] UKHL 40, para. 12; Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 654-682 at [45] (UK no. 77).

d'arbitrage. Cela signifie qu'une convention d'arbitrage ne confère de droits et n'impose d'obligations qu'aux parties à celle-ci. Le champ d'application de la convention d'arbitrage en ce qui concerne les parties sera appelé champ d'application "personnel".

(ii) *Les non-signataires peuvent également être parties à la convention d'arbitrage*

Le champ d'application personnel d'un contrat ne peut pas être défini uniquement au regard des seuls signataires de la convention d'arbitrage. A certaines conditions, des non-signataires peuvent également assumer les droits et obligations découlant d'un contrat. Par exemple, dans une relation entre mandant et mandataire, il est ordinaire que le contrat signé par le mandataire lie le mandant. Les successions, la théorie des groupes de sociétés, la levée du voile social et l'estoppel, parmi d'autres théories, peuvent également mener à conclure que les non-signataires ont assumé les droits et obligations d'une partie selon une convention d'arbitrage.

Le fait de lier un non-signataire à la convention d'arbitrage peut-il entrer en conflit avec l'exigence de forme écrite prévue par la Convention de New York? La réponse la plus convaincante est "non", pour plusieurs raisons.

La question de la validité formelle est indépendante de la détermination des parties à la convention d'arbitrage, question de fond, qui n'est pas sujette à des exigences de forme. Après avoir déterminé que l'on est en présence d'une convention d'arbitrage valable quant à la forme, établir quelles sont les parties liées par ladite convention se fait lors d'une étape différente. Les tiers qui ne sont pas expressément mentionnés dans une convention d'arbitrage passée par écrit peuvent néanmoins être inclus dans le champ d'application *ratione personae* de celle-ci. Par ailleurs, la Convention de New York n'empêche pas que le

consentement à l'arbitrage soit donné par une personne pour le compte d'une autre, notion au cœur des théories concernant le consentement tacite.

(iii) *Comment déterminer le champ d'application personnel de la convention d'arbitrage*

L'article II(3) requiert implicitement que le tribunal détermine le champ d'application personnel de la convention d'arbitrage lorsqu'il stipule que “[l]e tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage ...”.

Différentes bases légales peuvent être appliquées pour lier un non-signataire à une convention d'arbitrage. Les premières incluent les théories du consentement tacite, les tiers bénéficiaires, les garants, la cession et autres mécanismes de transfert de droits contractuels. Ces théories se basent sur l'intention des parties et, dans une large mesure, sur le principe de la bonne foi. Elles s'appliquent tant aux personnes privées qu'aux entités de droit public. Les secondes incluent les doctrines juridiques de la relation mandant-mandataire, les pouvoirs apparents, la levée du voile social, les relations de joint venture, les successions et l'estoppel. Ce second groupe ne se base pas sur l'intention des parties mais sur le droit applicable.

(iv) *Le droit applicable à la détermination du champ d'application personnel de la convention d'arbitrage*

Quel est le droit applicable afin de déterminer si un non-signataire est lié par une convention d'arbitrage?

La question devrait essentiellement être réglée selon le droit applicable à la convention d'arbitrage. En l'absence d'accord des parties sur ce point, l'on admet généralement que la convention d'arbitrage doit être soumise au droit du siège de l'arbitrage ou au droit applicable au

contrat en question ou encore, dans certains cas, à la *lex fori*. Cependant, certains tribunaux ont abordé la question en appliquant les règles généralement admises dans la pratique du commerce international ou *lex mercatoria*, considérant qu'il s'agissait d'une question de faits et d'appréciation des preuves.

IV.5.2. Pratique

(i) Quand le défendeur a-t-il un droit d'être renvoyé à l'arbitrage?

La réponse dépend du cas d'espèce. Un tribunal confronté à cette question devrait analyser celle-ci en tenant compte des circonstances et décider selon le contexte si l'on peut retenir qu'un non-signataire est lié par la convention d'arbitrage. Si c'est le cas, il est préférable de renvoyer les parties à l'arbitrage et de laisser le tribunal arbitral examiner la question et trancher celle-ci. Les tribunaux seront en mesure de revoir la décision du tribunal arbitral quant à l'incorporation d'un non-signataire à l'arbitrage lors d'un éventuel recours contre la sentence ou lors de la phase d'exécution de celle-ci.

Les tribunaux ont renvoyé à l'arbitrage dans des litiges impliquant des non-signataires lorsque le litige entre un signataire et un non-signataire semblait suffisamment lié à l'interprétation ou à l'exécution d'un contrat conclu par le signataire et qui contenait une clause compromissoire. Par conséquent, le litige en question a été considéré comme entrant vraisemblablement dans le champ matériel de la clause compromissoire.

Dans l'affaire du premier circuit intitulée *Sourcing Unlimited Inc. v. Asimco International Inc.*,¹⁶ Sourcing Unlimited (Jumpsource) avait conclu

16. Etats-Unis: United States Court of Appeals, First Circuit, 22 mai 2008 (*Sourcing Unlimited Inc. v. Asimco International Inc. and John F. Perkowski*), 526 F.3d 38, para. 9; Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 1163-1171 (US no. 643).

un contrat de société écrit avec ATL afin de répartir la production de pièces mécaniques et de partager les bénéfices en conséquence. Asimco était une filiale d'ATL et toutes deux avaient le même président. Le contrat prévoyait le recours à l'arbitrage en Chine. Les rapports se sont détériorés et Jumpsource a introduit une action à l'encontre d'Asimco et de son président devant les tribunaux des Etats-Unis, en accusant notamment Asimco d'entraver intentionnellement ses relations contractuelles et fiduciaires avec ATL. Les défendeurs ont déposé une demande de renvoi du litige à l'arbitrage. Ils ont allégué que, bien que non-signataires du contrat de société, la demande de Jumpsource à leur encontre devait être tranchée par un tribunal arbitral car les questions en litige découlaient clairement du contrat de société. Le tribunal a fait droit à cette demande. Il a estimé que “[l]e présent litige est *suffisamment lié* avec le contrat Jumpsource-ATL pour que l'application de l'estoppel soit appropriée” (italique ajouté).

(ii) *Que faire lorsque le tribunal constate que le défendeur n'est pas lié par la convention d'arbitrage?*

Si le tribunal estime que le non-signataire n'est pas lié par la convention d'arbitrage, il devra décider s'il convient de renvoyer les parties à l'arbitrage, tout en admettant sa compétence vis-à-vis du litige avec le non-signataire - ou, à l'inverse, admettre sa compétence pour l'ensemble du litige.

En effet, le problème suivant peut être soulevé: le renvoi à l'arbitrage des parties concernées pourrait avoir pour effet de “diviser” la résolution du litige en deux juridictions, avec le risque que chaque juridiction parvienne à des solutions différentes sur les mêmes questions de fait et de droit.

Certains tribunaux italiens ont retenu que lorsqu'un litige qui leur est soumis implique des parties à une convention d'arbitrage et des tiers (que le tribunal ne considère pas liés par la convention d'arbitrage) et

implique également des demandes connexes, la compétence du tribunal “absorbe” le litige dans son ensemble et la convention d’arbitrage devient “non susceptible d’être appliquée”.¹⁷ Une pareille proposition ne serait probablement pas suivie dans d’autres pays et ne doit pas être considérée comme reflétant une approche universelle.

Selon l’article II(3) de la Convention de New York, le tribunal doit renvoyer à l’arbitrage les parties à une convention d’arbitrage, à la demande de l’une d’elles, si les conditions de l’article II(3) sont remplies. Par conséquent, saisi d’une demande de renvoi à l’arbitrage d’une partie, un tribunal aura une marge de manœuvre limitée pour refuser de renvoyer à l’arbitrage les parties signataires de la convention d’arbitrage, en admettant sa compétence pour trancher le litige quant aux non-signataires.

IV.6. LE LITIGE EST-IL ARBITRABLE?

Un tribunal peut être saisi sur la base de l’exception selon laquelle la convention d’arbitrage porte sur un sujet non “susceptible d’être réglé par voie d’arbitrage” au sens de l’article II(1), et celle-ci ne devrait être ni reconnue, ni appliquée.

IV.6.1. *Une question “susceptible d’être réglée par voie d’arbitrage” est “arbitrable”*

Ces termes s’emploient par référence aux sujets qui ne sont pas “arbitrables” car ils appartiennent aux domaines régis exclusivement par

17. Italie: Corte di Cassazione, 4 août 1969, no. 2949 et Corte di Cassazione, 11 février 1969, no. 457, cité par A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Interpretation* (Kluwer, 1981) p. 162, note de bas de page 124.

les tribunaux étatiques. Chaque Etat décide en effet quels sujets peuvent ou non être résolus par la voie de l'arbitrage en fonction de ses choix politiques, sociaux et économiques. Des exemples classiques de sujets non arbitrables incluent les relations familiales (divorces, litiges en matière de paternité ...), les infractions pénales, les litiges en matière de droit du travail, les faillites, etc. Cependant, le domaine des sujets non arbitrables a considérablement rétréci avec les années en raison de l'acceptation croissante de l'arbitrage. De nos jours, il n'est pas exceptionnel que certains litiges de droit du travail ou de droit de la faillite soient arbitrables.

En outre, de nombreux Etats effectuent une distinction entre les arbitrages purement nationaux et les arbitrages internationaux, et prévoient un champ d'arbitrabilité plus large pour ces derniers.

IV.6.2. *Le droit applicable à la détermination de l'arbitrabilité du litige*

L'article II(1) est silencieux quant au droit selon lequel l'arbitrabilité du litige doit être déterminée, laissant aux tribunaux le soin de trancher cette question.

En ce qui concerne l'arbitrabilité au début du litige, les tribunaux ont le choix entre plusieurs options, y compris la *lex fori* (les critères d'arbitrabilité de l'Etat du for); la loi du siège de l'arbitrage; la loi régissant la convention d'arbitrage; lorsque la convention a été passée avec un Etat ou une entité étatique, la loi régissant la partie concernée; ou la loi de l'Etat dans lequel la sentence sera exécutée.

Dans la pratique, la solution la mieux adaptée et la moins problématique est l'application de la *lex fori*. Cette solution est la mieux adaptée (dans les cas où le tribunal étatique aurait été compétent en l'absence d'une convention d'arbitrage) à la Convention car elle est conforme à l'article V(2)(a), qui prévoit l'application des critères d'arbitrabilité de la *lex fori* en relation avec l'exécution des sentences. Elle

est également la moins problématique car l'application de critères d'arbitrabilité étrangers par les tribunaux nationaux est difficile, ces critères ne figurant pas toujours dans des lois mais étant le plus souvent établis par la jurisprudence, ce qui nécessite une analyse approfondie des ordres juridiques étrangers.

Dans les affaires impliquant un Etat en tant que partie, il est désormais généralement accepté qu'un Etat ne peut pas invoquer sa propre loi prévoyant la non-arbitrabilité du sujet en question.¹⁸

IV.6.3. Les conventions d'arbitrage international devraient faire l'objet de normes uniformes d'arbitrabilité

Dans tous les cas, les critères d'arbitrabilité doivent être interprétés en tenant compte de la présomption de validité des conventions d'arbitrage international consacrée dans la Convention de New York. Ainsi, les griefs de non-arbitrabilité qui pourraient être invoqués avec succès dans le cadre d'un arbitrage purement national ne pourront pas tous être invoqués avec le même succès à l'encontre d'une convention d'arbitrage international.

Il n'existe pas de critère universel pour distinguer les griefs de non-arbitrabilité pouvant être exclus dans les litiges internationaux. Certains droits contiennent des définitions formelles (telle la différence de nationalités); d'autres font référence, de manière plus intuitive, aux "transactions internationales" sans définition supplémentaire.

18. A teneur de l'article 177(2) de la Loi fédérale sur le droit international privé (suisse):

"Si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage."

V. RESUME

Sur la base du bref aperçu du régime de la Convention de New York concernant la reconnaissance des conventions d'arbitrage, les principes résumés ci-après sont applicables aux conventions d'arbitrage entrant dans le champ d'application de la Convention:

1. La Convention de New York visait à promouvoir le règlement des différends internationaux par l'arbitrage. Elle a prévu un régime favorable à l'exécution et à l'arbitrage.
2. Une convention d'arbitrage devrait être considérée comme valable quant à la forme si le tribunal est convaincu, dans une mesure raisonnable, qu'une offre d'avoir recours à l'arbitrage - faite par écrit - a été acceptée par l'autre partie. La Convention de New York prévoit une exigence maximum uniforme quant à la forme. Cependant, les tribunaux peuvent appliquer des exigences nationales moins strictes que celles de l'article II.
3. Les tribunaux devraient admettre un nombre limité d'exceptions concernant l'inexistence et l'invalidité des conventions d'arbitrage.
4. Une convention d'arbitrage peut lier des non-signataires.
5. Le tribunal devrait vérifier l'existence d'un différend entre les parties.
6. La non-arbitrabilité n'est pas directement régie par la Convention de New York, mais est laissée aux droits nationaux. Toutefois, les griefs de non-arbitrabilité devraient être admis restrictivement.

CHAPITRE III

LA DEMANDE DE RECONNAISSANCE ET D'EXECUTION D'UNE SENTENCE ARBITRALE

TABLE DES MATIERES

- I. INTRODUCTION**
- II. PHASE I - LES CONDITIONS A REMPLIR PAR LA PARTIE DEMANDERESSE (ARTICLE IV)**
 - II.1. Quels documents ?
 - II.2. Une sentence arbitrale authentifiée ou une copie certifiée conforme (*article IV(1)(a)*)
 - II.2.1. L'authentification
 - II.2.2. La certification
 - II.3. Une convention d'arbitrage originale ou une copie certifiée conforme (*article IV(1)(b)*)
 - II.4. En même temps que la demande
 - II.5. Les traductions
- III. PHASE II - LES MOTIFS DE REFUS (ARTICLE V) - GENERALITES**
 - III.1. Pas de révision au fond
 - III.2. La charge de la preuve incombe à la partie défenderesse
 - III.3. Une liste exhaustive des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution
 - III.4. Interprétation restrictive des motifs de refus
 - III.5. Le pouvoir discrétionnaire limité d'autoriser l'exécution en présence d'un motif de refus
- IV. LES MOTIFS DE REFUS DEVANT ETRE PROUVES PAR LA PARTIE DEFENDERESSE (ARTICLE V(1))**
 - IV.1. Premier motif de refus: l'incapacité d'une des parties et l'invalidité de la convention d'arbitrage (*article V(1)(a)*)
 - IV.1.1. L'incapacité d'une partie

CHAPITRE III

- IV.1.2. L'invalidité de la convention d'arbitrage
 - IV.2. Deuxième motif de refus: le défaut d'information et la violation des droits de la défense; le droit à un procès équitable (*article V(1)(b)*)
 - IV.2.1. Le droit à un procès équitable
 - IV.2.2. Le défaut d'information
 - IV.2.3. La violation des droits de la défense: l'impossibilité de faire valoir ses moyens
 - IV.3. Troisième motif de refus: la sentence porte sur un différend non visé par la convention d'arbitrage ou contenant des décisions qui dépassent ses termes (*article V(1)(c)*)
 - IV.4. Quatrième motif de refus: les irrégularités dans la constitution du tribunal arbitral ou dans la procédure d'arbitrage (*article V(1)(d)*)
 - IV.4.1. La constitution du tribunal arbitral
 - IV.4.2. La procédure d'arbitrage
 - IV.5. Cinquième motif de refus: la sentence n'est pas encore obligatoire, a été annulée ou suspendue (*article V(1)(e)*)
 - IV.5.1. La sentence n'est pas encore obligatoire
 - IV.5.2. La sentence a été annulée ou suspendue
 - (i) La sentence a été annulée
 - (ii) Les conséquences de l'annulation
 - (iii) La sentence a été "suspendue"
- V. LES MOTIFS DE REFUS POUVANT ETRE SOULEVES D'OFFICE PAR LES TRIBUNAUX (ARTICLE V(2))**
- V.1. Sixième motif de refus: l'objet du différend n'est pas arbitrable (*article V(2)(a)*)
 - V.2. Septième motif de refus: la contrariété à l'ordre public (*article V(2)(b)*)
 - V.2.1. Exemples de reconnaissance et d'exécution
 - V.2.2. Exemples de refus de reconnaissance et d'exécution
- VI. CONCLUSION**

I. INTRODUCTION

La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales peuvent, en principe, être accordées par les tribunaux partout dans le monde. Dans les pays autres que celui où la sentence a été rendue, l'exécution est habituellement basée sur la Convention de New York. Les effets juridiques de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence sont en principe limités au territoire sur lequel le tribunal étatique qui s'est prononcé est compétent.

Les tribunaux sont tenus, en vertu de l'article III, de reconnaître et d'exécuter les sentences arbitrales étrangères conformément aux règles de procédure applicables sur le territoire où la demande de reconnaissance et d'exécution est faite (voir le Chapitre I) et conformément aux conditions énoncées dans la Convention.

Les juridictions nationales peuvent appliquer trois sortes de dispositions pour exécuter les sentences:

- une loi spécifique d'application de la Convention de New York;
- une loi traitant en particulier de l'arbitrage international;
- la loi nationale d'arbitrage générale.

L'article III oblige les Etats contractants à reconnaître le caractère obligatoire des sentences entrant dans le champ d'application de la Convention, à moins que celles-ci ne soient visées par un des motifs de refus définis à l'article V. Les tribunaux peuvent toutefois autoriser l'exécution des sentences sur une base plus favorable que la Convention de New York (en vertu de l'article VII(1), voir le Chapitre I à cet égard). Ci-après, des exemples de questions non réglées par la Convention, qui sont par conséquent régies par la loi nationale:

- le tribunal compétent pour examiner la demande;
- l'administration de la preuve;
- les délais;
- les mesures provisoires et conservatoires;
- les voies de recours ouvertes contre une décision d'autorisation ou de refus de la reconnaissance et de l'exécution;
- les critères pour obtenir l'exécution forcée des actifs;
- le degré de confidentialité de la procédure de reconnaissance et d'exécution.

Dans tous les cas, la fixation de conditions relatives à la compétence et à la saisine des juridictions étatiques ne doit pas avoir pour effet de permettre à un Etat de revenir sur son obligation internationale d'exécuter les sentences étrangères (voir la section VI du Chapitre I).

La Convention de New York commande qu'il ne soit pas imposé de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales nationales. Cette disposition n'a pas posé de problèmes dans la pratique et a été appliquée à l'égard de divers aspects de l'exécution. La Cour suprême du Canada a, par exemple, estimé qu'en vertu de l'article III, aucune province canadienne ne pouvait imposer de délais plus courts, et donc plus rigoureux, pour demander l'exécution que le délai le plus long applicable aux sentences arbitrales nationales, prévu par l'une des provinces du Canada.¹

Les règles de procédure dont il est question dans la Convention de New York sont limitées à des questions telles que la forme de la demande et

1. *Canada: Supreme Court of Canada, 20 mai 2010 (Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation)* Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 343-345 (Canada no. 31).

les autorités compétentes, pour lesquelles la Convention de New York renvoie au droit national. *Les conditions à remplir pour obtenir l'exécution d'une sentence*, en revanche, sont prévues par la Convention de New York et sont exclusivement régies par la Convention de New York: en d'autres termes, la partie demanderesse (qui demande la reconnaissance ou l'exécution) doit uniquement produire l'original ou une copie de la convention d'arbitrage et de la sentence arbitrale et, le cas échéant, une traduction de celles-ci, et la partie défenderesse peut uniquement invoquer les motifs limitatifs de refus énumérés dans la Convention de New York. Ces aspects seront examinés en détail ci-après.

Après avoir produit les documents prévus à l'article IV, la demanderesse a le droit de bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence à moins que (i) la partie défenderesse ne prouve que l'un ou l'autre des motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence prévus à l'article V(1) s'appliquent ou que (ii) le tribunal n'estime que l'un des motifs prévus à l'article V(2) est applicable.

La règle générale qui doit être suivie par les tribunaux est la suivante: les motifs de refus définis à l'article V doivent être interprétés restrictivement, ce qui signifie que leur existence ne doit être acceptée que dans des cas graves. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne la violation de l'ordre public, ce grief étant souvent soulevé par des parties déçues de l'issue de l'arbitrage, mais très rarement retenu par les tribunaux. Ainsi, par exemple, bien que Londres soit l'un des plus grands centres financiers du monde, dans lequel les parties cherchent souvent à obtenir l'exécution d'une sentence, il n'existe pas de cas connu dans lequel un tribunal anglais aurait rejeté une sentence arbitrale sur le fondement de la violation de l'ordre public (voir la section V.2 du présent Chapitre).

En 2010, sur 35 ans de comptes-rendus de la Convention, le *Yearbook Commercial Arbitration* de l'ICCA a indiqué que dans 10 % des cas

seulement, la reconnaissance et l'exécution ont été refusées pour l'un des motifs prévus dans la Convention, bien que ce pourcentage soit en légère augmentation au cours des dernières années.

Les tribunaux abordent l'exécution sur la base de la Convention de New York avec:

- une approche favorable à l'exécution;
- une approche pragmatique, flexible, et non formaliste.

Cette attitude libérale, qui doit être recommandée, permet d'exploiter entièrement le potentiel de ce traité international – dont la réussite est indéniable et qui rassemble 145 Etats membres – de servir et de promouvoir le commerce international (voir la section I.2 de la Présentation générale).

II. PHASE I - LES CONDITIONS A REMPLIR PAR LA PARTIE DEMANDERESSE (ARTICLE IV)

A cette étape de la procédure, la charge de la preuve incombe à la partie demanderesse. Celle-ci a l'obligation de produire les documents énumérés dans la Convention de New York (article IV). La demanderesse doit uniquement produire des éléments de preuve *prima facie*. La phase I est régie par une approche favorable à l'exécution et une approche pratique du tribunal saisi de la demande d'exécution.

II.1. QUELS DOCUMENTS PRODUIRE?

Lorsqu'ils examinent une demande de reconnaissance et/ou d'exécution d'une sentence, les tribunaux vérifient que la demanderesse a produit, en même temps que la demande:

- la sentence originale dûment authentifiée ou une copie certifiée conforme de celle-ci (article IV(1)(a));
- la convention d'arbitrage originale dont il est question à l'article II ou une copie certifiée conforme de cette convention (article IV(1)(b)); et
- lorsque cela s'avère nécessaire, les traductions de ces documents dans la langue du pays dans lequel la sentence est invoquée.

II.2. UNE SENTENCE ARBITRALE AUTHENTIFIÉE OU UNE COPIE CERTIFIÉE CONFORME (*Article IV(1)(a)*)

II.2.1. *L'authentification*

L'authentification d'une sentence est le processus par lequel les signatures figurant sur la sentence sont confirmées par une autorité compétente. Le but de l'authentification de la sentence originale ou de l'obtention d'une copie certifiée conforme de la sentence est de confirmer qu'il s'agit bien du texte *authentique* et que ce texte est l'œuvre des arbitres qui ont été nommés. Il est extrêmement rare que cet aspect pose problème dans la pratique.

La Convention ne précise pas quel droit régit les conditions de l'authentification. Elle n'indique pas non plus si les conditions de l'authentification sont celles applicables dans le pays où la sentence a été rendue ou celles en vigueur dans le pays où la reconnaissance et l'exécution sont recherchées. La plupart des tribunaux semblent accepter toute forme d'authentification qui serait conforme à l'un ou l'autre des droits de ces pays. Dans une décision déjà ancienne, la Cour suprême d'Autriche a reconnu expressément que l'authentification peut être faite aussi bien conformément au droit du pays dans lequel la sentence a été rendue que conformément au droit du pays dans lequel l'exécution est

recherchée.² D'autres tribunaux appliquent leur propre droit à cette question.³

Plus récemment, la Cour suprême d'Autriche a reconnu que:

“la Convention de New York n'explique pas clairement si ce sont uniquement les conditions d'authenticité et d'exactitude de l'Etat dans lequel la sentence a été rendue qui s'appliquent à la sentence arbitrale et à la convention d'arbitrage ou, le cas échéant, à la copie de celles-ci, ou si les conditions de certification des documents étrangers dans l'Etat d'exécution doivent également être respectées”

et a conclu que:

“la Cour suprême défend de manière continue ... l'opinion selon laquelle les conditions de certification autrichiennes ne s'appliquent pas exclusivement.... [E]n conséquence, la Cour suprême estime que les certifications réalisées en conformité avec le droit de l'Etat dans lequel la sentence a été rendue sont suffisantes.”⁴

Les documents ont pour seul objet de prouver l'authenticité de la sentence et le fait que la sentence a été rendue sur la base d'une convention d'arbitrage définie par la Convention. Pour cette raison, les tribunaux allemands considèrent que l'authentification n'est pas

-
2. Autriche: Oberster Gerichtshof, 11 juin 1969, Yearbook Commercial Arbitration II (1977) p. 232 (Austria no. 3).
 3. Voir par exemple Italie: Corte di Cassazione, 14 mars 1995, no. 2919 (SODIME - Società Distillerie Meridionali v. Schuurmans & Van Ginneken BV) Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) pp. 607-609 (Italy no. 140).
 4. Autriche: Oberster Gerichtshof, 3 septembre 2008 (*O Limited, et al. v. C Limited*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 409-417 (Austria no. 20).

nécessaire lorsque l'authenticité d'une sentence n'est pas contestée: voir par exemple à ce sujet deux arrêts récents de la Cour d'appel de Munich.⁵

Il existe seulement quelques cas dans lesquels une partie n'a pas réussi à remplir ces conditions simples de procédure (c'est par exemple le cas d'une affaire tranchée par la Cour suprême d'Espagne en 2003, dans laquelle la partie demanderesse a uniquement produit des copies non certifiées et non authentifiées de la sentence).⁶ Les tribunaux ne peuvent pas demander à une partie de produire des documents supplémentaires, ni utiliser ces exigences de procédure comme des obstacles à la demande de reconnaissance et d'exécution, en recourant à une interprétation stricte de ces exigences.

II.2.2. *La certification*

Le but de la certification est de confirmer que la copie de la sentence est identique à l'original. La Convention ne précise pas quel droit régit la procédure de certification. L'on considère généralement qu'il s'agit de la *lex fori*.

Les catégories de personnes autorisées à certifier une copie seront généralement les mêmes que celles qui sont habilitées à authentifier l'original d'une sentence. En outre, la certification par le Secrétaire général de l'institution d'arbitrage qui a administré l'arbitrage est considérée comme étant suffisante dans la plupart des cas.

5. Allemagne: Oberlandesgericht, Munich, 17 décembre 2008 (*Seller v. German Assignee*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 359-361 (Germany no. 125); Oberlandesgericht, Munich, 27 février 2009 (*Carrier v. German Customer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 365-366 (Germany no. 127).
6. Espagne: Tribunal Supremo, Chambre civile, Session plénière, 1^{er} avril 2003 (*Satico Shipping Company Limited v. Maderas Iglesias*) Yearbook XXXII (2007) pp. 582-590 (Spain no. 57).

II.3. UNE CONVENTION D'ARBITRAGE ORIGINALE OU UNE COPIE CERTIFIÉE CONFORME (*Article IV(1)(b)*)

Cette disposition requiert simplement que la partie qui recherche l'exécution fournisse un document qui constitue, *prima facie*, une convention d'arbitrage valable. A ce stade, le tribunal ne doit pas vérifier si la convention est "écrite" conformément à l'article II(2) (voir la section IV.2 du Chapitre II) ou si cette convention est valable en vertu du droit applicable.⁷

L'examen détaillé de la validité de la convention d'arbitrage et de sa conformité à l'article II(2) de la Convention se déroule durant la phase II de la procédure de reconnaissance et d'exécution (voir la section IV.1 du présent Chapitre (Article V(1)(a)).

Les tribunaux des pays dans lesquels le droit national n'exige pas la production de l'original de la convention d'arbitrage ou d'une copie certifiée conforme de cette convention peuvent ignorer cette exigence, en vertu du principe du droit le plus favorable, contenu à l'article VII de la Convention (voir la section V.1 du Chapitre I). C'est le cas des tribunaux allemands, qui estiment systématiquement que les parties demanderesses dans une procédure d'exécution d'une sentence étrangère en Allemagne sur la base de la Convention de New York doivent uniquement fournir l'original authentifié de la sentence arbitrale ou une copie certifiée conforme de celle-ci.⁸

7. Voir par exemple *Singapour*: Supreme Court of Singapore, High Court, 10 mai 2006 (*Aloe Vera of America, Inc v. Asianic Food (S) Pte Ltd and Another*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 489-506 (Singapore no. 5).
8. Pour un exemple récent, voir *Allemagne*: Oberlandesgericht, Munich, 12 octobre 2009 (*Swedish Seller v. German Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 383-385 (Germany no. 134).

II.4. EN MÊME TEMPS QUE LA DEMANDE

Si les documents ne sont pas produits en même temps que la demande, les tribunaux permettent généralement aux parties de réparer ce vice dans le cours de la procédure d'exécution.⁹

Les juridictions italiennes estiment cependant que la production des documents est une condition nécessaire à l'introduction d'une procédure de reconnaissance ou d'exécution et que, si cette condition n'est pas remplie, la demande est irrecevable. La Cour de cassation italienne a décidé à plusieurs reprises que l'original de la convention d'arbitrage ou une copie certifiée conforme de celle-ci devait être produit au moment du dépôt de la demande d'exécution d'une sentence; sans cela, la demande est irrecevable. Le défaut peut être réparé par le dépôt d'une nouvelle demande d'exécution.¹⁰

II.5. LES TRADUCTIONS (Article IV(2))

La partie qui demande la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence doit produire une traduction de la sentence et de la convention d'arbitrage mentionnées à l'article IV(1)(a) et (b) si celles-ci ne sont pas rédigées dans une langue officielle du pays dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées (Article IV (2)).

9. Voir par exemple *Espagne*: Tribunal Supremo, 6 avril 1989 (*Sea Traders SA v. Participaciones, Proyectos y Estudios SA*) Yearbook XXI (1996) pp. 676-677 (Spain no. 27); *Autriche*: Oberster Gerichtshof, 17 novembre 1965 (*Party from F.R. Germany v. Party from Austria*) Yearbook Commercial Arbitration I (1976) p. 182 (Austria no. 1).
10. Pour un exemple récent, voir *Italie*: Corte di Cassazione, Première chambre civile, 23 juillet 2009, no. 17291 (*Micraware s.r.l. in liquidation v. Indicia Diagnostics S.A.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 418-419 (Italy no. 182).

Les tribunaux ont tendance à adopter une approche pragmatique. Même si la Convention de New York ne prévoit pas expressément que les traductions doivent être produites avec le dépôt de la demande de reconnaissance et d'exécution, un certain nombre de juridictions nationales ont toutefois exigé que la traduction soit déposée en même temps que la demande.

On peut relever les exemples suivants de cas dans lesquels une traduction n'a pas été requise:

- le Président du tribunal de première instance d'Amsterdam a décidé qu'aucune traduction de la sentence et de la convention d'arbitrage n'étaient nécessaires étant donné que ces documents étaient "établis en anglais, langue que nous maîtrisons suffisamment pour pouvoir en prendre pleinement connaissance";¹¹
- la Cour d'appel de Zürich a décidé qu'une traduction de l'intégralité du contrat contenant la clause d'arbitrage n'était pas nécessaire; une traduction de la partie du contrat contenant la clause d'arbitrage suffisait. Il convient de noter à cet égard que les contrats dans le domaine de la construction peuvent comprendre jusqu'à 1000 pages avec leurs annexes.¹²

Comme exemples de cas dans lesquels une traduction a été requise, on peut relever les cas suivants:

11. *Pays-Bas*: President, Rechtbank, Amsterdam, 12 juillet 1984 (*SPP (Middle East) Ltd. v. The Arab Republic of Egypt*) Yearbook Commercial Arbitration X (1985) pp. 487-490 (Netherlands no. 10).
12. *Suisse*: Bezirksgericht, Zurich, 14 février 2003 et Obergericht, Zurich, 17 juillet 2003 (*Italian party v. Swiss company*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) pp. 819-833 (Switzerland no. 37).

- la Cour d'appel fédérale d'Argentine a estimé qu'une traduction faite par un traducteur privé (par opposition à un traducteur officiel ou un traducteur juré) qui n'était pas enregistré pour exercer son activité dans la province où la procédure d'exécution se déroulait ne satisfaisait pas aux critères de la Convention;¹³
- la Cour suprême d'Autriche a été saisie d'un cas dans lequel la partie demanderesse avait uniquement produit la traduction du dispositif d'une sentence CCI. La Cour a décidé que l'affaire devait être renvoyée au tribunal de première instance devant lequel la demande d'exécution avait été faite, afin qu'il puisse être remédié à ce défaut.¹⁴

III. PHASE II - LES MOTIFS DE REFUS (ARTICLE V) - GENERALITES

Cette phase se caractérise par les principes généraux suivants:

- pas de révision au fond;
- la charge de la preuve de l'existence de motifs de refus incombe à la partie défenderesse;
- la liste des motifs pour lesquels la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées est exhaustive;
- les motifs de refus doivent être interprétés restrictivement;
- un pouvoir discrétionnaire limité d'accorder la reconnaissance et l'exécution en présence de motifs de refus.

13. *Argentine*: Cámara Federal de Apelaciones, Ville de Mar del Plata, 4 décembre 2009 (*Far Eastern Shipping Company v. Arhenpez S.A.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 318-320 (Argentine no. 3).

14. *Autriche*: Oberster Gerichtshof, 26 avril 2006 (*D SA v. W GmbH*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 259-265 (Austria no. 16).

III.1. PAS DE RÉVISION AU FOND

Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de substituer leur propre décision au fond à celle du tribunal arbitral, même si les arbitres ont commis une erreur de fait ou de droit.

La Convention ne permet pas un appel *de facto* sur des questions de procédure; au contraire, elle ne prévoit de motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution que dans l'hypothèse où l'autorité compétente estime qu'il y a eu une violation d'un ou plusieurs motifs de refus, la plupart de ces motifs impliquant une violation grave des droits de la défense.

III.2. LA CHARGE DE LA PREUVE INCOMBE À LA PARTIE DÉFENDERESSE

La partie défenderesse supporte la charge de la preuve et peut uniquement s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence sur le fondement des motifs prévus à l'article V(1). Ces motifs sont énumérés de façon exhaustive par la Convention de New York. Le tribunal peut uniquement refuser d'office la reconnaissance et l'exécution de la sentence pour les deux motifs prévus à l'article V(2).

III.3. UNE LISTE EXHAUSTIVE DES MOTIFS DE REFUS DE RECONNAISSANCE ET D'EXÉCUTION

En résumé, la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution peut uniquement invoquer et prouver l'un de ces cinq motifs suivants:

- (1) Il n'existe pas d'accord valable entre les parties de soumettre leur différend à l'arbitrage (article V(1)(a)) en raison de l'incapacité de l'une des parties ou de l'invalidité de la convention d'arbitrage;

- (2) La partie défenderesse n'a pas été dûment informée de la procédure, ou elle n'a pas eu l'occasion de faire valoir ses moyens (article V(1)(b)) en raison d'une violation des droits de la défense;
- (3) La sentence porte sur un différend non visé par la convention d'arbitrage conclue par les parties ou qui excède le champ d'application de cette convention (article V(1)(c));
- (4) La constitution du tribunal arbitral ou le déroulement de la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou à défaut d'une telle convention, n'a pas été conforme à la loi du pays dans lequel l'arbitrage a eu lieu (article V(1)(d));
- (5) La sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties, ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou selon la loi duquel, la sentence a été rendue (article V(1)(e)).

Ce sont les seuls motifs sur lesquels la partie défenderesse peut se baser.

Par ailleurs, les tribunaux peuvent refuser d'office la reconnaissance et l'exécution sur le fondement de l'un des motifs mentionnés ci-dessous. Cependant, dans la pratique, la partie défenderesse les invoquera également:

- (6) L'objet du différend n'est pas arbitrable selon la loi du pays dans lequel l'exécution est demandée (article V(2)(a));
- (7) La reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du pays dans lequel l'exécution est recherchée (article V(2)(b)).

III.4. INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DES MOTIFS DE REFUS

Ayant à l'esprit le but de la Convention, qui était "d'unifier les critères en vertu desquels ... les sentences arbitrales sont exécutées dans les Etats

signataires”¹⁵ (voir la section I.2 du Chapitre I), les rédacteurs de la Convention ont voulu que les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution des sentences soient interprétés et appliqués restrictivement et que le refus ne soit admis que dans des cas graves.

La plupart des tribunaux ont adopté cette approche d'interprétation restrictive des motifs figurant à l'article V. Par exemple, en 2003, la Cour d'appel du troisième circuit des Etats-Unis a estimé dans l'affaire *China Minmetals Materials Import & Export Co., Ltd. c. Chi Mei Corp.* que:

“En accord avec l'approche favorable à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, les tribunaux ont strictement limité les objections à l'exécution aux motifs formulés à l'article V de la Convention, et ont généralement interprété ces objections de manière restrictive.”¹⁶

De manière similaire, le New Brunswick Court of Queen's Bench a décidé en 2004 que:

“Les motifs de refus prévus à l'article V de la Convention de New York doivent être interprétés de manière restrictive et limitée.”¹⁷

Une question non réglée par la Convention est celle de savoir ce qu'il convient de faire si une partie à l'arbitrage est consciente d'un vice

15. *Etats-Unis*: Supreme Court of the United States, 17 juin 1974 (*Fritz Scherk v. Alberto-Culver Co.*) Yearbook Commercial Arbitration I (1976) pp. 203-204 (US no. 4).

16. *Etats-Unis*: US Court of Appeals, Third Circuit, 26 juin 2003 (*China Minmetals Materials Import and Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) pp. 1003-1025 (US no. 459).

17. *Canada*: New Brunswick Court of Queen's Bench, Trial Division, Judicial District of Saint John, 28 juillet 2004 (*Adamas Management & Services Inc. v. Aurado Energy Inc.*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) pp. 479-487 (Canada no. 18).

affectant la procédure arbitrale mais elle ne soulève pas d'objection durant l'arbitrage. La même question se pose au sujet des exceptions à la compétence qui sont soulevées pour la première fois au stade de l'exécution.

Le principe général de la bonne foi (ou la renonciation, l'estoppel ou la forclusion), qui s'applique tant aux aspects de procédure qu'aux aspects de fond, devrait empêcher les parties de garder des objections en réserve.¹⁸

Ainsi:

- le Tribunal fédéral de commerce du district Nord-Ouest de la Fédération de Russie a considéré qu'une exception fondée sur l'incompétence du tribunal arbitral, qui n'avait pas été soulevée durant l'arbitrage, ne pouvait pas être soulevée pour la première fois dans le cadre de la procédure d'exécution;¹⁹
- la Cour suprême d'Espagne a déclaré qu'elle ne pouvait comprendre que la partie défenderesse "rejette maintenant la convention d'arbitrage pour des motifs qu'elle aurait pu soulever durant l'arbitrage".²⁰

18. L'article 4 de la loi type CNUDCI, telle que modifiée en 2006, dispose:

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

19. Fédération de Russie: Federal Arbitrazh (Commercial) Court, Northwestern District, 9 décembre 2004 (*Dana Feed A/S v. OOO Arctic Salmon*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 658-665 (Russian Federation no. 16).

20. Espagne: Tribunal Supremo, Chambre civile, 11 avril 2000 (*Union Générale de Cinéma, SA v. X Y Z Desarrollos, SA*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 525-531 (Spain no. 50).

Ce principe est également appliqué par certains tribunaux lorsqu'une partie omet de soulever un grief dans le cadre du recours en annulation:

- la Cour d'appel de Berlin a décidé que la partie défenderesse allemande était privée du droit d'invoquer les motifs de refus d'exécution visés par la Convention de New York dans la mesure où elle s'était abstenu de les soulever dans le cadre du recours en annulation introduit en Ukraine dans le délai de trois mois prévu par le droit ukrainien. La Cour a considéré que, même si la Convention n'instituait aucune forme de forclusion, la disposition de forclusion (*Präklusion*) prévue pour les sentences nationales en droit allemand s'appliquait à l'exécution des sentences étrangères.²¹

III.5. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE LIMITÉ D'AUTORISER L'EXÉCUTION EN PRÉSENCE DE MOTIFS DE REFUS

Les tribunaux refusent généralement l'exécution lorsqu'ils estiment qu'il existe un motif de refus en vertu de la Convention de New York.

Certaines juridictions nationales considèrent cependant qu'elles disposent du pouvoir d'autoriser l'exécution même lorsque l'existence d'un motif de refus prévu par la Convention a été prouvée. Elles procèdent généralement de la sorte lorsque le motif de refus concerne une violation mineure des règles de procédure applicables à l'arbitrage (*cas de minimis*) ou lorsque la partie défenderesse a omis d'invoquer le

21. *Allemagne*: Kammergericht, Berlin, 17 avril 2008 (*Buyer v. Supplier*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 510-515 (Germany no. 119).

motif de refus au cours de l'arbitrage²² (voir également les cas décrits dans la section III.4 du présent Chapitre).

Ces tribunaux se fondent sur le libellé de la version anglaise de l'article V(1), qui commence par les termes suivants: "Recognition and enforcement of the award *may be refused ...*" (dont la traduction est: "La reconnaissance et l'exécution de la sentence *peuvent être refusées ...*"). Ce libellé apparaît également dans trois des cinq versions officielles de la Convention, à savoir, les versions chinoise, russe, et espagnole. La version française ne contient cependant pas de termes identiques et dispose que la reconnaissance et l'exécution "seront refusées".

-
22. Hong Kong: Supreme Court of Hong Kong, High Court, 15 janvier 1993 (*Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XIX (1994) pp. 664-674 (Hong Kong no. 6) et Supreme Court of Hong Kong, High Court, 16 décembre 1994 (*Nanjing Cereals, Oils and Foodstuffs Import & Export Corporation v. Luckmate Commodities Trading Ltd*) Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) pp. 542-545 (Hong Kong no. 9);
Îles Vierges britanniques: Court of Appeal, 18 juin 2008 (*IPOC International Growth Fund Limited v. LV Finance Group Limited*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 408-432 (British Virgin Islands no. 1);
Royaume-Uni: High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court) 20 janvier 1997 (*China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading*) Yearbook Commercial Arbitration XXIV (1999) pp. 732-738 (UK no. 52).

IV. LES MOTIFS DE REFUS DEVANT ETRE PROUVEES PAR LA PARTIE DEFENDERESSE (ARTICLE V(1))

IV.1. PREMIER MOTIF DE REFUS: L'INCAPACITE D'UNE PARTIE ET L'INVALIDITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE (*Article V(1)(a)*)

“... les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou ... la dite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue”.

IV.1.1. *L'incapacité d'une partie*

Les différentes questions soulevées par ce motif de refus comprennent les exceptions d'incapacité, telles qu'une incapacité mentale ou physique, le défaut d'autorité pour agir ou nom d'une personne morale, ou la minorité d'une partie contractante.

En outre, dans le contexte de l'article V(1)(a), le terme “incapacité” est interprété dans le sens du “défaut du pouvoir de contracter”. Cette hypothèse peut se présenter par exemple lorsque le droit applicable interdit à une partie, comme une entreprise détenue par l'Etat, de conclure une convention d'arbitrage pour certains types de litiges: ainsi, dans certains pays, les entreprises contrôlées par l'Etat peuvent se voir interdire par la loi de conclure une convention d'arbitrage relative à des contrats d'armement (voir cependant la section IV.6.2 du Chapitre II, citant l'exemple de la loi suisse sur le droit international privé).²³

²³. L'article 177(2) de la loi sur le droit international privé (suisse) dispose:

“Si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou

Il convient de noter que les Etats, les entreprises détenues par l'Etat et autres organismes de droit public ne sont pas exclus du champ d'application de la Convention uniquement en raison de leur statut. Les termes "personnes physiques ou morales" dont il est question à l'article I(1) de la Convention incluent en principe les entités de droit public qui concluent des contrats commerciaux avec des parties du secteur privé. Les tribunaux rejettent presque toujours l'exception fondée sur l'immunité soulevée par un Etat pour s'opposer à la reconnaissance d'une convention d'arbitrage ou à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale, sur la base de la théorie de l'immunité restreinte et de la renonciation à l'immunité. Les tribunaux invoquent également fréquemment la distinction entre les actes *de jure gestionis* et les actes *de jure imperii*, ou se fondent sur le principe *pacta sunt servanda* et la création d'un ordre public réellement international. Une telle distinction est également faite dans certains cas en relation avec l'exécution.

On peut citer comme exemple l'affaire *FG Hemisphere* de 2010 de Hong Kong, dans laquelle la reconnaissance et l'exécution de deux sentences arbitrales étrangères était demandée concernant des actifs de CSOE, une entreprise contrôlée par la République populaire de Chine (droits d'entrée dus par CSOE à la République Démocratique du Congo en rémunération de certains droits miniers).²⁴ Le gouvernement chinois soutenait qu'il appliquait, et qu'il l'avait toujours fait par le passé, la doctrine de l'immunité absolue des Etats souverains, et qu'en

une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage."

24. *Hong Kong: Court of Appeal*, 10 février 2010 et 5 mai 2010 (*FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, et al.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 392-397 (Hong Kong no. 24). Lors de la rédaction du présent ouvrage, un appel contre cette décision était pendant devant le tribunal de dernière instance de Hong Kong (Court of Final Appeal).

conséquence, les actifs de CSOE bénéficiaient de l'immunité contre les mesures d'exécution. La Cour d'appel de Hong Kong a toutefois estimé que les tribunaux de Hong Kong appliquaient la doctrine de l'immunité restreinte. En conséquence, la partie des actifs de CSOE qui n'était *pas* détenue à une fin de droit public ne bénéficiait pas de l'immunité d'exécution.

La Convention n'indique pas de quelle manière déterminer le droit applicable à la capacité des parties (la Convention stipule "*la loi à elles* (les parties) *applicable*"). Ce droit doit par conséquent être identifié en application des règles de conflit de lois de l'Etat du tribunal où la reconnaissance et l'exécution sont demandées. D'habitude, il s'agit du droit du domicile, pour ce qui concerne les personnes physiques, et du lieu de constitution, pour ce qui concerne les personnes morales.

IV.1.2. *L'invalidité de la convention d'arbitrage*

L'article V(1)(a) prévoit également un motif de refus lorsque la convention d'arbitrage "visée à l'article II" "n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée, ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue". Ce motif de refus est souvent invoqué dans la pratique.

Sur le fondement de ce motif de refus, les parties défenderesses soutiennent fréquemment que la convention d'arbitrage n'est pas valable en la forme étant donné qu'elle n'est pas "écrite", comme le requiert l'article II(2) (voir la section IV.2 du Chapitre II). Un autre motif de refus pouvant être invoqué concerne la prétendue absence d'accord de soumettre le différend à l'arbitrage au sens de la Convention de New York. Parmi d'autres exemples courants de moyens de défense avancés sur ce fondement, l'on peut citer les allégations d'illégalité, de contrainte ("duress") ou de fraude pour amener à la conclusion de la convention.

De temps à autre, une partie défenderesse peut invoquer ce motif de refus lorsqu'elle conteste le fait même d'être partie à la convention d'arbitrage. Pour trancher cette question, le tribunal doit réexaminer les faits de l'affaire, indépendamment de la décision prise par les arbitres à cet égard. Par exemple, dans l'affaire *Sarhank Group*, la partie défenderesse soutenait qu'il y avait aucune convention d'arbitrage signée par écrit entre les parties.²⁵ La Cour d'appel du deuxième circuit des Etats-Unis a décidé que le tribunal de district s'était fondé de manière erronée sur la décision des arbitres contenue dans la sentence, en vertu de laquelle la partie défenderesse était liée par la convention d'arbitrage conformément au droit égyptien, applicable au contrat. Selon la Cour, le tribunal de district aurait dû appliquer la loi fédérale des Etats-Unis à cette question lors de l'examen de la sentence dans la procédure d'exécution. La Cour a renvoyé l'affaire au tribunal de district afin que celui-ci "détermine en fait si la partie défenderesse avait donné son accord sur l'arbitrage ... conformément à toute règle reconnue par le droit américain des contrats ou le droit du mandat".

Dans la récente affaire *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co c. Pakistan*, la Cour suprême d'Angleterre a eu l'occasion de préciser la portée du principe de compétence-compétence en Angleterre.²⁶ La Cour suprême a retenu que, même si un tribunal arbitral avait le pouvoir de statuer sur sa propre compétence au titre d'une question préliminaire de procédure, lorsque, dans le cadre d'une demande d'equatur fondée sur la Convention de New York, une contestation relative à la compétence est formulée, le tribunal étatique saisi a le pouvoir de réexaminer l'affaire dans son ensemble afin de trancher la question relative à la compétence.

25. *Etats-Unis*: US Court of Appeals, Second Circuit, 14 avril 2005 (*Sarhank Group v. Oracle Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) pp. 1158-1164 (US no. 523).

26. *Royaume-Uni*: [2009] EWCA Civ 755; [2010] 2 W.L.R. 805 (CA (Civ Div)).

La Cour suprême a analysé la manière dont le principe de compétence-compétence était appliqué dans différents ordres juridiques à travers le monde. Au point 25 de sa décision, la Cour suprême note que “chaque pays ... applique une forme de contrôle judiciaire de la décision prise par les arbitres au sujet de leur propre compétence. Après tout, un contrat ne peut donner aucun pouvoir à un tribunal arbitral ... si les parties ne l'ont jamais conclu” (citant l'affaire *China Minmetals* des Etats-Unis, voir la note de bas de page 16).

Donc, même si le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, cela ne signifie pas qu'il est le seul à pouvoir le faire. Un tribunal saisi d'une demande d'*exequatur*, qui ne se trouve pas au siège de l'arbitrage, a le pouvoir de réexaminer la compétence du tribunal arbitral.

Même si la Cour suprême (Lord Collins) a reconnu que la tendance internationale était de limiter le réexamen des questions déjà tranchées par les tribunaux arbitraux et a également souligné l'approche favorable à l'exécution des sentences de la Convention de New York, elle a estimé qu'aucune de ces observations ne jouissait d'une priorité. La Cour a jugé qu'en vertu de loi anglaise de 1996 sur l'arbitrage (article 30), un tribunal arbitral siégeant en Angleterre est habilité à statuer sur sa propre compétence à titre préliminaire. Cependant, si la question est soumise à une juridiction nationale, cette dernière a l'obligation de procéder à un examen indépendant plutôt qu'à un simple contrôle formel de la décision des arbitres. La Cour suprême a considéré que la situation n'était pas différente en France, pays dans lequel la sentence arbitrale avait été rendue. Peu après l'arrêt de la Cour suprême d'Angleterre, la Cour d'appel de Paris a rejeté le recours en annulation contre les trois sentences arbitrales rendues dans le litige en question, estimant que la décision du tribunal arbitral de retenir sa compétence était justifiée.²⁷

27. France: Cour d'Appel de Paris, 17 février 2011 (*Gouvernement du Pakistan – Ministère des Affaires Religieuses c. Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*).

Même si la Cour d'appel n'a pas exprimé d'opinion sur la question de l'étendue du contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral, elle a néanmoins analysé de manière complète la décision de tribunal arbitral.

(Voir également la section III.2 du Chapitre II au sujet du pouvoir d'examen du juge à qui une partie demande le renvoi à l'arbitrage.)

IV.2. DEUXIÈME MOTIF DE REFUS: LE DÉFAUT D'INFORMATION ET LA VIOLATION DES DROITS DE LA DÉFENSE; LE DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE (*article V(1)(b)*)

"... la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou ... il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens".

L'article V(1)(b) prévoit le motif de refus selon lequel la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas eu la possibilité, ou à tout le moins une chance raisonnable, de faire valoir ses moyens étant donné (i) qu'elle n'a pas été informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage; ou (ii) qu'il lui a été impossible de faire valoir ses moyens pour une autre raison.

Ce motif de refus ne prévoit pas que la juridiction nationale adopte une position différente de celle du tribunal arbitral sur des questions de procédure. Ce qui doit être prouvé, c'est que la partie qui s'oppose à l'exécution de la sentence a été, d'une certaine manière, privée de son droit d'avoir sa cause examinée et jugée par le tribunal arbitral.

IV.2.1. *Le droit à un procès équitable*

L'article V(1)(b) requiert que les parties soient entendues au cours d'une audience présentant les exigences minimales d'un procès équitable. Les exigences minimales d'un procès équitable ont été définies par la Cour d'appel du septième circuit des Etats-Unis comme incluant "une information adéquate, une audience au cours de laquelle les preuves pourront être présentées, et une décision impartiale par l'arbitre". Par conséquent, les arbitres disposent d'une grande latitude quant à la manière dont ils souhaitent conduire la procédure, etc.

IV.2.2. *Le défaut d'information*

Il est inhabituel qu'une partie n'ait pas été informée de la désignation de l'arbitre ou de l'existence de la procédure d'arbitrage. Si une partie a participé activement à l'arbitrage, elle ne pourra se plaindre par la suite d'un défaut d'information.

Par contre, dans les procédures où la partie défenderesse fait défaut, la preuve de l'information revêt une importance particulière à tous les stades de la procédure.

Il peut y avoir un défaut d'information, par exemple, lorsqu'une partie a changé d'adresse sans en avertir l'autre partie ou lorsqu'une partie est établie dans une partie du monde où les télécopies et les autres modes de communication ne peuvent être réceptionnés de manière fiable. Dans ces cas, les arbitres et la demanderesse dans la procédure d'arbitrage doivent faire tout ce qui est raisonnablement possible pour porter l'existence de l'arbitrage et de la constitution du tribunal arbitral à la connaissance de la partie défenderesse et recueillir des preuves des efforts ainsi déployés. A défaut, l'exécution subséquente de la sentence arbitrale pourrait être refusée. Dans une de ces hypothèses, la Cour suprême de Suède a refusé de faire droit à la demande d'exécution,

estimant que les arbitres avaient ignoré le fait que les communications faites à une ancienne adresse de la partie suédoise avaient été retournées sans avoir été délivrées.²⁸

Cependant, le défaut peut parfois être un choix délibéré de la partie défenderesse. Certains tribunaux considèrent qu'il ne peut y avoir aucune violation des droits de la défense conformément à l'article V(1)(b) lorsque la notification de l'introduction de l'arbitrage a été reçue par la partie défenderesse, mais que cette dernière omet ou refuse de participer à la procédure. Le fait pour une partie de choisir de ne pas participer à l'arbitrage ne peut être considéré comme un motif de refus d'exécution.

IV.2.3. La violation des droits de la défense: l'impossibilité de faire valoir ses moyens

La fameuse affaire *Iran Aircraft Industries c. Avco Corp.* des Etats-Unis est un exemple dans lequel la reconnaissance et l'exécution ont été refusées au motif que la partie défenderesse n'avait pas eu la possibilité de faire valoir ses moyens.²⁹ Dans cette affaire, la partie défenderesse avait décidé, après avoir consulté le président du tribunal arbitral et sur avis de ce dernier (le président du tribunal arbitral avait par la suite été remplacé), de ne pas produire de factures à l'appui d'une analyse de dommages et intérêts qui avait été effectuée par un cabinet comptable. La partie défenderesse s'était fondée sur un résumé des factures et avait indiqué qu'elle était disposée à fournir des preuves additionnelles si cela s'avérait nécessaire. Le tribunal arbitral a finalement rejeté la demande

28. Suède: Högssta Domstolen, 16 avril 2010 (*Lenmorniiproekt OAO v. Arne Larsson & Partner Leasing Aktiebolag*) Yearbook XXXV (2010) pp. 456-457 (Sweden no. 7).

29. Etats-Unis: US Court of Appeals, Second Circuit, 24 novembre 1992 (*Iran Aircraft Industries and Iran Helicopter Support and Renewal Company v. Avco Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XVIII (1993) pp. 596-605 (US no. 143).

de dommages et intérêts au motif que les preuves étaient insuffisantes. La Cour d'appel du deuxième circuit des Etats-Unis a refusé la reconnaissance et l'exécution de la sentence, estimant que la partie ayant succombé n'avait pas eu la possibilité de faire valoir ses moyens sur la question des dommages et intérêts.

Un certain nombre de sentences se sont vues refuser la reconnaissance et l'exécution lorsque les arbitres n'ont pas agi de manière équitable compte tenu des circonstances.

Comme exemples de tels cas, on peut citer les affaires suivantes:

- la Cour d'appel de Naples a refusé l'exécution d'une sentence arbitrale rendue en Autriche au motif que le délai d'un mois entre la convocation de la partie italienne et la tenue de l'audience à Vienne était insuffisant, compte tenu du grave tremblement de terre qui avait frappée la région dans laquelle la défenderesse était établie;³⁰
- la Cour d'appel anglaise a confirmé un jugement qui avait refusé l'exécution d'une sentence arbitrale rendue en Inde au motif que la grave maladie d'une partie, qui avait été invoquée sans succès lors d'une audience devant le tribunal arbitral à l'appui d'une demande de report de l'audience, signifiait qu'il était illusoire d'espérer que cette partie puisse participer à l'audience et préparer sa défense;³¹
- la Haute Cour de Hong Kong a refusé l'exécution d'une sentence arbitrale, estimant que la Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international (CIETAC) n'avait pas donné

30. *Italie*: Corte di Appello, Naples (Section Salerno), 18 mai 1982 (*Bauer & Grossmann OHG v. Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele*) Yearbook Commercial Arbitration X (1985) pp. 461-462 (Italy no. 70).

31. *Royaume-Uni*: Court of Appeal (Civil Division), 21 février 2006 et 8 mars 2006 (*Ajay Kanoria, et al. v. Tony Francis Guinness*) Yearbook Commercial Arbitration XXXI (2006) pp. 943-954 (UK no. 73).

à la partie défenderesse la possibilité de soumettre ses observations sur les rapports de l'expert désigné par le tribunal arbitral.³²

Comme exemples d'objections fondées sur la violation des droits de la défense, rejetées, on peut citer les cas suivants:

- l'arbitre refuse de reporter une audience pour tenir compte des disponibilités d'un témoin de la partie qui s'oppose à l'exécution de la sentence;
- le tribunal arbitral refuse de reporter l'affaire et d'autoriser une procédure additionnelle de *discovery*;
- le tribunal arbitral refuse de reporter l'affaire et de suspendre la procédure malgré l'introduction d'une procédure de faillite;
- le tribunal arbitral se prononce sur des présomptions et sur la charge de la preuve;
- le tribunal arbitral se fonde prétendument sur de nouvelles théories juridiques dans la sentence alors que ces théories n'avaient pas été soumises à un débat contradictoire;
- le tribunal arbitral limite le contre-interrogatoire d'un témoin;
- les parties ne comparaissent pas à l'audience car elles craignent d'être arrêtées dans l'Etat du siège de l'arbitrage;
- un représentant d'une partie est dans l'impossibilité d'être présent à l'audience car il n'a pas réussi à obtenir un visa.

32. *Hong Kong: Supreme Court of Hong Kong, High Court, 15 janvier 1993 (Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd.) Yearbook Commercial Arbitration XIX (1994) pp. 664-674 (Hong Kong no. 6).*

IV.3. TROISIÈME MOTIF DE REFUS: LA SENTENCE PORTE SUR UN DIFFÉRENCE NON VISÉ PAR LA CONVENTION D'ARBITRAGE OU CONTENANT DES DÉCISIONS QUI DÉPASSENT SES TERMES (*article V(1)(c)*)

“... la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n’entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou ... contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l’arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l’arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées”.

Les motifs de refus figurant à l’article V(1)(c) sont les suivants:

- la sentence tranche un différend qui n’était pas envisagé par la convention d’arbitrage ou qui n’entre pas dans les termes de cette convention;
- la sentence se prononce sur des aspects qui dépassent le champ d’application de la convention d’arbitrage.

Les motifs de refus figurant à l’article V(1)(c) consacrent le principe selon lequel le tribunal arbitral est uniquement compétent pour trancher les questions que les parties ont accepté de soumettre à l’arbitrage.

Pour déterminer ce que les parties ont voulu soumettre au tribunal arbitral, il convient d’examiner la convention d’arbitrage et les demandes formulées par les parties dans le cadre de la procédure d’arbitrage. Les termes de la convention d’arbitrage, qui définissent ce que les parties sont convenues de soumettre au tribunal arbitral afin que celui-ci rende une décision, sont d’une importance cruciale; les questions à trancher doivent rester dans ce cadre.

Les clauses types publiées par les institutions d'arbitrage sont généralement rédigées de manière à donner au tribunal arbitral une compétence large lui permettant de trancher tous les litiges découlant du contrat conclu par les parties ou en relation avec celui-ci. Les questions qui portent sur le moment auquel l'arbitrage est initié (par exemple en cas de clauses d'arbitrage complexes prévoyant différentes phases et différentes périodes de discussion et de négociation) concernent généralement la recevabilité (non la compétence) et, à ce titre, elles ne sont pas contrôlées par les tribunaux (voir à ce sujet la section III.1 du Chapitre II sur le principe de la compétence-compétence et l'examen des conventions d'arbitrage par les tribunaux).

Les tribunaux peuvent autoriser une exécution partielle de la sentence si celle-ci excède la compétence du tribunal arbitral en partie uniquement. Pour ce faire, il faut cependant que la partie de la sentence qui relève de la compétence du tribunal arbitral puisse être dissociée du reste de la sentence. Cette solution ressort de l'article V(1)(c) *in fine* (“toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées”).

IV.4. QUATRIÈME MOTIF DE REFUS: LES IRRÉGULARITÉS DANS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL OU DANS LA PROCÉDURE D'ARBITRAGE (*article V(1)(d)*)

“... la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, ... elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu”.

L'article V(1)(d) envisage deux sortes de violations possibles, concernant:

- la constitution du tribunal arbitral;
- la procédure d'arbitrage.

IV.4.1. *La constitution du tribunal arbitral*

La première hypothèse visée par l'article V(1)(d) est applicable lorsqu'une partie est privée de son droit de désigner un arbitre ou de voir son différend tranché par un tribunal arbitral dont la composition reflète l'accord des parties.

Les cas dans lesquels une partie refuse de désigner un arbitre et où l'arbitre est alors désigné par un tribunal étatique, de même que les cas dans lesquels les arbitres font l'objet d'une demande de récusation et sont remplacés conformément aux règles choisies par les parties et au droit applicable, ne peuvent pas être invoqués pour s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence sur le fondement de l'article V(1)(d).

Selon l'article V(1)(d), les tribunaux doivent vérifier en premier lieu:

1. si les parties sont convenues de la constitution du tribunal arbitral;
2. si tel est le cas, déterminer le contenu de l'accord des parties;
3. si cet accord des parties a été violé;
4. ce n'est que dans l'hypothèse où les parties ne se sont pas mises d'accord sur la constitution du tribunal arbitral que les tribunaux doivent appliquer la loi du pays dans lequel l'arbitrage a eu lieu afin de déterminer si la constitution a bien été faite conformément à cette loi.

Par exemple, les parties peuvent avoir désigné, dans leur convention d'arbitrage, une institution de nomination chargée de nommer le président du tribunal arbitral ou l'arbitre unique mais, dans les faits, une

autre personne procède à la nomination. Un problème similaire se rencontre lorsque l'arbitre doit être choisi parmi un certain groupe de personnes mais est finalement choisi parmi un autre groupe. Dans un tel cas, les tribunaux doivent toutefois vérifier attentivement s'il est vraiment nécessaire de refuser l'exécution de la sentence au motif que la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution aurait été privée de ses droits, ou si, en réalité, elle a bénéficié d'une procédure d'arbitrage équitable, affectée uniquement d'un écart mineur de procédure. Il s'agit là d'une illustration du type de cas dans lesquels les tribunaux peuvent décider d'autoriser l'exécution si la violation est de faible importance (*règle de minimis*; voir la section III.5 du présent Chapitre).

Ainsi, dans l'affaire *China Nanhai*, la Haute Cour de Hong Kong a estimé que, même si l'accord spécifique des parties relatif à la constitution du tribunal arbitral n'avait pas été respecté, le tribunal saisi d'une demande d'exécution pouvait exercer son pouvoir d'appréciation pour accorder l'exécution de la sentence s'il estimait que la violation constatée n'avait pas de réelle importance.³³

La convention d'arbitrage peut prescrire que l'un des arbitres, voire plusieurs, devra avoir des qualités spécifiques. Elle peut par exemple prévoir que les arbitres devront maîtriser certaines langues, être ressortissants de tel ou tel pays, être inscrits au barreau d'un Etat particulier, titulaires d'un diplôme d'ingénieur, etc. Dans ces hypothèses, les tribunaux doivent vérifier attentivement si l'absence de l'une de ces qualités chez un arbitre est de nature à constituer une inégalité de procédure. Ainsi, si la convention d'arbitrage requiert de l'arbitre qu'il soit un "homme d'affaires", ou qu'il ait une expérience spécifique dans l'industrie, et que l'arbitre désigné est un avocat dépourvu de cette

33. *Hong Kong: Supreme Court of Hong Kong, High Court, 13 juillet 1994 (China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.) Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) pp. 671-680 (Hong Kong no. 8).*

qualification spécifique, il pourrait paraître justifié d'autoriser l'exécution de la sentence malgré cet écart de la convention des parties.

Parmi les exemples d'objections fondées sur la première hypothèse de l'article V(1)(d), rejetées par les tribunaux, on peut citer les affaires suivantes:

- la Cour d'appel de Munich a rejeté le moyen selon lequel la composition du tribunal arbitral n'était pas conforme à la convention des parties. Le tribunal arbitral était composé d'un seul arbitre, alors que la clause d'arbitrage prévoyait que le tribunal arbitral serait composé de deux arbitres ou plus. La Cour a constaté que la partie défenderesse connaissait la composition du tribunal arbitral et qu'elle n'avait pas soulevé d'objection durant l'arbitrage;³⁴
- dans une affaire soumise à la Cour suprême d'Espagne, la convention d'arbitrage prévoyait que les différends seraient tranchés par voie d'arbitrage auprès de l'Association Cinématographique Professionnelle de Conciliation et d'Arbitrage (ACPCA), en France. La partie défenderesse n'ayant pas désigné d'arbitre, cette désignation est intervenue à l'initiative du Président de la Fédération internationale des associations de producteurs de films (FIAPF). La Cour a rejeté le moyen de la partie défenderesse selon lequel cette désignation constituait une violation de la convention des parties, estimant que cette désignation était conforme aux dispositions prévues par le règlement de l'ACPCA.³⁵

34. *Allemagne*: Oberlandesgericht, Munich, 15 mars 2006 (*Manufacturer v. Supplier, in liquidation*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 499-503 (Germany no. 117).

35. *Espagne*: Tribunal Supremo, Chambre civile, 11 avril 2000 (*Union Générale de Cinéma, SA v. X Y Z Desarrollos, SA*) Yearbook XXXII (2007) pp. 525-531 (Spain no. 50).

Comme exemples de cas où les objections ont été admises sur la base de la première hypothèse de l'article V(1)(d), on peut citer les affaires suivantes:

- en 1978, la Cour d'appel de Florence a estimé qu'un tribunal arbitral composé de deux arbitres et siégeant à Londres violait la convention d'arbitrage conclue par les parties, bien que cette composition ait été conforme à la loi du pays dans lequel l'arbitrage avait eu lieu. La clause d'arbitrage prévoyait la nomination de trois arbitres, mais les deux arbitres désignés par les parties n'avaient pas désigné de troisième arbitre, étant donné qu'ils étaient d'accord sur la solution à apporter au litige, ce que le droit anglais permettait à l'époque;³⁶
- la Cour d'appel du deuxième circuit des Etats-Unis a refusé la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale au motif que l'accord des parties quant à la constitution du tribunal arbitral avait été violé. Selon la Cour, la procédure de désignation des arbitres prévue conventionnellement n'avait pas été suivie. Un tribunal avait désigné le président du tribunal arbitral, à la demande d'une partie, avant que les deux arbitres désignés par les parties aient eu le temps de s'entendre sur la nomination du président du tribunal arbitral, comme le prévoyait la convention d'arbitrage.³⁷

36. *Italie*: Corte di Appello, Florence, 13 avril 1978 (*Rederi Aktiebolaget Sally v. srl Termarea*) Yearbook Commercial Arbitration IV (1979) pp. 294-296 (Italy no. 32).

37. *Etats-Unis*: United States Court of Appeals, Second Circuit, 31 mars 2005 (*Encyclopaedia Universalis S.A. v. Encyclopaedia Britannica, Inc.*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) pp. 1136-1143 (US no. 520).

IV.4.2. *La procédure d'arbitrage*

L'objet de la Convention de New York n'est pas de donner à la partie qui a succombé une voie d'appel à l'encontre des décisions de procédure prises par le tribunal arbitral. Le motif de refus mentionné à l'article V(1)(d) ne doit pas servir à refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence au motif que le tribunal saisi d'une telle demande est d'un avis juridique différent de celui des arbitres sur la question de savoir, par exemple, s'il convient d'entendre ou non un témoin, d'autoriser un nouveau contre-interrogatoire, ou de définir le nombre de mémoires que les parties sont autorisées à produire.

La deuxième hypothèse prévue à l'article V(1)(d) vise les déviations plus fondamentales de la procédure sur laquelle les parties se sont entendues. Cela inclut les situations dans lesquelles les parties sont convenues d'utiliser le règlement d'arbitrage d'une institution mais l'arbitrage est mené selon les règles d'une autre institution, ou les situations dans lesquelles les parties sont convenues qu'aucun règlement d'arbitrage d'une institution ne sera applicable.

Parmi les exemples d'objections fondées sur la deuxième hypothèse visée par l'article V(1)(d), rejetées par les tribunaux, on peut citer les affaires suivantes:

- la Cour d'appel de Brême a rejeté l'argument de la partie défenderesse selon lequel la procédure d'arbitrage, qui s'était tenue en Turquie, ne s'était pas déroulée conformément au Code de procédure civile turc étant donné que le tribunal arbitral n'avait pas fait droit à la demande de la partie défenderesse d'organiser une audience et qu'il avait écarté son offre de nouvelles preuves. La Cour

a estimé que le tribunal arbitral avait agi conformément au règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce d'Istanbul, qui avait été choisi par les parties;³⁸

- devant la Cour de district du Nord de la Floride, aux Etats-Unis, la partie défenderesse Devon (demanderesse dans la procédure d'arbitrage, menée auprès de la Commission d'arbitrage maritime de Chine) soutenait que l'arbitrage ne s'était pas déroulé conformément à la loi de la République populaire de Chine étant donné que la Commission d'arbitrage maritime de Chine avait rejeté la demande reconventionnelle de la partie adverse, mais avait par la suite permis à cette partie d'introduire une action distincte, qui avait été jointe ultérieurement à la procédure initiée par Devon. La Cour a rejeté ce grief, estimant que Devon ne prouvait pas en quoi la décision de la Commission d'arbitrage maritime de Chine était irrégulière selon le droit chinois.³⁹

Comme exemples d'objections admises sur la base de la deuxième hypothèse visée par l'article V(1)(d), on peut citer les affaires suivantes:

- une Cour d'appel suisse a refusé la reconnaissance et l'exécution d'une sentence rendue en Allemagne au motif que la procédure d'arbitrage ne s'était pas déroulée en conformité avec la convention des parties; la convention d'arbitrage prévoyait que l'arbitrage devait se dérouler à Hambourg et que tous les différends devaient être

38. *Allemagne*: Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, 30 septembre 1999 (*Claimant v. Defendant*) Yearbook Commercial Arbitration XXXI (2006) pp. 640-651 (Germany no. 84).

39. *Etats-Unis*: United States District Court, Northern District of Florida, Pensacola Division, 29 mars 2010 (*Pactrans Air & Sea, Inc. v. China National Chartering Corp., et al.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 526-527 (US no. 697).

régis au cours d'une seule et même procédure d'arbitrage. En dépit de cette convention, l'arbitrage s'était déroulé en deux étapes: en premier lieu, un arbitrage "qualité" par deux experts, et ensuite, un arbitrage classique, avec trois arbitres;⁴⁰

- une Cour d'appel turque a refusé la reconnaissance et l'exécution d'une sentence rendue en Suisse au motif que la loi de procédure choisie par les parties n'avait pas été appliquée;⁴¹
- la Cour de cassation italienne a autorisé l'exécution d'une sentence rendue à Stockholm mais a refusé l'exécution d'une sentence rendue à Pékin dans le cadre du même litige. La Cour a estimé que la sentence rendue à Pékin violait la convention des parties, qui prévoyait la tenue d'un seul arbitrage, soit à Stockholm, soit à Pékin, en fonction de la partie qui initierait la procédure d'arbitrage.⁴²

IV.5. CINQUIÈME MOTIF DE REFUS: LA SENTENCE N'EST PAS ENCORE OBLIGATOIRE, A ÉTÉ ANNULÉE OU SUSPENDUE (*article V(1)(e)*)

"... la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue".

40. *Suisse*: Appellationsgericht, Basel-Stadt, 6 septembre 1968 (*Corporation X AG, buyer v. Firm Y, seller*) Yearbook Commercial Arbitration I (1976) p. 200 (Switzerland no. 4).
41. *Turquie*: Court of Appeals, 1^{er} février 1996 (*Osuuskunta METEX Andelstag V.S. v. Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü General Directorate, Ankara*) Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997) pp. 807-814 (Turkey no. 1).
42. *Italie*: Corte di Cassazione, 7 février 2001, no. 1732 (*Tema Frugoli SpA, en liquidation v. Hubei Space Quarry Industry Co. Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 390-396 (Italy no. 170).

L'article V(1)(e) prévoit un motif de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale si la partie défenderesse prouve que la sentence:

- n'est pas encore obligatoire pour les parties; ou
- a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou selon la loi duquel, la sentence a été rendue.

IV.5.1. La sentence n'est pas encore obligatoire

Le terme “obligatoire” a été utilisé par les rédacteurs de la Convention de New York dans ce contexte en lieu et place du terme “définitive” (qui avait été utilisé dans le même contexte dans la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères).⁴³ Le choix du terme “obligatoire” cherchait à préciser qu'une partie était autorisée à solliciter la reconnaissance et l'exécution d'une sentence une fois que celle-ci avait été rendue par le tribunal arbitral. Cela signifiait que cette partie n'avait pas à obtenir *l'exequatur* ou une autorisation particulière d'un tribunal de l'Etat dans lequel la sentence avait été rendue (ou selon la loi duquel la sentence avait été rendue), contrairement à ce qui était prévu dans la Convention de Genève de 1927 (système du double *exequatur*).

Il est universellement reconnu, tant par la doctrine que la jurisprudence, que le double *exequatur* n'est pas nécessaire en vertu de la Convention de New York.

Les tribunaux divergent cependant sur la détermination du moment à partir duquel une sentence peut être considérée comme “obligatoire” au sens de l'article V(1)(e). Certains tribunaux estiment que cette question

43. Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à Genève le 26 septembre 1927.

doit être réglée conformément à la loi du pays dans lequel la sentence a été rendue.⁴⁴ D'autres considèrent que cette question est indépendante de la loi applicable à la sentence et estiment que les sentences arbitrales étrangères sont obligatoires dès le moment où les voies de recours ordinaires à l'encontre des sentences ne sont pas ou plus disponibles.⁴⁵ Cela signifie que la sentence ne peut plus faire l'objet d'un recours au fond, que ce soit devant un tribunal arbitral ou devant un tribunal étatique. Dans ce contexte, les tribunaux étatiques se réfèrent parfois à la convention des parties. Si les parties ont, par exemple, choisi de recourir à l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, l'article 34(6) du règlement en vigueur depuis le 1er janvier 2012 dispose que “[t]oute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties ...”.

IV.5.2. *La sentence a été annulée ou suspendue*

(i) *La sentence a été annulée*

Les tribunaux compétents pour annuler une sentence sont uniquement ceux du pays dans lequel la sentence a été rendue ou est présumée avoir été rendue, c'est-à-dire le pays du siège de l'arbitrage (voir à ce sujet la section III.1.1 du Chapitre I). Ces tribunaux sont réputés avoir une compétence “de contrôle” ou une compétence “primaire” vis-à-vis de la sentence. En revanche, les tribunaux saisis d'une demande de reconnaissance et d'exécution sont réputés avoir une compétence

44. Voir par exemple *France*: Tribunal de Grande Instance de Strasbourg, 9 octobre 1970 (*Animalfeeds International Corp. v. S.A.A. Becker & Cie*) Yearbook Commercial Arbitration II (1977) p. 244 (France no. 2).

45. Voir par exemple *Suisse*: Tribunal fédéral, Première Cour de droit civil, 9 décembre 2008 (*Compagnie X SA v. Federation Y*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 810-816 (Switzerland no. 40).

“d'exécution” ou une compétence “secondaire” vis-à-vis de la sentence, limitée à la vérification de l'existence d'éventuels motifs de refus de reconnaissance et d'exécution prévus par la Convention de New York.

Dans de nombreux pays, pour que le motif de refus d'exécution basé sur l'annulation de la sentence soit retenu, la sentence doit avoir été définitivement annulée par le tribunal disposant de la compétence primaire. Une simple demande d'annulation de la sentence ne suffit pas. Ceci empêche dès lors la partie ayant succombé dans la procédure arbitrale de retarder l'exécution de la sentence par l'introduction d'un recours en annulation.

La situation dans laquelle une demande d'annulation ou de suspension de la sentence a été introduite est couverte par l'article VI, qui prévoit que le tribunal peut, dans ce cas, seconder à statuer sur l'exécution de la sentence s'il l'estime approprié. Le recours en annulation ou la demande de suspension doivent toutefois avoir été introduits devant la juridiction compétente, visée à l'article V(1)(e), c'est-à-dire la juridiction qui dispose de la compétence primaire.

(ii) *Les conséquences de l'annulation*

Bien qu'une sentence ait été annulée dans le pays dans lequel, ou selon la loi duquel, la sentence a été rendue, les tribunaux d'un autre pays pourraient accorder la reconnaissance et l'exécution sur un autre fondement que la Convention de New York. La France est l'exemple le plus connu où une sentence peut être déclarée exécutoire en dépit de l'annulation de cette sentence dans son pays d'origine. Pour parvenir à une telle solution, la France ne se fonde pas sur la Convention de New York mais sur le droit français, conformément au principe du droit le plus favorable contenu à l'article VII(1) de la Convention. Cette disposition permet aux tribunaux d'appliquer un régime plus favorable

à l'exécution des sentences que celui prévu par la Convention de New York, c'est-à-dire de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale là où la Convention ne le permettrait pas (voir la section V.1 du Chapitre I).

(iii) *La sentence a été “suspendue”*

L'article V(1)(e) prévoit également que l'exécution d'une sentence peut être refusée si la partie contre laquelle la sentence est invoquée prouve que la sentence a été “suspendue” par un tribunal dans le pays dans lequel, ou selon la loi duquel, la sentence a été rendue. Comme indiqué dans la section IV.5.2. (i) ci-dessus, l'article VI de la Convention autorise un tribunal à surseoir à statuer sur l'exécution si la partie défenderesse a introduit une demande de suspension de la sentence devant les tribunaux du pays d'origine.

La Convention ne précise pas ce qu'il faut entendre par “suspension” de la sentence. Les tribunaux interprètent généralement ce terme comme signifiant la suspension du caractère exécutoire de la sentence par *un tribunal* du pays d'origine (et non pas par l'effet de la loi, par exemple à la suite de l'introduction d'un recours en annulation).

V. LES MOTIFS DE REFUS POUVANT ETRE SOULEVES D'OFFICE PAR LES TRIBUNAUX (ARTICLE V(2))

L'article V(2) de la Convention dispose:

“La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

(a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou

(b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays."

Les motifs de refus figurant à l'article V(2) protègent les intérêts publics de l'Etat dans lequel l'exécution est demandée et, en conséquence, les tribunaux peuvent se fonder sur ces motifs de refus d'office lors d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence. Le plus souvent, la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution invoquera également ces motifs de refus lorsqu'elle estime qu'ils sont applicables.

V.1. SIXIÈME MOTIF DE REFUS: L'OBJET DU DIFFÉREND N'EST PAS ARBITRABLE (*article V(2)(a)*)

En résumé, la non-arbitrabilité du litige prévue à l'article V(2)(a) peut être invoquée lorsque le litige concerne des aspects qui sont réservés à la compétence des tribunaux étatiques.

Par exemple, les affaires en matière pénale ne sont pas arbitrables; de même, les affaires réservées à la compétence exclusive des tribunaux étatiques ne sont pas arbitrables, comme par exemple:

- le divorce;
- la garde des enfants;
- la liquidation du régime matrimonial;
- les testaments;
- la faillite;
- la liquidation des sociétés.

La tendance actuelle est à la limitation des catégories de litiges qui sont exclusivement réservés aux tribunaux. Cette situation est le résultat d'une série de facteurs, notamment une volonté de limiter les coûts, une

plus grande ouverture des tribunaux vis-à-vis du consentement des parties d'avoir recours à l'arbitrage, et le soutien de l'arbitrage international par le biais des lois nationales. A cet égard, il convient de relever que la notion d'arbitrabilité a une signification différente dans le contexte international et dans le contexte national (voir la section V.2 du présent Chapitre pour la distinction entre l'ordre public et l'ordre public international). (Voir également la section IV.6.1 du Chapitre II sur les questions susceptibles d'être réglées par voie d'arbitrage).

La question de savoir si un différend est arbitrable doit être réglée conformément à la loi du pays dans lequel la demande de reconnaissance et d'exécution est faite. La non-arbitrabilité devrait en toute hypothèse concerner la partie principale de la demande et non une question accessoire.

Peu de cas de refus d'exécution sur le fondement de l'article V(2)(a) ont été reportés. On peut notamment citer:

- un arrêt de la Cour de cassation de Belgique ayant refusé l'exécution d'une sentence au motif que l'objet du différend, qui concernait la résiliation d'une concession exclusive de vente, n'était pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage en droit belge, étant donné que les tribunaux belges disposent à cet égard d'une compétence exclusive sur la base d'une législation spécifique relative à la résiliation des concessions de vente exclusives à durée indéterminée;⁴⁶
- une décision du Tribunal fédéral de commerce du district de Moscou ayant estimé qu'une sentence rendue en Slovaquie ne pouvait être exécutée car elle avait été rendue après que la partie défenderesse russe ait été déclarée en faillite par un tribunal de commerce russe.

46. *Belgique*: Cour de Cassation, Première chambre, 28 juin 1979 (*Audi-NSU Union AG v. SA Adelin Petit & Cie*) Yearbook Commercial Arbitration V (1980) pp. 257-259 (Belgium no. 2).

Conformément à la loi russe sur la faillite, les tribunaux de commerce disposent d'une compétence exclusive pour déterminer le montant et la nature des créances de la société en faillite à l'égard d'un débiteur. Le tribunal a en réalité basé sa décision sur l'article V(2)(b) de la Convention car la question de l'arbitrabilité du litige peut être considérée comme relevant de l'ordre public.⁴⁷

V.2. SEPTIÈME MOTIF DE REFUS: LA CONTRARIÉTÉ À L'ORDRE PUBLIC (*article V(2)(b)*)

L'article V(2)(b) permet à un tribunal auquel la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence est demandée de la refuser si celle-ci serait contraire à l'ordre public de ce pays.

L'article V(2)(b) ne définit cependant pas l'ordre public. Il ne précise pas non plus si ce sont les principes d'ordre public de l'Etat du tribunal saisi ou les principes fondés sur le concept d'ordre public international qui doivent être appliqués en présence d'une demande de reconnaissance et d'exécution fondée sur la Convention de New York. Le concept d'ordre public international est généralement plus étroit que le concept d'ordre public national. Comme indiqué dans la section V.1. du présent Chapitre, la même distinction s'applique à l'arbitrabilité.

La plupart des tribunaux étatiques ont adopté un critère plus étroit pour définir l'ordre public international, en se fondant sur des normes émanant de sources internationales.

Les recommandations de l'Association pour le droit international (International Law Association) émises en 2002 au sujet de l'ordre public

47. Fédération de Russie: Federal Arbitrazh (Commercial) Court, Moscow District, 1^{er} novembre 2004 (AO Slovenska Konsolidachna, A.S. v. KB SR Yakimanka) Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 654-657 (Russian Federation no. 15).

sont de plus en plus considérées comme reflétant la meilleure pratique au niveau international.⁴⁸

L’Association pour le droit international rappelle avant tout que “l’efficacité internationale des sentences rendues dans le contexte d’un arbitrage commercial international doit être assurée, sauf en présence de circonstances exceptionnelles” (article 1(a) des Dispositions générales) et que ces circonstances exceptionnelles peuvent consister “dans le fait que la reconnaissance ou l’exécution de la sentence arbitrale internationale serait contraire à l’ordre public international” (article 1(b) des Dispositions générales).

L’article 1(c) des Dispositions générales précise que l’expression “ordre public international” peut désigner l’ensemble des principes et des règles adoptés par un Etat qui, par leur nature, peuvent faire échec à la reconnaissance ou à l’exécution de la sentence arbitrale rendue dans le contexte d’un arbitrage commercial international, lorsque la reconnaissance ou l’exécution de cette sentence entraînerait leur violation, soit en raison de la procédure au terme de laquelle la sentence a été rendue (ordre public international procédural), soit en raison du contenu de la sentence (ordre public international au fond).

L’article 1(d) des Dispositions générales stipule que l’ordre public international d’un Etat comprend:

- (i) les principes fondamentaux, relatifs à la justice et à la morale, que l’Etat désire protéger, même lorsqu’il n’est pas directement concerné;
- (ii) les règles destinées à servir les intérêts politiques, sociaux ou économiques de l’Etat, connues sous l’appellation de “lois de police” ou “lois d’ordre public”; et

48. Ces recommandations sont disponibles à l’adresse internet suivante: <www.ila-hq.org/download.cfm/docid/7DA3072C-27AC-44A1-92F234D6C7F7588B>.

(iii) le devoir de l'Etat de respecter ses obligations envers d'autres Etats ou des organisations internationales.

V.2.1. Exemples de reconnaissance et d'exécution

Dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Celle, en Allemagne, un vendeur souhaitait faire exécuter une sentence de la Cour d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie.⁴⁹ L'acheteur soutenait que l'exécution de la sentence entraînerait une violation de l'ordre public tant en raison des irrégularités procédurales survenues pendant l'arbitrage qu'en raison de la peine conventionnelle totalement disproportionnée à laquelle la sentence donnait effet. La Cour a rejeté les arguments de l'acheteur, estimant que:

"Dans le cas particulier des sentences arbitrales étrangères, le non respect de règles impératives de procédure nationales dans l'arbitrage international ne constitue pas [automatiquement] une violation de l'ordre public. Il faut au contraire que l'on soit en présence d'une violation de l'ordre public international. Par conséquent, la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères est, en règle générale, soumise à un régime moins strict que [la reconnaissance des] sentences arbitrales nationales. La question ne doit pas être de savoir si un juge allemand aurait pris une décision différente sur la base du droit allemand impératif. En réalité, il ne peut y avoir de violation de l'ordre public international que lorsque les conséquences de l'application d'un droit étranger dans un cas particulier sont à ce point en contradiction avec les dispositions de droit allemand qu'elles

49. *Allemagne*: Oberlandesgericht, Celle, 6 octobre 2005 (*Seller v. Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 322-327 (Germany no. 99).

seraient inacceptables selon les principes allemands. Or, ce n'est pas le cas en l'espèce.”

Dans l'affaire *SNF c. Cytec* soumise aux juridictions françaises, SNF avait conclu avec Cytec deux contrats distincts portant sur l'achat d'un composé chimique.⁵⁰ Le second contrat donnait à Cytec la qualité de fournisseur exclusif. Le tribunal arbitral a décidé que le second contrat se révélait contraire au droit européen de la concurrence et a rendu une sentence en faveur de Cytec. Devant la Cour de cassation, SNF soutenait que l'exécution d'une sentence fondée sur un contrat ayant pour effet de restreindre la concurrence était de la sorte contraire au droit communautaire et à l'ordre public et ne devait pas être accordée. La Cour de cassation a estimé que lorsque la question en litige concernait (comme en l'espèce) l'ordre public international, les tribunaux ne devaient refuser l'exécution de la sentence que si la violation de l'ordre public international était “flagrante, effective, et concrète”.

Il n'y a pas de violation de l'ordre public si le raisonnement juridique qui sous-tend la sentence est erroné ou si le comportement des arbitres est affecté d'un vice, tant que ce vice n'affecte pas les conceptions fondamentales de la justice et de la moralité de l'ordre juridique dans lequel l'exécution est demandée, c'est-à-dire tant qu'il ne viole pas l'ordre public international. Par exemple, le Tribunal de dernière instance de Hong Kong a estimé que la tenue d'une inspection sans la présence de la partie défenderesse ne constituait pas un motif de refus d'exécution de la sentence arbitrale, dans la mesure où la partie défenderesse avait été

50. France: Cour de Cassation, Première chambre civile, 4 juin 2008 (*SNF sas v. Cytec Industries BV*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 489-494 (France no. 47).

informée de cette inspection et n'avait pas demandé que cette inspection se déroule à nouveau en présence de ses représentants.⁵¹

Comme exemples additionnels de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales en dépit d'une prétendue violation de l'ordre public, on peut citer:

- le manque de moyens financiers: la Cour suprême de justice du Portugal a rejeté l'argument selon lequel l'ordre public était violé dès lors que la partie portugaise n'avait pas pu participer à la procédure d'arbitrage aux Pays-Bas en raison d'une absence de moyens financiers;⁵²
- le défaut d'impartialité des arbitres: les tribunaux considèrent que l'apparence de partialité est insuffisante; il doit y avoir eu une partialité effective: l'arbitre doit avoir agi avec partialité;⁵³
- le défaut de motivation de la sentence: les tribunaux des pays dans lesquels la motivation des sentences arbitrales est obligatoire acceptent généralement d'exécuter les sentences qui ne contiennent

51. *Hong Kong: Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region*, 9 février 1999 (*Hebei Import and Export Corporation v. Polytek Engineering Company Limited*) Yearbook Commercial Arbitration XXIV (1999) pp. 652-677 (Hong Kong no. 15).

52. *Portugal: Supremo Tribunal de Justiça*, 9 octobre 2003 (*A v. B. & Cia. Ltda., et al.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 474-479 (Portugal no. 1).

53. Voir par exemple *Allemagne: Oberlandesgericht, Stuttgart*, 18 octobre 1999 et *Bundesgerichtshof*, 1 février 2001 (*Dutch Shipowner v. German Cattle and Meat Dealer*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) pp. 700-714 (Germany no. 60);

Etats-Unis: US District Court, Southern District of New York, 27 juin 2003 et *US Court of Appeals, Second Circuit*, 3 août 2004 (*Lucent Technologies Inc., et al. v. Tatung Co.*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) pp. 747-761 (US no. 483).

aucune motivation pour autant qu'elles aient été rendues dans un pays où de telles sentences non motivées sont valables.⁵⁴

V.2.2. Exemples de refus de reconnaissance et d'exécution

Comme exemples de cas dans lesquels la reconnaissance et l'exécution ont été refusées en vertu de l'article V(2)(b), on peut citer les affaires suivantes:

- la Cour d'appel de Bavière a refusé la reconnaissance et l'exécution d'une sentence rendue en Russie pour violation de l'ordre public car la sentence avait été rendue après que les parties soient parvenues à un accord et cet accord n'avait pas été révélé aux arbitres,⁵⁵
- le Tribunal fédéral de commerce du district de Tomsk en Fédération de Russie a refusé l'exécution d'une sentence CCI rendue en France, estimant que les contrats de prêts sur le fondement desquels la sentence avait été rendue étaient un montage illégal entre sociétés d'un même groupe et que le litige était fictif.⁵⁶

54. Voir par exemple *Allemagne*: Oberlandesgericht Düsseldorf, 15 décembre 2009 (*Seller v. German Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 386-388 (Germany no. 135).

55. *Allemagne*: Bayerisches Oberstes Landesgericht, 20 novembre 2003 (*Seller v. Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) pp. 771-775 (Germany no. 71).

56. *Fédération de Russie*: Federal Arbitrash (Commercial) Court, District of Tomsk, 7 juillet 2010 (*Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Tomskneft VNK*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 435-437 (Russian Federation no. 28).

VI. CONCLUSION

Cette présentation des motifs exhaustifs de refus d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale et les principes selon lesquels ces motifs de refus doivent être interprétés reflètent l'approche favorable à l'exécution de la Convention. Cette approche doit être respectée et judicieusement appliquée par les tribunaux.

ANNEXES

TABLE DES MATIERES

- Annexe I* - Convention de New York de 1958
- Annexe II* - Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international
- Annexe III* - Recommandation de la CNUDCI de 2006
- Annexe IV* - Sources en ligne

ANNEXE I

Convention de New York de 1958

*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales
étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958*

ARTICLE I

1. La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.
2. On entend par "sentences arbitrales" non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais

également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises.

3. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.

ARTICLE II

1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

2. On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

ARTICLE III

Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

ARTICLE IV

1. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande:

- (a) L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité;
- (b) L'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

2. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence aura à produire une traduction de ces pièces dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire.

ARTICLE V

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

- (a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
- (b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou
- (c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou
- (d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou
- (e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

CONVENTION DE NEW YORK DE 1958

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

- (a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou
- (b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

ARTICLE VI

Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1, e, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

ARTICLE VII

1. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

2. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales

étrangères cesseront de produire leurs effets entre les États contractants du jour, et dans la mesure, où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention.

ARTICLE VIII

1. La présente Convention est ouverte jusqu'au 31 décembre 1958 à la signature de tout État Membre des Nations Unies, ainsi que de tout autre État qui est, ou deviendra par la suite, membre d'une ou plusieurs institutions spécialisées des Nations Unies ou partie au Statut de la Cour internationale de Justice, ou qui aura été invité par l'Assemblée générale des Nations Unies.
2. La présente Convention doit être ratifiée et les instruments de ratification déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

ARTICLE IX

1. Tous les États visés à l'article VIII peuvent adhérer à la présente Convention.
2. L'adhésion se fera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

ARTICLE X

1. Tout État pourra, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou

plusieurs d'entre eux. Cette déclaration produira ses effets au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État.

2. Par la suite, toute extension de cette nature se fera par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et produira ses effets à partir du quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification, ou à la date d'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État si cette dernière date est postérieure.

3. En ce qui concerne les territoires auxquels la présente Convention ne s'applique pas à la date de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, chaque État intéressé examinera la possibilité de prendre les mesures voulues pour étendre la Convention à ces territoires, sous réserve le cas échéant, lorsque des motifs constitutionnels l'exigeront, de l'assentiment des gouvernements de ces territoires.

ARTICLE XI

Les dispositions ci-après s'appliqueront aux États fédératifs ou non unitaires:

- (a) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative du pouvoir fédéral, les obligations du gouvernement fédéral seront les mêmes que celles des États contractants qui ne sont pas des États fédératifs;
- (b) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des États ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le

gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États ou provinces constituants;

- (c) Un État fédératif Partie à la présente Convention communiquera, à la demande de tout autre État contractant qui lui aura été transmise par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constitutantes, en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.

ARTICLE XII

1. La présente Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion.
2. Pour chacun des États qui ratifieront la Convention ou y adhéreront après le dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion, elle entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion.

ARTICLE XIII

1. Tout État contractant pourra dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prendra effet un an après la date où le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification.
2. Tout État qui aura fait une déclaration ou une notification

CONVENTION DE NEW YORK DE 1958

conformément à l'article X pourra notifier ultérieurement au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies que la Convention cessera de s'appliquer au territoire en question un an après la date à laquelle le Secrétaire général aura reçu cette notification.

3. La présente Convention demeurera applicable aux sentences arbitrales au sujet desquelles une procédure de reconnaissance ou d'exécution aura été entamée avant l'entrée en vigueur de la dénonciation.

ARTICLE XIV

Un État contractant ne peut se réclamer des dispositions de la présente Convention contre d'autres États contractants que dans la mesure où il est lui-même tenu d'appliquer cette convention.

ARTICLE XV

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies notifiera à tous les États visés à l'article VIII:

- (a) Les signatures et ratifications visées à l'article VIII;
- (b) Les adhésions visées à l'article IX;
- (c) Les déclarations et notifications visées aux articles premier, X et XI;
- (d) La date où la présente Convention entrera en vigueur, en application de l'article XII;
- (e) Les dénonciations et notifications visées à l'article XIII.

ANNEXE I

ARTICLE XVI

1. La présente Convention, dont les textes anglais, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposée dans les archives de l'Organisation des Nations Unies.
2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies remettra une copie certifiée conforme de la présente Convention aux États visés à l'article VIII.

Pour une liste actualisée des Etats parties à la Convention, voir le site internet de la Collection des traités des Nations Unies: <<http://treaties.un.org>>.

ANNEXE II

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

*Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985
avec les amendements adoptés en 2006*

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 1. Champ d'application¹

(1) La présente Loi s'applique à l'arbitrage commercial² international; elle ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent État.

(2) Les dispositions de la présente Loi, à l'exception des articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État.

(L'article 1(2) a été amendé par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)

1. Les titres des articles sont destinés uniquement à faciliter la lecture du texte et ne doivent pas être utilisés à des fins d'interprétation.
2. Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

(3) Un arbitrage est international si:

- (a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou
- (b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:
 - (i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention;
 - (ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit;
- (c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.

(4) Aux fins du paragraphe 3 du présent article,

- (a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage;
- (b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

(5) La présente Loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent État en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que celles de la présente Loi.

Article 2. Définitions et règles d'interprétation

Aux fins de la présente Loi:

- (a) Le terme "arbitrage" désigne tout arbitrage que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage;
- (b) L'expression "tribunal arbitral" désigne un arbitre unique ou un groupe d'arbitres;
- (c) Le terme "tribunal" désigne un organisme ou organe du système judiciaire d'un État;
- (d) Lorsqu'une disposition de la présente Loi, à l'exception de l'article 28, laisse aux parties la liberté de décider d'une certaine question, cette liberté emporte le droit pour les parties d'autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question;
- (e) Lorsqu'une disposition de la présente Loi se réfère au fait que les parties sont convenues ou peuvent convenir d'une question, ou se réfère de toute autre manière à une convention des parties, une telle convention englobe tout règlement d'arbitrage qui y est mentionné;
- (f) Lorsqu'une disposition de la présente Loi, autre que celles de l'alinéa *a* de l'article 25 et du paragraphe 2 *a* de l'article 32, se réfère à une demande, cette disposition s'applique également à une demande reconventionnelle et lorsqu'elle se réfère à des conclusions en défense, elle s'applique également à des conclusions en défense sur une demande reconventionnelle.

*Article 2 A. Origine internationale et principes généraux
(tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)*

- (1) Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

ANNEXE II

(2) Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Article 3. Réception de communications écrites

(1) Sauf convention contraire des parties,

- (a) Toute communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été remise soit à la personne du destinataire, soit à son établissement, à sa résidence habituelle ou à son adresse postale; si aucun de ces lieux n'a pu être trouvé après une enquête raisonnable, une communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été envoyée au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connus du destinataire par lettre recommandée ou tout autre moyen attestant la tentative de remise;
- (b) La communication est réputée avoir été reçue le jour d'une telle remise.

(2) Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux communications échangées dans le cadre de procédures judiciaires.

Article 4. Renonciation au droit de faire objection

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

Article 5. Domaine de l'intervention des tribunaux

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

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

Les fonctions mentionnées aux articles 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 et 34-2 sont confiées ... [Chaque État adoptant la Loi type précise le tribunal, les tribunaux ou, lorsqu'elle y est mentionnée, une autre autorité compétents pour s'acquitter de ces fonctions.]

CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE

Option I

*Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage
(tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)*

- (1) Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.
- (2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.
- (3) Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-

même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens.

(4) Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie.

(5) En outre, une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

(6) La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

Option II

Article 7. Définition de la convention d'arbitrage

(tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)

Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

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

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

(2) Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

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

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

CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 10. Nombre d'arbitres

(1) Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres.

(2) Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres.

Article 11. Nomination de l'arbitre ou des arbitres

- (1) Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties.
- (2) Les parties sont libres de convenir de la procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres, sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 et 5 du présent article.
- (3) Faute d'une telle convention,
- (a) En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal, ou autre autorité visé à l'article 6;
- (b) En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6.
- (4) Lorsque, durant une procédure de nomination convenue par les parties,
- (a) Une partie n'agit pas conformément à ladite procédure; ou
- (b) Les parties, ou deux arbitres, ne peuvent parvenir à un accord conformément à ladite procédure; ou
- (c) Un tiers, y compris une institution, ne s'acquitte pas d'une fonction qui lui est conférée dans ladite procédure,

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

(5) La décision sur une question confiée au tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 conformément aux paragraphes 3 ou 4 du présent article n'est pas susceptible de recours. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des parties et de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

Article 12. Motifs de récusation

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

(2) Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination.

Article 13. Procédure de récusation

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

(2) Faute d'un tel accord, la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit les motifs de la récusation au tribunal arbitral, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 12-2. Si l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, le tribunal arbitral se prononce sur la récusation.

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

Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre

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

(2) Le fait que, en application du présent article ou de l'article 13-2, un

arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que le mandat d'un arbitre prenne fin n'implique pas reconnaissance des motifs mentionnés à l'article 12-2 ou dans le présent article.

Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant

Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre conformément à l'article 13 ou 14, ou lorsque celui-ci se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties ou dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé.

CHAPITRE IV. COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 16. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence

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

(2) L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est

soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

(3) Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l'article 6 de rendre une décision sur ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours; en attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

CHAPITRE IV A. MESURES PROVISOIRES ET ORDONNANCES PRELIMINAIRES

(tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)

Section 1. Mesures provisoires

Article 17. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

(1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires.

(2) Une mesure provisoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

- (a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché;
- (b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même;
- (c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou
- (d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.

Article 17 A. Conditions d'octroi des mesures provisoires

(1) La partie demandant une mesure provisoire en vertu des alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 2 de l'article 17 convainc le tribunal arbitral:

- (a) Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et
- (b) Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond du différend. La décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

(2) En ce qui concerne une demande de mesure provisoire en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 17, les conditions énoncées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 du présent article ne s'appliquent que dans la mesure jugée appropriée par le tribunal arbitral.

Section 2. Ordonnances préliminaires

Article 17 B. Requêtes aux fins d'ordonnances préliminaires et conditions d'octroi des ordonnances préliminaires

(1) Sauf convention contraire des parties, une partie peut présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête aux fins d'ordonnance préliminaire enjoignant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée.

(2) Le tribunal arbitral peut prononcer une ordonnance préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure.

(3) Les conditions définies à l'article 17 A s'appliquent à toute ordonnance préliminaire, pourvu que le préjudice à évaluer en vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 17 A soit le préjudice qui sera probablement causé selon que l'ordonnance est prononcée ou non.

Article 17 C. Régime spécifique applicable aux ordonnances préliminaires

(1) Immédiatement après s'être prononcé sur une requête aux fins d'ordonnance préliminaire, le tribunal arbitral notifie à toutes les parties la demande de mesure provisoire, la requête aux fins d'ordonnance préliminaire, l'ordonnance préliminaire éventuellement prononcée et toutes autres communications y afférentes, entre une partie quelconque et le tribunal arbitral, y compris en indiquant le contenu de toute communication orale.

(2) Concomitamment, le tribunal arbitral donne à toute partie contre laquelle une ordonnance préliminaire est dirigée la possibilité de faire valoir ses droits dès que possible.

(3) Le tribunal arbitral se prononce rapidement sur toute contestation de l'ordonnance préliminaire.

(4) Une ordonnance préliminaire expire après vingt jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire qui adopte ou modifie l'ordonnance préliminaire, après que la partie contre laquelle cette ordonnance est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de faire valoir ses droits.

(5) Une ordonnance préliminaire s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal. Cette ordonnance préliminaire ne constitue pas une sentence.

Section 3. Dispositions applicables aux mesures provisoires et aux ordonnances préliminaires

Article 17 D. Modification, suspension, rétractation

Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire ou une ordonnance préliminaire qu'il a prononcée, à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.

Article 17 E. Constitution d'une garantie

(1) Le tribunal arbitral peut exiger que la partie qui demande une mesure provisoire constitue une garantie appropriée en rapport avec la mesure.

(2) Le tribunal arbitral exige que la partie qui requiert une ordonnance préliminaire constitue une garantie en rapport avec l'ordonnance, sauf s'il le juge inapproprié ou inutile.

ANNEXE II

Article 17 F. Information

- (1) Le tribunal arbitral peut exiger d'une partie quelconque qu'elle communique sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure a été demandée ou accordée.
- (2) La partie qui requiert une ordonnance préliminaire informe le tribunal arbitral de toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes pour sa décision de prononcer ou de maintenir l'ordonnance, et cette obligation s'applique jusqu'à ce que la partie contre laquelle l'ordonnance a été requise ait eu la possibilité de faire valoir ses droits. Par la suite, le paragraphe 1 du présent article s'applique.

Article 17 G. Frais et dommages

La partie qui demande une mesure provisoire ou qui requiert une ordonnance préliminaire est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure ou l'ordonnance à une partie quelconque, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure ou l'ordonnance n'aurait pas dû être prononcée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.

Section 4. Reconnaissance et exécution des mesures provisoires

Article 17 H. Reconnaissance et exécution

- (1) Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur demande adressée au tribunal compétent, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions de l'article 17 I.

(2) La partie qui demande ou a obtenu la reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire informe sans retard le tribunal de toute rétractation, suspension ou modification de cette mesure.

(3) Le tribunal de l'État où est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge bon, ordonner au demandeur de constituer une garantie appropriée si le tribunal arbitral ne s'est pas déjà prononcé concernant la garantie ou lorsqu'une telle décision est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

Article 17 I. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution³

(1) La reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire ne peut être refusée que:

(a) À la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, si le tribunal a la conviction:

(i) Que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a i, ii, iii ou iv; ou

(ii) Que la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie en rapport avec la mesure provisoire qu'il a prononcée n'a pas été respectée; ou

(iii) Que la mesure provisoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'il y est habilité, annulée ou suspendue par le tribunal de l'État dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée; ou

3. Les conditions énoncées dans l'article 17 I visent à limiter le nombre de cas où le tribunal peut refuser l'exécution d'une mesure provisoire. L'harmonisation recherchée par les dispositions types ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre inférieur de motifs de refus.

(b) Si le tribunal constate:

- (i) Que la mesure provisoire est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés, à moins qu'il ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou
- (ii) Que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b i ou ii s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

(2) Toute décision prise par le tribunal pour l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 1 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire. Le tribunal auprès duquel la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, la mesure provisoire quant au fond.

Section 5. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Article 17 J. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Un tribunal dispose, pour prononcer une mesure provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non son lieu sur le territoire du présent État, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités d'un arbitrage international.

CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCEDURE ARBITRALE

Article 18. Égalité de traitement des parties

Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

Article 19. Détermination des règles de procédure

(1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.

(2) Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.

Article 20. Lieu de l'arbitrage

(1) Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties.

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

Article 21. Début de la procédure arbitrale

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

Article 22. Langue

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

(2) Le tribunal arbitral peut ordonner que toute pièce soit accompagnée d'une traduction dans la langue ou les langues convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral.

Article 23. Conclusions en demande et en défense

(1) Dans le délai convenu par les parties ou fixé par le tribunal arbitral, le demandeur énonce les faits au soutien de sa demande, les points litigieux et l'objet de la demande et le défendeur énonce ses défenses à propos de ces questions, à moins que les parties ne soient autrement convenues des indications devant figurer dans les conclusions. Les parties peuvent accompagner leurs conclusions de toutes pièces qu'elles jugeront pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'elles produiront.

(2) Sauf convention contraire des parties, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses, au cours de la

procédure arbitrale, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement en raison du retard avec lequel il est formulé.

Article 24. Procédure orale et procédure écrite

(1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure doit comporter des phases orales pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, ou si elle se déroulera sur pièces. Cependant, à moins que les parties ne soient convenues qu'il n'y aura pas de procédure orale, le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de la procédure arbitrale, si une partie lui en fait la demande.

(2) Les parties recevront suffisamment longtemps à l'avance notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins de l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

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

Article 25. Défaut d'une partie

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

- (a) Le demandeur ne présente pas sa demande conformément à l'article 23-1, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale;
- (b) Le défendeur ne présente pas ses défenses conformément à l'article 23-1, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans

considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur;

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

Article 26. Expert nommé par le tribunal arbitral

(1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral,

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

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

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

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

Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent État une assistance pour l'obtention de preuves. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves.

CHAPITRE VI. PRONONCE DE LA SENTENCE ET CLOTURE DE LA PROCEDURE

Article 28. Règles applicables au fond du différend

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

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

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

(4) Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

Article 29. Prise de décisions par plusieurs arbitres

Dans une procédure arbitrale comportant plus d'un arbitre, toute décision du tribunal arbitral est, sauf convention contraire des parties, prise à la majorité de tous ses membres. Toutefois, les questions de procédure peuvent être tranchées par un arbitre président, si ce dernier y est autorisé par les parties ou par tous les membres du tribunal arbitral.

Article 30. Règlement par accord des parties

- (1) Si, durant la procédure arbitrale, les parties s'entendent pour régler le différend, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale et, si les parties lui en font la demande et s'il n'y voit pas d'objection, constate le fait par une sentence arbitrale rendue par accord des parties.
- (2) La sentence d'accord des parties est rendue conformément aux dispositions de l'article 31 et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence. Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire.

Article 31. Forme et contenu de la sentence

- (1) La sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres. Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres.
- (2) La sentence est motivée, sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30.
- (3) La sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue, ainsi que le lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20-1. La sentence est réputée avoir été rendue audit lieu.
- (4) Après le prononcé de la sentence, une copie signée par l'arbitre ou les arbitres conformément au paragraphe 1 du présent article en est remise à chacune des parties.

Article 32. Clôture de la procédure

- (1) La procédure arbitrale est close par le prononcé de la sentence définitive ou par une ordonnance de clôture rendue par le tribunal

arbitral conformément au paragraphe 2 du présent article.

(2) Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque:

- (a) Le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur y fasse objection et que le tribunal arbitral reconnaise qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé;
- (b) Les parties conviennent de clore la procédure;
- (c) Le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible.

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

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

(1) Dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, à moins que les parties ne soient convenues d'un autre délai,

- (a) Une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature;
- (b) Si les parties en sont convenues, une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence.

Si le tribunal arbitral considère que la demande est justifiée, il fait la rectification ou donne l'interprétation dans les trente jours qui suivent la

réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.

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

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

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

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

CHAPITRE VII. RECOEURS CONTRE LA SENTENCE

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

(1) Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

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

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

- (i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent État; ou
- (ii) Qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou
- (iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou
- (iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente Loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente Loi; ou

(b) Le tribunal constate:

- (i) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou
- (ii) Que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État.

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

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

CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXECUTION DES SENTENCES

Article 35. Reconnaissance et exécution

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

(2) La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie. Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, le tribunal peut demander à la partie d'en produire une traduction dans cette langue.⁴

(L'article 35-2 a été amendé par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)

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

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

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

- (a) Sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve:
- (i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
- (ii) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou
- (iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions soumises à l'arbitrage pourra être reconnue et exécutée; ou
- (iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou
- (v) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les

ANNEXE II

parties, ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue; ou

(b) Si le tribunal constate que:

(i) L'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou que

(ii) La reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent État.

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

Pour plus d'informations, voir le site web de la CNUDCI <www.uncitral.org> ou contacter le Secrétariat de la CNDUCL, Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienne, Autriche

Téléphone: 0043/1.26.060.40.60

Fax: 0043/1.26.060.58.13

Internet: <www.uncitral.org>

Courriel: uncitral@uncitral.org

ANNEXE III

Recommandation de la CNUDCI de 2006

Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 7 juillet 2006 à sa trente-neuvième session

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Rappelant la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

Consciente du fait que les différents systèmes juridiques, sociaux et économiques du monde, ainsi que différents niveaux de développement sont représentés en son sein,

Rappelant les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine,

Convaincue que la large adoption de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York, le 10 juin 1958, a été un progrès notable dans la promotion de l'état de droit, en particulier dans le domaine du commerce international,

ANNEXE III

Rappelant que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution indiquant notamment qu'elle "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé",

Gardant à l'esprit les différences d'interprétation des exigences de forme énoncées dans la Convention qui sont dues en partie à des différences de formulation entre les cinq textes de la Convention faisant également foi,

Tenant compte du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention, qui vise notamment à permettre l'exécution dans la plus large mesure des sentences arbitrales étrangères, particulièrement en reconnaissant à toute partie intéressée le droit de se prévaloir de la législation ou des traités du pays où la sentence est invoquée, même lorsque le régime offert par cette législation ou ces traités est plus favorable que celui de la Convention,

Considérant l'utilisation étendue du commerce électronique,

Tenant compte d'instruments juridiques internationaux comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, telle que modifiée ultérieurement, en particulier en ce qui concerne son article 7, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux,

Tenant compte également des lois internes, ainsi que de la jurisprudence, plus favorables que la Convention à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales,

Considérant qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de la nécessité de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales,

RECOMMANDATION DE LA CNUDCI DE 2006

1. *Recommande qu'on applique le paragraphe 2 de l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958, en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs;*
2. *Recommande également que le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958, soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention.*

*Pour plus d'informations, voir le site web de la CNUDCI <www.uncitral.org> ou contacter le Secrétariat de la CNUDCI, Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienne, Autriche
Téléphone: 0043/1.26.060.40.60
Fax: 0043/1.26.060.58.13
Internet: <www.uncitral.org>
Courriel: uncitral@uncitral.org*

ANNEXE IV

Sources en ligne

La jurisprudence sur la Convention de New York peut être recherchée en ligne sur le site web de l'ICCA:

<www.arbitration-icca.org>

Ce site web est gratuit. Il contient une liste des 1666 décisions jurisprudentielles faisant application de la Convention qui ont été publiées depuis 1976 dans la publication de référence en la matière, le *Yearbook Commercial Arbitration* de l'ICCA. Les décisions sont répertoriées par article de la Convention ainsi que par matière. Les décisions elles-mêmes sont publiées dans les différents volumes du *Yearbook* et sont également disponibles sur la base de données payante Kluwerarbitration <www.kluwerarbitration.com>. Tous les éléments publiés dans cette base de données peuvent être recherchés au moyen de différents outils de recherche.

Les décisions de jurisprudence peuvent également être recherchées en ligne sur le site web de l'Université de Miami, Etats-Unis, consacré à la Convention de New York:

<www.newyorkconvention.org>

Ce site web est gratuit. Il contient également la liste des décisions publiées dans le *Yearbook Commercial Arbitration* depuis 1976, répertoriées par article et par matière, de même que:

- les textes authentiques de la Convention de New York;
- les traductions de la Convention en différentes langues;

SOURCES EN LIGNE

- un commentaire par le Professeur Albert Jan van den Berg;
- une liste des Etats contractants.

NOTES

