

Guide du secrétariat de la CNUDCI
sur la Convention pour
la reconnaissance et l'exécution
des sentences arbitrales étrangères
(New York, 1958)

Édition 2016



Pour obtenir des informations complémentaires, s'adresser à:

Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne,
Boîte postale 500, 1400 Vienne (Autriche)

Téléphone: (+43-1) 26060-4060
Site Web: www.uncitral.org

Fax: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT
COMMERCIAL INTERNATIONAL

Guide du secrétariat de la CNUDCI
sur la Convention pour
la reconnaissance et l'exécution
des sentences arbitrales étrangères
(New York, 1958)

Édition 2016



NATIONS UNIES
New York, 2017

Note

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

© Nations Unies, janvier 2017. Tous droits réservés pour tous pays.

Le Guide est le produit du travail réalisé par le secrétariat avec la contribution d'experts, et n'a pas été examiné quant au fond par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Par conséquent, il n'entend pas refléter les vues ou les opinions des États membres de la CNUDCI et ne constitue pas une interprétation officielle de la Convention de New York.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Production éditoriale: Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne.

Table des matières

	<i>Page</i>
Préface	ix
Introduction	1
Article premier	5
Article I-1	9
A. Signification des termes “reconnaissance et exécution”	9
B. Signification de l’expression “sentences arbitrales”	12
C. Sentences arbitrales relevant du champ d’application de la Convention	20
D. Signification de l’expression “issues de différends”	30
Article I-2	30
Article I-3	31
A. Réserve de réciprocité	32
B. Réserve de commercialité	35
Article II	39
Article II-1	44
A. L’obligation de reconnaître une convention écrite	44
B. Signification du terme “convention”	45
C. Portée de la “convention écrite”	50
Article II-2	54
A. Distinction entre “clause compromissoire insérée dans un contrat” et “compromis”	54
B. L’exigence de signature	55

C. Une clause compromissoire ou un compromis contenus dans un échange de documents	57
Article II-3	60
A. Principes généraux.....	60
B. L'exécution des conventions d'arbitrage en vertu de l'article II-3.....	65
Article III	79
A. Principe général.....	82
B. Règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée	87
C. Il ne sera pas imposé 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.....	94
Article IV	99
A. Présomption de droit à la reconnaissance et à l'exécution.....	103
B. Un ensemble exhaustif d'exigences	104
C. Les demandeurs peuvent-ils fournir une partie, et non l'intégralité, des documents visés à l'article IV?.....	105
D. "[E]n même temps que la demande"	108
Article IV-1 a)	109
A. L'obligation faite au demandeur de fournir la "sentence".....	109
B. Authentification et certification	113
Article IV-1 b)	118
A. L'obligation faite au demandeur de fournir la convention d'arbitrage "visée à l'article II"	119
B. Pas d'obligation de prouver la validité de la convention d'arbitrage	120
C. Pas d'obligation d'authentifier la convention d'arbitrage	122

Article IV-2	122
A. Loi applicable	122
B. Certification “par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire”	123
C. L’objet de la traduction	124
Article V	125
A. Pouvoir d’appréciation conféré aux juges par l’article V	129
B. Caractère exhaustif de la liste de motifs figurant à l’article V	130
C. Charge de la preuve prévue à l’article V	133
Article V-1 a)	135
Incapacité des parties	138
A. Signification des termes “les parties à la convention visée à l’article II”	139
B. Notion d’incapacité	139
C. Signification des termes “la loi à elles applicable”	143
D. Date à prendre en compte en ce qui concerne l’incapacité	144
Invalidité de la convention d’arbitrage	145
A. Choix de la règle de droit en vertu de l’article V-1 a)	146
B. Signification du terme “invalidité”	148
C. Validité formelle d’une convention d’arbitrage	150
Questions procédurales découlant de l’article V-1 a)	151
A. Charge de la preuve	151
B. Pertinence des décisions des instances arbitrales	153
C. Forclusion	155
Article V-1 b)	157
A. Les parties doivent avoir été “dûment informée[s]”	161
B. Preuve qu’il a été impossible à une partie de “faire valoir ses moyens”	167

C. Obstacles procéduraux pour prouver l'irrégularité de la procédure sur le fondement de l'article V-1 b).....	174
Article V-1 c).....	177
A. Principes généraux.....	180
B. Reconnaissance partielle d'une sentence.....	188
C. Relation avec les autres articles de la Convention.....	190
D. Aspects procéduraux.....	191
Article V-1 d).....	195
Principes généraux.....	199
A. Primauté de l'autonomie des parties.....	199
B. Rôle subsidiaire de la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu.....	201
Application.....	203
A. La constitution du tribunal arbitral doit être conforme aux règles applicables.....	203
B. La procédure d'arbitrage doit être conforme aux règles applicables.....	206
C. Questions de procédure liées à une requête formée sur la base de l'article V-1 d).....	211
Article V-1 e).....	215
A. Caractère "obligatoire" d'une sentence.....	219
B. Détermination de l'"autorité compétente" du pays "dans lequel, ou d'après la loi duquel", la sentence a été rendue.....	228
C. Sentence annulée ou suspendue.....	231
Article V-2 a).....	235
A. Concept.....	238
B. Application.....	241
Article V-2 b).....	249
A. Concept.....	252

B.	Application	260
C.	Questions d'ordre procédural liées à l'invocation du moyen tiré de l'article V-2 b).....	270
Article VI	277
A.	Principes généraux.....	280
B.	La décision d'accorder ou de refuser le sursis à statuer.....	286
C.	La décision d'ordonner le dépôt de sûretés convenables.....	294
Article VII	303
Article VII-1	305
A.	Principes généraux.....	306
B.	Interaction de la Convention avec d'autres traités	309
C.	Interaction de la Convention avec le droit interne	314
Article VII-2.	324
Article VIII	327
Article VIII-1.....	328
A.	Date limite de signature	328
B.	Définition des parties à la Convention	329
Article VIII-2.....	329
A.	Procédure à suivre pour devenir partie à la Convention	329
B.	Dépositaire.....	330
Article IX	331
Article X	333
Article XI	335

Article XII	339
Article XIII	343
Article XIV	345
Article XV	349
Article XVI	351

Préface

De l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international du 10 juin 1958 à la résolution 62/65 adoptée par l'Assemblée générale le 6 décembre 2007

1. La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la "Convention de New York" ou la "Convention") est l'un des traités des Nations Unies les plus importants et les plus réussis dans le domaine du droit commercial international. Bien que cette convention, adoptée par une conférence diplomatique le 10 juin 1958, ait été élaborée par l'Organisation des Nations Unies avant la création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), sa promotion fait partie intégrante du programme de travail de la CNUDCI. La Convention est largement reconnue comme un instrument fondateur de l'arbitrage international; elle oblige les tribunaux des États contractants à donner effet aux conventions d'arbitrage lorsqu'ils sont saisis d'un litige sur une question régie par de telles conventions, ainsi qu'à reconnaître et faire exécuter les sentences prononcées dans d'autres États, sous réserve de certaines exceptions bien définies. La Convention est entrée en vigueur le 7 juin 1959. À ce jour, elle compte 156 États parties.

2. Le 6 décembre 2007, l'Assemblée générale a adopté la résolution 62/65, dans laquelle elle a reconnu l'intérêt que présente l'arbitrage comme moyen de règlement des différends dans les relations commerciales internationales dans la mesure où il harmonise les relations commerciales, stimule les échanges internationaux et le développement et favorise le règne du droit dans la sphère internationale et nationale. Elle s'est dite convaincue que la Convention de New York encourage le respect des engagements, inspire confiance dans le droit et assure l'équité du règlement des différends liés aux obligations et aux droits contractuels. Elle a souligné la nécessité de poursuivre les efforts au plan national pour assurer l'adhésion universelle à la Convention et l'interprétation uniforme et l'application effective de ses dispositions. Elle a exprimé l'espoir que les États qui ne le sont pas encore deviendront bientôt parties à la Convention, ce qui assurerait la jouissance universelle de la certitude juridique qu'elle offre, réduirait les risques et les coûts de transaction liés aux opérations commerciales et encouragerait ainsi le commerce international.

3. L'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de redoubler d'efforts pour promouvoir une plus large adhésion à la Convention ainsi que l'interprétation uniforme et l'application effective de ses dispositions. Le Guide du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention de New York (le "Guide sur la Convention de New York" ou le "Guide") a été élaboré à cette fin.

Promouvoir l'interprétation uniforme des instruments de la CNUDCI

4. Conformément à son mandat, la CNUDCI a entrepris de mettre au point les outils nécessaires à une compréhension approfondie et à une interprétation uniforme des instruments qu'elle élabore.

5. L'un de ces outils, le site Web www.newyorkconvention1958.org, a été créé par Shearman & Sterling LLP, la Faculté de droit de Columbia et la CNUDCI afin de mettre à la disposition du public les informations recueillies lors de l'élaboration du Guide sur la Convention de New York. Le site contient une version électronique du Guide disponible dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, un corpus considérable de décisions dans lesquelles les juridictions des États parties interprètent la Convention, des renseignements sur la ratification de cette dernière, les travaux préparatoires, ainsi qu'une bibliographie qui répertorie de très nombreuses publications se rapportant à l'application et à l'interprétation de la Convention. Ce site fournit aux législateurs, juges, praticiens, parties et universitaires une riche compilation, dynamique et sans cesse croissante, d'informations. Il offre des contenus interactifs et utilise une indexation qui permet de relier ses différents éléments dans une trame unique. Grâce à son moteur de recherche avancée, il permet une consultation détaillée du Guide, des travaux préparatoires, de la jurisprudence et de la bibliographie. Le site contient, pour chaque affaire, le résumé de la décision correspondante, le texte complet de cette dernière et sa traduction en anglais lorsqu'elle existe. Il vient en complément des décisions rassemblées dans le *Recueil de jurisprudence* concernant les textes de la CNUDCI et constitue l'outil de référence principal pour le Guide sur la Convention de New York.

6. Le Guide sur la Convention de New York présente les informations relatives à la Convention par article. Chaque section contient un résumé de la jurisprudence correspondant à l'article en question, en faisant ressortir les convergences et les divergences d'interprétation. Le Guide a été élaboré à partir de décisions mentionnées sur le site Web www.newyorkconvention1958.org ainsi que d'autres décisions, citées intégralement dans les notes de bas de page.

7. Le Guide sur la Convention de New York ne se veut pas une source indépendante faisant autorité qui indiquerait comment il convient d'interpréter les différentes dispositions de la Convention, mais sert plutôt d'outil de référence compilant de nombreuses décisions rendues par les juridictions de plusieurs États. Il a pour objet d'aider à diffuser des informations sur la Convention de New York et de promouvoir plus largement l'adoption, ainsi que l'interprétation uniforme et l'application effective, de cette dernière. Par ailleurs, le Guide vise à aider les juges, les arbitres, les praticiens, les universitaires et les représentants des pouvoirs publics à utiliser plus efficacement la jurisprudence relative à la Convention.

Remerciements

Le Guide est le fruit de la coopération entre M. Emmanuel Gaillard et M. George A. Bermann, leurs équipes de recherche, et le secrétariat de la CNUDCI. M^{me} Yas Banifatemi a également contribué à son élaboration en qualité de directrice exécutive et coordonnatrice du site Web newyorkconvention1958.org.

Les institutions et personnes suivantes ont apporté une contribution majeure à cette première édition du Guide, élaborée entre 2013 et 2016:

- L'équipe de recherche mise sur pied par Shearman & Sterling LLP, et le réseau des correspondants du *Recueil de jurisprudence* concernant les textes de la CNUDCI;
- Associação Brasileira de Estudantes de Arbitragem; Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration; Centre de documentation de la Cour suprême italienne; Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.; DSP Publishing; Federal Court of Australia; High Court of Australia; Incorporated Council of Law Reporting; Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm; New York International Arbitration Center; Secrétariat permanent de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires; République et canton du Tessin; Supreme Court of South Australia; Supreme Court of Tasmania; The People's Court Press (Cour populaire suprême de la République populaire de Chine) (人民法院出版社); Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Domenico Di Pietro (Freshfields Bruckhaus Deringer LLP); Anna-Maria Tamminen (Hannes Snellman Attorneys Ltd); Niki K. Kerameus (Kerameus & Partner); Justinas Jarusevicius (Motieka & Audzevicius); Jie (Jeanne) Huang, docteure en science juridique, professeure associée de droit, directrice du Département des affaires étrangères de la Faculté de droit au Shanghai Institute of Foreign Trade; Liza Chen, doyenne de la Faculté de droit du Shanghai Institute of Foreign Trade; Sophie Tkemaladze (membre du Chartered Institute of Arbitrators, conseillère en

modes alternatifs de règlement des litiges pour le projet sur l'indépendance judiciaire et l'autonomisation en matière juridique (Judicial Independence and Legal Empowerment Project), exécuté par le East-West Management Institute en Géorgie); Christoph Liebscher (Wolf Theiss, Vienne (Autriche)); Charles Poncet (ZPG Avocats); Deyan Draguiev (CMS Cameron McKenna LLP-Bulgaria Branch); Grant Herholdt (ENS (Edward Nathan Sonnenbergs) South Africa); Duarte Gorjão Henriques (BCH Advogados).

Introduction

1. La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la "Convention de New York" ou la "Convention") a été adoptée par les Nations Unies à l'issue d'une conférence diplomatique qui s'est tenue en mai et juin 1958 au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York¹. Elle est entrée en vigueur le 7 juin 1959². À la date du présent Guide, elle comptait 156 États contractants³.

2. Pour la CNUDCI, la Convention de New York compte parmi les traités des Nations Unies les plus importants dans le domaine du droit commercial international et constitue la pierre angulaire du système d'arbitrage international⁴. Depuis sa création, le régime qu'elle a instauré pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales s'est profondément ancré dans les systèmes juridiques des États contractants et a contribué à faire de l'arbitrage international le mode normalement utilisé aujourd'hui pour régler les litiges commerciaux.

3. Les États contractants s'engagent à donner effet aux conventions d'arbitrage lorsqu'ils sont saisis d'un litige sur une question régie par de telles conventions, et à reconnaître et faire exécuter les sentences prononcées dans d'autres États, sous réserve de certaines exceptions bien définies.

4. Un État contractant qui imposerait des règles plus strictes pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères manquerait aux obligations qui lui incombent en vertu de la Convention. Ce principe est posé à l'article III, qui autorise les États contractants à déterminer les règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution, sous réserve qu'ils n'imposent pas, ce faisant, "pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales [...] 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".

¹Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739; E/CONF.26/SR.1 à 25, Comptes rendus analytiques de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, New York, 20 mai-10 juin 1958.

²Convention de New York, article XII.

³L'état de la Convention de New York peut être consulté sur le site Web de la CNUDCI [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html].

⁴Voir Renaud Sorieul, Secrétaire de la CNUDCI, sur le site Web consacré au Guide de la Convention de New York de 1958 [consultable à l'adresse <http://newyorkconvention1958.org>].

La Convention de New York fixe le niveau maximal de contrôle pouvant être exercé au stade de la reconnaissance et de l'exécution

5. Les conditions auxquelles la Convention soumet la reconnaissance et l'exécution fixent un "plafond", autrement dit un niveau maximal de contrôle que les États contractants peuvent exercer sur les sentences arbitrales et les conventions d'arbitrage. Toutefois, ceux-ci sont libres d'appliquer des règles plus souples que celles énoncées dans la Convention. Cette dernière ne cherche pas à restreindre la liberté qu'ont toujours eue les États contractants de traiter les sentences arbitrales et les conventions d'arbitrage étrangères aussi favorablement qu'ils le souhaitent; elle s'attache plutôt à faciliter dans toute la mesure possible la reconnaissance et l'exécution de ces sentences et conventions.

6. L'approche favorable à l'exécution qui sous-tend la Convention est consacrée à l'article VII-1, considéré comme l'une des pièces maîtresses de ce traité⁵. Cet article, qui pose le principe de "la règle la plus favorable" ("clause de faveur"), dispose que rien dans la Convention n'interdit à une partie demandant la reconnaissance et l'exécution de se prévaloir d'une loi interne ou d'un traité qui offre un traitement plus favorable. Conformément à cet article, un État contractant qui ferait exécuter une sentence arbitrale ou une convention d'arbitrage en appliquant un régime plus souple que celui de la Convention ne manquerait pas à ses obligations.

7. La Convention se veut donc un moyen de garantir un degré minimal de souplesse dans ses États contractants, moyen qu'il n'est pour autant pas nécessaire d'employer. À ce jour, dans certains des États les plus favorables à l'arbitrage, le nombre d'affaires renvoyant à la Convention est limité précisément parce que les règles ordinaires régissant la reconnaissance et l'exécution des sentences sont plus souples et, conformément à l'article VII-1, sont habituellement appliquées sans qu'il faille se référer à la Convention⁶.

⁵Un commentateur a décrit cette disposition comme étant le "trésor, l'idée géniale de la Convention". Voir Philippe Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales", *Rev. Arb.* (1998), p. 653, et plus précisément p. 663.

⁶Voir Dominique Hascher, "Les perspectives françaises sur le contrôle de la sentence internationale ou étrangère", *Revue de règlement des différends de McGill*, vol. 1, n° 2 (2015).

La Convention de New York contient son propre mécanisme lui permettant de s'adapter à l'évolution de l'arbitrage international

8. S'il ne fait aucun doute que la Convention de New York est l'instrument international le plus important en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales, celle-ci ne s'applique pas seule. Dans certains cas, d'autres traités internationaux, ou encore la législation interne du pays où l'exécution est demandée, sont également appliqués pour déterminer si une sentence arbitrale étrangère devrait être reconnue et exécutée.

9. Le génie de la Convention est d'avoir su anticiper la libéralisation progressive du droit de l'arbitrage international et de prévoir des dispositions en conséquence. L'article VII-1, qui régit la relation entre la Convention et d'autres traités et lois applicables, déroge aux règles qui s'appliquent normalement en cas de concurrence entre dispositions conventionnelles et prévoit qu'en cas de pluralité de régimes applicables, la règle qui l'emporte n'est ni la plus récente ni la plus spécifique mais la plus favorable à la reconnaissance et à l'exécution⁷.

10. Si, au cours des dernières années, d'éminents spécialistes ont estimé que le temps était venu d'entreprendre une révision de la Convention de New York⁸, il n'y a aucun danger à préserver la Convention sous sa forme actuelle⁹. L'article VII-1, qui gagnera en importance à mesure que les pays continueront de moderniser leurs lois sur l'arbitrage, empêche que la Convention ne stoppe le développement de l'arbitrage international. C'est cette même disposition qui a permis aux juridictions des États contractants de promouvoir les principales innovations sur lesquelles repose le système moderne de l'arbitrage international. La Convention est donc dotée des outils nécessaires pour assurer sa pérennité tout en permettant aux juridictions des États contractants de l'améliorer continuellement.

⁷Voir les commentaires du Tribunal fédéral suisse dans la cause *Denysiana S.A. c. Jassica S.A.*, 14 mars 1984, Arrêts du Tribunal fédéral 110 Ib 191, p. 194. Le Tribunal considère que l'article VII-1 consacre la "règle dite de l'efficacité maximale".

⁸Voir, en particulier, Pieter Sanders, "A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 13 *Int'l Law* (1979), p. 269; Jan Paulsson, "Towards Minimum Standards of Enforcement: Feasibility of a Model Law", dans *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (A.J. van den Berg, dir. publ., 1998), p. 574; Albert Jan van den Berg, "Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards", *AJB Rev* 06 (mai 2008).

⁹Voir Emmanuel Gaillard, "The Urgency of Not Revising the New York Convention", dans *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference* (A.J. van den Berg, dir. publ., 2009), p. 689; voir aussi V.V. Veeder, "Is There a Need to Revise the New York Convention", dans *The Review of International Arbitral Awards, IAI Series on International Arbitration n° 6*, (2010), p. 183.

La Convention de New York a été appliquée de manière uniforme

11. Le présent Guide se veut un outil de référence qui regroupe de nombreuses décisions sur la Convention de New York et analyse dans le détail la manière dont les juridictions des États contractants en appliquent et interprètent les dispositions.

12. Les pratiques mises en avant dans les chapitres suivants montrent que, malgré la diversité des systèmes juridiques des États contractants, la Convention a été interprétée et appliquée de manière plutôt uniforme et conformément à l'objectif qu'elle vise, à savoir favoriser la reconnaissance et l'exécution des sentences. De nombreux États contractants qui avaient d'abord opté pour une approche plus interventionniste de l'arbitrage international ont, conformément aux obligations qui les lient au titre de la Convention, adopté un régime libéral qui limite le contrôle exercé par les juridictions étatiques sur le processus arbitral.

13. Près de soixante ans après sa création, la Convention de New York continue de remplir son objectif, qui est de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, et, dans les années à venir, elle garantira l'expansion continue de l'arbitrage international et créera les conditions propices au développement des échanges économiques internationaux.

Article premier

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article premier tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères:

E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I; E/2822/Add.2, annexe I; E/2822/Add.4, annexe I; E/2822/Add.5, annexe; E/2822/Add.6, annexe; E/CONF.26/3; E/CONF.26/3/Add.1;

- Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l'arbitrage commercial international: Rapport d'ensemble du Secrétaire général: E/CONF.26/4;
- Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: Note du Secrétaire général: E/CONF.26/2.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/7; E/CONF.26/L.6; E/CONF.26/L.7; E/CONF.26/L.8/Corr.1; E/CONF.26/L.9; E/CONF.26/L.9/Rev.1; E/CONF.26/L.10; E/CONF.26/L.10/Rev.1; E/CONF.26/L.12; E/CONF.26/L.13; E/CONF.26/L.14; E/CONF.26/L.16; E/CONF.26/C.1/L.1; E/CONF.26/C.1/L.2; E/CONF.26/L.26; E/CONF.26/L.27; E/CONF.26/L.28; E/CONF.26/L.29; E/CONF.26/L.29/Corr.1; E/CONF.26/C.1/L.6;
- Amendements supplémentaires au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.41;
- Rapport du Groupe de travail n° 1: E/CONF.26/L.42; E/CONF.26/L.49;
- Texte des articles adoptés par la Conférence: E/CONF.26/L.46; E/CONF.26/L.58;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Nouveau texte adopté par la Conférence, à sa 23^e séance, pour l'article premier, paragraphe 3, et l'article V, paragraphes 1 a), 1 b) et 1 e): E/CONF.26/L.63.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 5^e, 6^e, 7^e, 8^e, 9^e, 15^e, 16^e, 21^e, 23^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.5; E/CONF.26/SR.6; E/CONF.26/SR.7;

E/CONF.26/SR.8; E/CONF.26/SR.9; E/CONF.26/SR.15; E/CONF.26/SR.16; E/CONF.26/SR.21; E/CONF.26/SR.23; E/CONF.26/SR.24;

- Compte rendu analytique de la 2^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.2;
- Compte rendu analytique de la 3^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.3.
- (Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)
- (Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. L'article premier définit en termes larges le champ d'application de la Convention de New York¹⁰. Son paragraphe 1 prévoit que la 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". Ce paragraphe prévoit également que la Convention s'applique aux sentences arbitrales "qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées". Le paragraphe 2 énonce que le terme "sentences arbitrales" [s'entend] non seulement [d]es sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également [de] celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises". Enfin, le paragraphe 3 autorise tout État contractant à limiter le champ d'application de la Convention en formulant les réserves qu'elle autorise, au moment de la signer, de la ratifier ou d'y adhérer. La première clause de réserve prévue, connue sous le nom de "réserve de réciprocité", autorise un État à appliquer la Convention aux seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. La seconde clause de réserve, connue sous le nom de "réserve de commercialité", autorise un État à appliquer la Convention "uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale".

2. L'article premier de la Convention de New York "se différencie clairement" des dispositions de la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des

¹⁰Bien que l'article premier ne fasse pas mention des conventions d'arbitrage, celles-ci relèvent du champ d'application de la Convention. Étant donné que l'article II a été ajouté tardivement, ni l'article premier ni les autres dispositions de la Convention n'ont été modifiés pour en tenir compte. Voir le chapitre du Guide consacré à l'article II, par. 2 et 3.

sentences arbitrales étrangères (la “Convention de Genève de 1927” ou la “Convention de Genève”) à deux égards¹¹.

3. *En premier lieu*, il confère à la Convention de New York un champ d'application plus large que ne l'était celui de la Convention de Genève de 1927. En effet, selon son article I-1, la Convention de New York s'applique aux sentences rendues dans tout État étranger, que cet État soit, ou non, un État contractant¹². Il a été noté, au cours de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international convoquée pour l'élaboration et l'adoption de la Convention (la “Conférence”), que le maintien du libellé de la Convention de Genève, qui visait uniquement l'exécution des sentences rendues dans un État contractant, pouvait donner lieu à une situation “paradoxe” dans laquelle, bien que le créancier et le débiteur de la sentence soient tous deux ressortissants d'États contractants, la sentence ne pourrait être exécutée au titre de la Convention de New York au motif qu'elle a été rendue dans un État non partie à ladite Convention¹³. Afin d'éviter pareille situation, les rédacteurs de la Convention de New York ont abandonné la condition de réciprocité obligatoire figurant dans la Convention de Genève, pour la remplacer par une réserve de réciprocité optionnelle prévue à l'article I-3.

4. *En second lieu*, la Convention de Genève de 1927 s'appliquait aux seules sentences arbitrales rendues “entre personnes soumises à la juridiction de l'une des Hautes Parties contractantes”¹⁴. Jugeant cette exigence “vague et ambiguë”¹⁵, le Comité spécial du Conseil économique et social l'a retirée de la version de 1955 du projet de convention. La délégation yougoslave a ultérieurement proposé de la rétablir¹⁶, mais cette proposition a été expressément rejetée par les autres délégations. En conséquence, à la différence de la Convention de Genève, le champ

¹¹*Gas Authority of India Ltd. c. Spie Capag SA and others*, High Court de Delhi (Inde), 15 octobre 1993, affaire n° 1440, IA n° 5206.

¹²Javier Rubinstein, Georgina Fabian, “The Territorial Scope of the New York Convention and Its Implementation in Common and Civil Law Countries”, dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 91, plus précisément p. 95.

¹³Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, Annexe II, Observations générales, E/2822, p. 9.

¹⁴Voir l'article premier de la Convention de Genève de 1927. Voir aussi Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Note du Secrétaire général, E/CONF.26/2, p. 2.

¹⁵Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 7.

¹⁶Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/CONF.26/L.12. Voir aussi Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 16^e séance, E/CONF.26/SR.16, p. 6.

d'application de la Convention de New York ne dépend pas de la nationalité ou du lieu de résidence des parties à la procédure arbitrale¹⁷.

5. Tout comme le reste de la Convention de New York, l'article premier a été rédigé dans l'intention de "faciliter, davantage que la Convention de Genève, l'exécution des sentences arbitrales étrangères"¹⁸. En rendant la condition de réciprocité optionnelle et en éliminant la condition de nationalité ou de résidence, cet article confère à la Convention de New York un champ d'application large.

Analyse

Article I-1

A. Signification des termes "reconnaissance et exécution"

6. Aux termes du paragraphe 1 de son article premier, la Convention de New York s'applique "à la reconnaissance et à l'exécution" des sentences qui entrent dans son champ d'application. Elle ne s'applique pas aux actions judiciaires engagées en vue d'obtenir l'annulation d'une sentence ou la suspension d'une procédure arbitrale en cours.

a) Définition de la "reconnaissance" et de l'"exécution" et distinction entre ces termes

7. La Convention de New York ne comporte pas de définition des termes "reconnaissance" et "exécution" et la jurisprudence ayant trait à leur interprétation est rare. On compte, parmi les quelques décisions sur ce sujet, celle d'une juridiction colombienne ayant estimé que la "reconnaissance" consiste à reconnaître la valeur

¹⁷La nationalité ou le lieu de résidence sont toutefois susceptibles de jouer un rôle en ce qui concerne les "sentences non nationales". Une juridiction chargée de l'exécution peut considérer qu'une sentence rendue sur son territoire est une sentence "non nationale", si l'une des parties, ou les deux parties, à l'arbitrage sont étrangères ou résident à l'étranger. Il convient de noter qu'à cet égard le critère de la nationalité est employé pour élargir le champ d'application de la Convention, plutôt que pour le restreindre. Voir ci-dessous les paragraphes 53 à 55. Voir aussi Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 15; Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration* (2004), p. 360, par. 8.54.

¹⁸Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 5.

et l'effet juridiques d'une sentence, tandis que l'"exécution" désigne l'exécution forcée de cette sentence dans un État l'ayant préalablement reconnue¹⁹.

8. Les commentateurs s'accordent largement sur le fait que la "reconnaissance" renvoie au processus permettant de considérer une sentence arbitrale comme juridiquement contraignante, mais non nécessairement exécutoire, tandis que l'"exécution" désigne le processus par lequel il est donné effet à cette sentence²⁰.

9. Une autre question, étroitement liée à celle de la définition de ces deux termes, est celle de savoir si la partie intéressée doit demander concomitamment la "reconnaissance" et l'"exécution" d'une sentence, ou si elle peut demander sa reconnaissance seule.

10. Dans une décision de 1981, la Cour fédérale de justice allemande a interprété l'expression "reconnaissance et exécution" comme signifiant que ces deux actions sont interdépendantes et ne sauraient être engagées séparément²¹.

11. Des juridictions d'autres pays ont, en revanche, estimé que la reconnaissance pouvait être demandée seule. La Cour suprême indienne a ainsi déclaré qu'il était possible de demander la reconnaissance "afin d'éviter que les questions sur lesquelles porte la sentence ne soient à nouveau soulevées"²². La même juridiction a conclu que la partie ayant eu gain de cause dans la procédure arbitrale peut ainsi invoquer la sentence si une action est engagée contre elle au sujet d'une question déjà tranchée par ladite sentence.

12. Des juridictions d'autre pays, notamment des États-Unis²³ et du Portugal²⁴, ont pareillement estimé que la reconnaissance peut être demandée indépendamment de l'exécution.

¹⁹*Drummond Ltd. c. Ferrovías en Liquidación, Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A. (FENOCO)*, Cour suprême de justice (Colombie), 19 décembre 2011, 11001-0203-000-2008-01760-00. Sur la signification du terme "exécution", voir également *Pavan s.r.l. c. Leng d'Or, SA*, Tribunal de première instance (Espagne), 11 juin 2007, 584/06, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 444.

²⁰Javier Rubinstein, Georgina Fabian, "The Territorial Scope of the New York Convention and Its Implementation in Common and Civil Law Countries", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 91, et plus précisément p. 93; Bernd Ehle, "Commentary on Article I", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 26, et plus précisément p. 77.

²¹*Compagnia Italiana di Assicurazioni (COMITAS) S.p.A., Società di Assicurazioni Gia Mutua Marittima Nazionale (MUTUAMAR) S.p.A. et autres c. Schwartzmeer und Ostsee Versicherungsaktiengesellschaft (SOVAG)*, Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 8 octobre 1981, VIII Y.B. Com. Arb. (1983), p. 366.

²²*Brace Transport Corporation of Monrovia, Bermuda c. Orient Middle East Lines Ltd. and others*, Supreme Court (Inde), 12 octobre 1993, recours civil n° 5438-39 de 1993.

²³*Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. c. Toys "R" Us, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 10 septembre 1997, 126 F.3d 15.

²⁴Cour d'appel d'Évora (Portugal), 31 janvier 2008, 1141/06-2.

13. Cette approche est confortée par les travaux préparatoires de la Convention²⁵, ainsi que les commentateurs²⁶.

b) *Inapplicabilité de la Convention à la procédure d'annulation*

14. La Convention ne s'applique pas à la procédure d'annulation. Ce point a été confirmé par différentes juridictions nationales. Par exemple, une juridiction de Hong Kong a déclaré dans un *obiter dictum* que "différentes décisions ont clairement indiqué que la Convention n'est pas applicable aux demandes en annulation visant des sentences"²⁷. De même, de nombreuses décisions de juridictions américaines ont relevé que, si un requérant est fondé à invoquer la Convention de New York pour demander la reconnaissance d'une sentence arbitrale, la demande reconventionnelle présentée par le défendeur aux fins d'en obtenir l'annulation sera, elle, régie par le droit interne de l'arbitrage, et non par la Convention de New York²⁸.

15. Dans le même esprit, des juridictions françaises²⁹ et indiennes³⁰ ont, elles aussi, estimé que la Convention de New York n'était pas applicable aux demandes en annulation.

²⁵Travaux préparatoires, Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, Compte rendu analytique de la 1^{re} séance, E/AC.42/SR.1, p. 7. Formulant une observation au sujet du titre d'un avant-projet proposé par la Chambre de commerce internationale (CCI), le représentant de la Belgique a fait observer que le but de la convention "apparaîtrait plus clairement" si le titre de ce projet était modifié de sorte qu'il mentionne "la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales", et non leur seule exécution.

²⁶Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 966, par. 1667. Voir aussi Javier Rubinstein, Georgina Fabian, "The Territorial Scope of the New York Convention and Its Implementation in Common and Civil Law Countries", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 91, et plus précisément p. 93; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 243 à 245.

²⁷*Shenzhen Nan Da Industrial and Trade United Co. Ltd. c. FM International Ltd. [HK]*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 2 mars 1992, 1991 n° MP 1249.

²⁸*Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. c. Toys "R" Us, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 10 septembre 1997, 126 F.3d 15. Voir aussi *Federal Insurance Company, as subrogee of Transammonia, Inc. c. Bergesen D.Y. ASA OSLO*, as agents of the Norwegian Flag LP G/C "Hugo N" and its owner, General Gas Carrier Corporation, Limited, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 7 septembre 2012, 12 Civ. 3851(PAE); *ESCO Corporation c. Bradken Resources PTY Ltd*, District Court, District of Oregon, Portland Division (États-Unis d'Amérique), 31 janvier 2011, 10-788-AC.

²⁹*SNC Facciano Giuseppe c. Société coopérative agricole Nouricia*, cour d'appel de Paris (France), 9 juin 2011, 10/11062. Voir aussi *Commandement des Forces aériennes de la République islamique d'Iran c. Société Bendone Derossi International Limited Partnership*, Cour de cassation (France), 5 mai 1987, 85-13.162; *Société Maatschappij Voor Industriële Research en Ontwikkeling c. M. Lièvreumont et autres*, Cour de cassation (France), 25 mai 1983, 82-11.699; *General National Maritime Transport Company c. Société Götaverken Arendal A.B.*, cour d'appel de Paris (France), 21 février 1980.

³⁰Voir, par exemple, *Compagnie Saint-Gobain-Pont-à-Mousson c. Fertilizer Corporation of India Ltd.*, High Court de Delhi (Inde), 28 août 1970, ILR 1970 Delhi 927.

16. Les commentateurs partagent également cette opinion³¹.

c) *Inapplicabilité de la Convention aux actions visant à obtenir la suspension d'une procédure arbitrale*

17. La Convention de New York ne s'applique pas non plus aux actions visant à obtenir la suspension d'une procédure arbitrale. Cette position a été confirmée par la rare jurisprudence existant sur la question. Une juridiction américaine a ainsi jugé que la Convention de New York "ne fait pas mention des actions visant à empêcher un arbitrage en cours" et que, par conséquent, elle ne s'applique pas aux actions tendant à obtenir la suspension d'une procédure d'arbitrage³².

B. Signification de l'expression "sentences arbitrales"

18. La Convention ne définit pas la notion de "sentences arbitrales". Au cours des négociations relatives à l'article premier, la délégation autrichienne a fait observer que "[c]'est donc selon le droit de l'État où la sentence sera exécutée que l'on définira ce qu'il faut entendre par sentence arbitrale"³³. En d'autres termes, il appartient aux juridictions de l'État contractant dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées de déterminer si une décision peut être qualifiée de "sentence arbitrale" aux fins de la Convention de New York.

19. Plusieurs juridictions ont estimé que, pour déterminer le sens de cette expression, il faut tenir compte de l'objet et du but de la Convention de New York³⁴. Une juridiction colombienne, par exemple, a déclaré que la notion de "sentence arbitrale" devait être interprétée conformément à l'esprit de la Convention de New York³⁵.

³¹Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 20; Javier Rubinstein, Georgina Fabian, "The Territorial Scope of the New York Convention and Its Implementation in Common and Civil Law Countries", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 91, et plus précisément p. 94.

³²*Firooz Ghassabian c. Fatollah Hematian et al.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 27 août 2008, 08 Civ. 4400 SAS.

³³Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, Annexe I, Observations des gouvernements, E/2822, p. 8.

³⁴*Compagnia Italiana di Assicurazioni (COMITAS) S.p.A., Società di Assicurazioni Gia Mutua Marittima Nazionale (MUTUAMAR) S.p.A. et autres c. Schwartzmeer und Ostsee Versicherungsaktiengesellschaft (SOVAG)*, Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 8 octobre 1981, VIII Y.B. Com. Arb. (1983), p. 366; *Merck & Co. Inc., Merck Frosst Canada Inc., Frosst Laboratories Inc. c. Tecnoquímicas S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 26 janvier 1999, E7474.

³⁵*Merck & Co. Inc., Merck Frosst Canada Inc., Frosst Laboratories Inc. c. Tecnoquímicas S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 26 janvier 1999, E-7474.

20. De façon générale, les juridictions nationales admettent que la question de savoir si une décision est une sentence dépend de sa nature et de son contenu, et non de la dénomination que lui ont donnée les arbitres³⁶. Une juridiction américaine a, par exemple, considéré qu'une décision n'a pas besoin de porter le titre de "sentence" pour être exécutoire au titre de la Convention de New York³⁷. De même, il ne suffirait pas que les arbitres qualifient une décision de "sentence" pour en faire une sentence au regard de cette convention³⁸.

21. Des juridictions nationales ont estimé que seules les décisions rendues par des arbitres pour trancher l'ensemble du litige, ou certains de ses aspects — notamment la question de la compétence —³⁹, et qui ont un caractère définitif et obligatoire peuvent être considérées comme des "sentences arbitrales" aux fins de la Convention de New York⁴⁰. Certaines ont donc conclu qu'une décision ne peut être considérée comme une "sentence arbitrale" au regard de la Convention de New York que: i) si elle est rendue par des arbitres; ii) si elle tranche tout ou partie d'un différend de façon définitive; et iii) si elle a un caractère obligatoire⁴¹.

22. *Premièrement*, la jurisprudence rapportée montre que seules les décisions rendues par des arbitres doivent être considérées comme des "sentences" au regard de la Convention de New York. Une juridiction américaine a ainsi jugé qu'une décision de la Cour permanente d'arbitrage ("CPA") portant rejet d'une demande d'arbitrage, sur la base d'un examen préalable des documents soumis par les parties, ne constituait pas une sentence au sens de la Convention de New York. Elle a ajouté que la décision de la CPA ne pouvait être considérée comme une "sentence" car "aucun arbitre n'a jamais été nommé pour régler le litige opposant les parties"⁴².

³⁶*Blackwater Security Consulting LLC et al. c. Richard P. Nordan*, District Court, Eastern District of North Carolina, Northern Division (États-Unis d'Amérique), 21 janvier 2011, 2:06-CV-49-F; *Merck & Co. Inc., Merck Frost Canada Inc., Frost Laboratories Inc. c. Tecnoquímicas S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 26 janvier 1999, E-7474; *Publicis Communication c. Publicis S.A., True North Communications Inc.*, Court of Appeals, Seventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 14 mars 2000, 206 F.3d 725; *Bundesgerichtshof [BGH]* (Allemagne), 18 janvier 2007, III ZB 35/06.

³⁷*Blackwater Security Consulting LLC et al. c. Richard P. Nordan*, District Court, Eastern District of North Carolina, Northern Division (États-Unis d'Amérique), 21 janvier 2011, 2:06-CV-49-F.

³⁸Voir, dans le contexte d'une procédure en annulation, *Braspetro Oil Services Company — Brasoil c. The Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project*, cour d'appel de Paris (France), 1^{er} juillet 1999, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 296. En l'espèce, la Cour a estimé que "la qualification [d'une décision] de sentence ne dépend pas des termes retenus par les arbitres ou par les parties". Elle a conclu en conséquence qu'une décision par laquelle les arbitres ont tranché de manière définitive le différend opposant les parties était une sentence, nonobstant le fait que le tribunal arbitral ait qualifié sa décision d'"ordonnance".

³⁹Voir le chapitre du Guide consacré à l'article premier, par. 28 à 32.

⁴⁰Pour une analyse de l'effet de l'article I-2 et de la notion de sentence arbitrale au sens de la Convention de New-York, voir le chapitre du Guide consacré à l'article premier, par. 65 à 68.

⁴¹Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 e), par. 5 à 19.

⁴²*Marks 3- Zet-Ernst Marks GmbH & Co. KG c. Presstek, Inc.*, District Court, District of New Hampshire (États-Unis d'Amérique), 9 août 2005, Civ.05-CV-121-JD, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 1256. Voir aussi, dans le contexte de l'annulation d'une sentence, *Société Opinter France c. Société Dacomex*, cour d'appel de Paris (France), 15 janvier 1985, Rev. Arb. (1986), p. 87.

De même, une juridiction américaine a estimé qu'une décision prise par un tiers en vue de fixer le prix des actions d'une société ne constituait pas une sentence rendue par des arbitres et que la Convention de New York était donc inapplicable⁴³. Les commentateurs s'accordent largement à considérer que les décisions prononcées dans le cadre de procédures d'évaluation et d'expertise ne constituent pas des "sentences rendues par des arbitres" et ne sauraient être reconnues et exécutées au titre de la Convention de New York⁴⁴.

23. *Deuxièmement*, la jurisprudence rapportée montre que sont considérées comme des "sentences" au regard de la Convention les décisions par lesquelles des différends sont tranchés de manière définitive, en tout ou en partie⁴⁵. Par exemple, une juridiction australienne a estimé que, pour constituer une "sentence arbitrale" aux fins de la Convention de New York, une décision devait trancher de manière définitive, sinon toutes les questions soumises au tribunal arbitral, du moins certaines d'entre elles⁴⁶. De même, une juridiction américaine a jugé que, pour être considérée comme une "sentence", une décision devait statuer de manière définitive sur une demande distincte et indépendante⁴⁷. Interprétant la notion de caractère "définitif", une juridiction colombienne a estimé que les sentences revêtent un tel caractère "non en ce qu'elles mettent un terme à l'arbitrage ou à la mission du tribunal, mais en ce qu'elles règlent de façon définitive certaines des questions litigieuses soumises à l'arbitrage"⁴⁸.

24. *Troisièmement*, la jurisprudence rapportée montre que seule une décision obligatoire pour les parties peut être considérée comme une "sentence arbitrale" au regard de la Convention de New York⁴⁹. Une juridiction allemande a ainsi estimé qu'une sentence était obligatoire dans la mesure où elle ne faisait l'objet d'aucune

⁴³*Frydman c. Cosmair Inc.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 25 juillet 1996, 94 Civ. 3772 LAP.

⁴⁴Fouchard Gaillard *Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 19, par. 25; Bernd Ehle, "Commentary on Article I", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 26, et plus précisément p. 37; Domenico Di Pietro, "What Constitutes an Arbitral Award Under the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 139, et plus précisément p. 145; Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage* (1987), p. 123, 158 et 162.

⁴⁵Voir le chapitre du Guide consacré à l'article premier, par. 26 à 40.

⁴⁶*Resort Condominiums International Inc. c. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Supreme Court of Queensland (Australie), 29 octobre 1993, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 628.

⁴⁷*Hall Steel Company c. Metalloyd Ltd.*, District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division (États-Unis d'Amérique), 7 juin 2007, 492 F. Supp. 2d 715, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 978.

⁴⁸*Drummond Ltd. c. Instituto Nacional de Concesiones — INCO et autres*, Cour suprême de justice (Colombie), 19 décembre 2011 et 3 mai 2012, XXXVII Y.B. Com. Arb. (2012), p. 205 (avec traduction anglaise). Voir aussi *Resort Condominiums International Inc. c. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Supreme Court of Queensland (Australie), 29 octobre 1993, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 628.

⁴⁹Voir les chapitres du Guide consacrés à l'article IV, par. 68 à 72, et à l'article VI e), par. 13 et 14. La charge de prouver qu'une sentence n'est pas encore devenue obligatoire revient à la partie qui s'oppose à son exécution.

voie de recours, ni auprès d'un autre tribunal arbitral, ni auprès d'une juridiction nationale⁵⁰. La Cour de cassation française a retenu une approche similaire pour refuser l'exécution d'une sentence au motif qu'elle n'avait pas force de chose jugée, car l'une des parties avait formé une demande de réexamen devant un autre tribunal arbitral⁵¹.

25. Les juridictions nationales ont appliqué les deux critères susmentionnés — à savoir le caractère définitif et le caractère obligatoire de la sentence — à différents types de décisions rendues par des arbitres, en vue de déterminer s'il convenait de considérer telle ou telle décision comme une "sentence arbitrale" au regard de la Convention.

a) *Les ordonnances de procédure*

26. Certaines juridictions ont estimé qu'une ordonnance de procédure tranchant de façon définitive une question litigieuse entre des parties pouvait être qualifiée de "sentence" susceptible d'être exécutée au titre de la Convention de New York. Ainsi, la Cour d'appel de la septième circonscription des États-Unis a jugé qu'une ordonnance de procédure par laquelle un tribunal arbitral ordonnait à une partie de transmettre à l'autre certains documents fiscaux était "définitive" et donc susceptible de reconnaissance au titre de la Convention de New York⁵². Une autre juridiction américaine a décidé qu'une "ordonnance de clôture" mettant fin à la procédure d'arbitrage au motif que les parties n'avaient pas acquitté les honoraires d'arbitrage constituait une sentence définitive et exécutoire au regard de la Convention⁵³.

27. Une juridiction australienne a, de son côté, refusé l'exécution "d'une ordonnance-sentence provisoire d'arbitrage" par laquelle le tribunal interdisait à une partie — jusqu'au terme de la procédure d'arbitrage — certains actes liés à un contrat de licence, à savoir notamment conclure un contrat similaire avec une autre partie ou s'abstenir d'exécuter les dispositions du contrat de licence en cause. Elle a conclu que "l'ordonnance-sentence provisoire d'arbitrage" ne constituait pas une sentence exécutoire de par sa "nature interlocutoire et procédurale", et qu'elle ne visait pas à régler définitivement le litige entre les parties⁵⁴.

⁵⁰Voir Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 18 janvier 1990, III ZR 269/88.

⁵¹*Société Diag c. République tchèque*, Cour de cassation (France), 5 mars 2014, 12-29.112.

⁵²*Publicis Communication c. Publicis S.A., True North Communications Inc.*, Court of Appeals, Seventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 14 mars 2000, 206 F.3d 725.

⁵³*Blackwater Security Consulting LLC et al. c. Richard P. Nordan*, District Court, Eastern District of North Carolina, Northern Division (États-Unis d'Amérique), 21 janvier 2011, 2:06-CV-49-F.

⁵⁴*Resort Condominiums International Inc. c. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Supreme Court of Queensland (Australie), 29 octobre 1993, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 628.

b) *Les sentences sur la compétence*

28. Parmi les questions qui ont été soulevées devant les juridictions nationales se trouve également celle de savoir si les sentences sur la compétence sont exécutoires au titre de la Convention. La jurisprudence sur cette question est rare et porte sur la reconnaissance et l'exécution de sentences visant à la fois la compétence et l'attribution des frais afférents à la phase où l'arbitre statue sur sa compétence.

29. Parmi les quelques affaires dont il peut être fait état, on compte la décision d'une juridiction américaine ayant estimé qu'une "sentence provisoire réglant définitivement" la question de la compétence et contenant une estimation des frais n'était pas exécutoire au titre de la Convention de New York, au motif que la procédure d'arbitrage était encore en cours et que la partie demandant l'homologation n'avait pas démontré la nécessité d'exécuter la sentence sur la compétence pour "préserver le statu quo"⁵⁵. Le tribunal de district a toutefois observé, en s'appuyant sur la jurisprudence antérieure, qu'une sentence ne devait pas nécessairement trancher de façon définitive toutes les questions litigieuses pour pouvoir bénéficier d'une reconnaissance au titre de la Convention, dès lors que la partie demandant la reconnaissance et l'exécution était en mesure d'établir la nécessité immédiate des mesures requises.

30. La Cour suprême du Queensland, en Australie, a estimé qu'une sentence provisoire par laquelle l'arbitre se déclare incompétent et rend une décision sur les frais était exécutoire au titre de la Convention de New York. Elle a observé que "l'absence [...] de décision au fond ne saurait avoir d'incidence sur la capacité du défendeur [...] à obtenir l'exécution de la sentence provisoire [...] en ce qui concerne les frais"⁵⁶.

31. Dans une autre affaire, une juridiction colombienne a refusé d'accorder l'exécution d'une "sentence interlocutoire sur la compétence" au motif qu'une sentence établissant la compétence d'un tribunal arbitral ne "met pas un terme sur le fond à la procédure d'arbitrage, ni ne tranche le litige" et qu'elle ne pouvait donc être considérée comme tombant sous le coup de la Convention de New York⁵⁷.

⁵⁵*Hall Steel Company c. Metalloyd Ltd.*, District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division (États-Unis d'Amérique), 7 juin 2007, 492 F. Supp. 2d 715, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 978.

⁵⁶*Austin John Montague c. Commonwealth Development Corporation*, Supreme Court of Queensland (Australie), 27 juin 2000, recours n° 8159 de 1999, DC n° 29 de 1999, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001), p. 744. Voir aussi Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 18 janvier 2007, III ZB 35/06; Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 14 mars 2006, 6 Sch 11/05.

⁵⁷*Merck & Co. Inc., Merck Frosst Canada Inc. & Frosst Laboratories Inc. c. Tecnoquímicas S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 1^{er} mars 1999, E-7474 (traduction anglaise non officielle).

32. Les commentateurs sont, quant à eux, d'avis que les sentences sur la compétence peuvent être considérées comme de véritables "sentences" susceptibles de reconnaissance et d'exécution au titre de la Convention de New York⁵⁸.

c) *Les sentences provisoires ou partielles*

33. Les juridictions nationales se sont, en outre, penchées sur la question de savoir si les sentences provisoires ou partielles sont exécutoires au titre de la Convention. Ainsi, une juridiction bulgare a conclu qu'une sentence partielle, imposant à une partie de verser certaines sommes à une autre, n'était pas exécutoire au titre de la Convention, car elle ne réglait pas le différend entre les parties de façon définitive. Elle a ajouté que l'absence de caractère définitif du règlement du litige ressortait au surplus de ce que la procédure d'arbitrage demeurait pendante⁵⁹.

34. D'autres juridictions ont en revanche jugé qu'une sentence provisoire ou partielle constituait une "sentence" au sens de la Convention, dès lors qu'elle tranchait de manière définitive une partie au moins du différend soumis à l'arbitrage⁶⁰. Une juridiction allemande a, par exemple, estimé qu'une sentence provisoire contenant une décision obligatoire sur certains des griefs formulés était susceptible de reconnaissance et d'exécution au titre de la Convention de New York⁶¹. Pareillement, la Cour suprême de justice colombienne a jugé qu'une "sentence partielle" constituait une "sentence" au sens de la Convention de New York. Ce faisant, elle a observé que la sentence en cause réglait de manière définitive "plusieurs des demandes ou demandes reconventionnelles" des parties⁶². De même, une juridiction américaine a conclu qu'"une sentence provisoire qui tranche de manière finale et définitive une demande distincte et indépendante peut être homologuée, nonobstant l'absence de décision arbitrale définitive sur l'ensemble des demandes soumises à l'arbitrage"⁶³. Observant qu'il avait été statué par une sentence partielle sur des demandes dissociables d'autres demandes formulées dans le cadre de la

⁵⁸Fouchard Gaillard *Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 739, par. 1357; Domenico Di Pietro, "What Constitutes an Arbitral Award Under the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 139, et plus précisément p. 153; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 2935 et 2936.

⁵⁹*ECONERG Ltd. c. Compagnie nationale d'électricité AD*, Cour suprême de cassation, collège civil, 5^e chambre civile (Bulgarie), 23 février 1999, 356/99, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 678.

⁶⁰*Resort Condominiums International Inc. c. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Supreme Court of Queensland (Australie), 29 octobre 1993, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 628.

⁶¹*Oberlandesgericht [OLG] de Thuringe (Allemagne)*, 8 août 2007, 4 Sch 03/06.

⁶²*Drummond Ltd. c. Instituto Nacional de Concesiones — INCO et autres*, Cour suprême de justice (Colombie), 19 décembre 2011 et 3 mai 2012, XXXVII Y.B. Com. Arb. (2012), p. 205 (avec traduction anglaise).

⁶³*Alcatel Space, S.A. c. Alcatel Space Industries, S.A. and others*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 25 juin 2002, 02 Civ.2674 SAS, XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 990.

procédure d'arbitrage pendante, la juridiction saisie a accordé la reconnaissance de la sentence partielle au titre de la Convention de New York.

35. Dans un *obiter dictum*, la Cour de cassation italienne a noté qu'une sentence partielle établissant la responsabilité des parties était susceptible d'exécution en Italie en vertu de la Convention de New York⁶⁴. Elle a ajouté que la sentence définitive fixant le montant des dommages et intérêts pouvait, aux fins de l'exécution, faire l'objet d'un examen séparé de la sentence provisoire sur la responsabilité.

d) *Les sentences rendues d'accord parties*

36. La Convention est silencieuse sur la question de son applicabilité aux décisions prenant acte des termes d'un accord intervenu entre les parties. Au cours de la Conférence, la question de l'application de la Convention à ce type de décisions a été soulevée, mais non tranchée⁶⁵. Aucune jurisprudence n'est rapportée sur cette question.

e) *Les lodi irrituali (décisions rendues dans le cadre d'un arbitrage informel)*

37. La question de savoir si une sentence rendue dans le cadre d'une procédure *d'arbitrato irrituale*, ou arbitrage informel, entre dans le champ d'application de la Convention de New York s'est également posée. Ce type de procédure est basé sur les intentions des parties et donne lieu à une sentence qui revêt la nature d'un contrat. Les décisions rendues dans ce cadre lient les parties dès leur prononcé, mais ne deviennent exécutoires qu'après avoir été homologuées par une juridiction compétente⁶⁶.

38. La Cour fédérale de justice allemande a jugé que la Convention ne s'appliquait ni à la reconnaissance, ni à l'exécution d'une décision informelle (*lodo irrituale*), c'est-à-dire rendue dans le cadre d'un arbitrage informel (*arbitrato irrituale*). Elle a observé qu'une telle décision était comparable à une décision interlocutoire

⁶⁴Walter Thosti *Boswau Bauaktiengesellschaft c. Costruire Coop. srl*, Cour de cassation (Italie), 7 juin 1995, 6426, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 727.

⁶⁵Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, Annexe I, Observations des gouvernements, E/2822, p. 6 et 8; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/CONF.26/L.26. Voir aussi Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l'arbitrage commercial international, Rapport d'ensemble du Secrétaire général, E/CONF.26/4, p. 26.

⁶⁶Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 22 novembre 2002, 4 Z Sch 13/02, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 754.

“car elle offre la possibilité d’obtenir un jugement grâce auquel elle acquiert son caractère de jugement définitif”⁶⁷. Une autre juridiction allemande a adopté une position similaire, estimant qu’une sentence ayant l’effet d’un contrat, et non d’un jugement, ne pouvait être exécutoire au titre de la Convention de New York⁶⁸.

39. En revanche, dans le contexte d’une procédure par laquelle une partie demandait le renvoi à l’arbitrage conformément à l’article II de la Convention, la Cour de cassation italienne a observé dans un *obiter dictum* que les décisions informelles (*lodi irrituali*) entraient dans le champ d’application de la Convention⁶⁹. Selon son raisonnement, le fait que la Convention de New York vise une sentence arbitrale “obligatoire entre les parties, [...] ne signifie pas en soi que cette force obligatoire doive nécessairement jouer au niveau judiciaire”⁷⁰. La Cour a ajouté que l’exigence du *double exequatur* avait été écartée de la Convention de New York et qu’il n’était par conséquent pas nécessaire d’obtenir une décision d’*exequatur* dans l’État où un *lodo irrituale* avait été prononcé pour que celui-ci soit exécutoire au titre de la Convention⁷¹. Dans une autre décision, également rendue dans le contexte d’une procédure de renvoi à l’arbitrage, la Cour de cassation italienne a déclaré, dans un *obiter dictum*, que la Convention de New York devait recevoir une interprétation “aussi large que possible”, en prenant en considération les “différences existant dans le droit et les mentalités des différents États contractants”⁷². Elle a estimé que les différences entre l’arbitrage ordinaire (*arbitrato rituale*) et l’arbitrage informel (*arbitrato irrituale*) ne devaient pas entrer en ligne de compte aux fins de l’exécution d’une sentence en vertu de la Convention de New York.

⁶⁷*Compagnia Italiana di Assicurazioni (COMITAS) S.p.A., Società di Assicurazioni Gia Mutua Marittima Nazionale (MUTUAMAR) S.p.A. et autres c. Schwartzmeer und Ostsee Versicherungsaktiengesellschaft (SOVAG)*, Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 8 octobre 1981, VIII Y.B. Com. Arb. (1983), p. 366 (avec traduction anglaise).

⁶⁸*Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG]* (Allemagne), 22 novembre 2002, 4 Z Sch 13/02, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 754.

⁶⁹*Gaetano Butera c. Pietro e Romano Pagnan*, Cour de cassation (Italie), 18 septembre 1978, 4167, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 296; *Colella Legnami S.p.A. c. Carey Hirsch Lumber Company*, Cour de cassation (Italie), 6 juillet 1982, 4039, IX Y.B. Com. Arb. (1984), p. 429.

⁷⁰*Gaetano Butera c. Pietro e Romano Pagnan*, Cour de cassation (Italie), 18 septembre 1978, 4167, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 296 (avec traduction anglaise).

⁷¹*Id.*

⁷²*Colella Legnami S.p.A. c. Carey Hirsch Lumber Company*, Cour de cassation (Italie), 6 juillet 1982, 4039, IX Y.B. Com. Arb. (1984), p. 429 (avec traduction anglaise).

40. La plupart des commentateurs sont cependant d'avis qu'une décision issue d'un arbitrage informel (*lodo irrituale*) ne constitue pas une "sentence arbitrale" au regard de la Convention de New York⁷³.

C. Sentences arbitrales relevant du champ d'application de la Convention

41. L'article premier du projet de convention de 1955 prévoyait que la Convention devait s'appliquer à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où ces sentences étaient invoquées. Ce projet retenait ainsi un "critère territorial" pour déterminer l'applicabilité de la Convention, en mettant l'accent sur le lieu où la sentence avait été rendue. L'emploi de ce critère excluait du champ d'application de la Convention les sentences rendues dans l'État où la reconnaissance et l'exécution étaient demandées, ce qui rendait le projet de 1955 plus restrictif que la Convention de Genève de 1927⁷⁴.

42. Les délégations de plusieurs pays ont considéré que l'approche territoriale étroite retenue par le Comité spécial du Conseil économique et social conférait une importance excessive au siège de l'arbitrage, qui était souvent choisi "pour des raisons de simple commodité"⁷⁵ et pouvait être "fortuit et artificiel"⁷⁶. Pour ces motifs, les délégations allemande, autrichienne, belge, française, italienne, néerlandaise, suédoise et suisse ont proposé conjointement un projet d'amendement au paragraphe 1 de l'article premier, aux termes duquel la Convention devait

⁷³Voir Bernd Ehle, "Commentary on Article I", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolf, dir. publ., 2012), p. 26, et plus précisément p. 40; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 47; Domenico Di Pietro, "What Constitutes an Arbitral Award Under the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 139, et plus précisément p. 148; contra Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 2925.

⁷⁴En vertu de son article premier, la Convention de Genève de 1927 s'appliquait aux sentences rendues "dans un territoire relevant de l'une des Hautes parties contractantes". Ce libellé n'excluait pas du champ d'application de cette convention les sentences rendues dans les États où l'exécution était demandée, à condition qu'elles aient été prononcées entre personnes "soumises à la juridiction de l'une des Hautes parties contractantes". Voir aussi Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Note du Secrétaire général, E/CONF.26/2, p. 2.

⁷⁵Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Note du Secrétaire général, E/CONF.26/2, p. 3.

⁷⁶Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 5^e séance, E/CONF.26/SR.5, p. 8.

s'appliquer aux sentences arbitrales "autres que celles qui sont considérées comme nationales dans le pays où elles sont invoquées"⁷⁷.

43. La question a été soumise à un groupe de travail composé de représentants de dix États, qui a été chargé de concilier les opinions de "ceux qui étaient favorables au principe du lieu de l'arbitrage et de ceux qui étaient favorables au principe de la nationalité de la sentence arbitrale"⁷⁸. Ce groupe de travail a proposé un texte pour l'article premier, ultérieurement adopté par la Conférence, qui comportait à la fois le critère "territorial" et le critère du caractère "non national" des sentences visées⁷⁹. La Convention reconnaît ainsi que les États contractants peuvent souhaiter prendre en compte des facteurs autres que le siège de l'arbitrage pour déterminer si une sentence relève de son champ d'application⁸⁰.

a) *Sentences "rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées"*

44. Aux termes de la première phrase du paragraphe 1 de son article premier, la Convention de New York s'applique à des sentences "rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées". À moins qu'un État n'ait formulé une réserve de réciprocité en vertu du

⁷⁷Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères — Autriche, Belgique, France, Italie, Pays-Bas, République fédérale d'Allemagne, Suède, Suisse: amendement à l'article I, alinéa 1, du projet de convention, E/CONF.26/L.6.

⁷⁸Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Groupe de travail n° 1 sur le paragraphe 1 de l'article premier et sur l'article II du projet de convention (E/2704/Rev.1), E/CONF.26/L.42. Le Groupe de travail était composé de représentants des pays suivants: la Colombie, la France, l'Inde, Israël, l'Italie, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume-Uni, la Tchécoslovaquie, la Turquie et l'Union des Républiques socialistes soviétiques.

⁷⁹Voir aussi Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 6^e séance, E/CONF.26/SR.6, p. 8.

⁸⁰Phillipe Fouchard, "Quand un arbitrage est-il international?", Rev. Arb. (1970), p. 59, et plus précisément p. 65. Au sujet de l'approche adoptée au chapitre 8 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, voir le paragraphe 50 de la Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type, disponible sur Internet à l'adresse www.unictr.org.

paragraphe 3 de l'article premier⁸¹, la Convention s'applique aux sentences rendues dans tout État, qu'il s'agisse ou non d'un État contractant⁸².

45. Dans certains pays, le critère posé à la première phrase du paragraphe 1 est l'unique critère utilisé pour établir si une sentence relève ou non du champ d'application de la Convention. Ainsi, pour plusieurs d'entre eux — notamment l'Allemagne⁸³, l'Angleterre⁸⁴, l'Australie⁸⁵, le Brésil⁸⁶, le Cameroun⁸⁷, l'Espagne⁸⁸, le

⁸¹Voir le chapitre du Guide consacré à l'article premier, par. 70 à 82.

⁸²*Black Sea Shipping Co. c. Italturist SpA*, cour d'appel de Milan (Italie), 4 octobre 1991, 1618, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 415; Oberlandesgericht [OLG] de Stuttgart (Allemagne), 18 octobre 1999, 5 U 89/98, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 700; *R.S.A. c. A Ltd.*, cour de justice de Genève (Suisse), 15 avril 1999; *Cadena de Tiendas Venezolanas SA — Cativen c. GMR Asesores SL Inmovercadero et autres*, cour d'appel de Madrid (Espagne), 1^{er} avril 2009, 63/2009 (Section 10), XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 448. Voir aussi Bernd Ehle, "Commentary on Article I", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 26, et plus précisément p. 56; Javier Rubinstein, Georgina Fabian, "The Territorial Scope of the New York Convention and Its Implementation in Common and Civil Law Countries", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 91, et plus précisément p. 95; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 12.

⁸³Les juridictions allemandes estimaient initialement qu'une sentence entraînait dans le champ d'application de la Convention lorsque la procédure d'arbitrage était régie par des règles procédurales étrangères, indépendamment de l'endroit où la sentence avait été rendue. Depuis l'adoption de la loi de 1998 sur l'arbitrage, les juridictions de ce pays considèrent que le seul critère pertinent à prendre en considération pour déterminer si une sentence est nationale ou si elle relève du champ d'application de la Convention est le lieu où elle a été rendue. Voir Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 28 novembre 2005, 34 Sch 019/05; Kammergericht [KG] de Berlin (Allemagne), 17 avril 2008, 20 Sch 02/08, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 510.

⁸⁴*Yukos Oil Co. c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, [2002] EWCA Civ 543; *IPCO c. Nigerian National Petroleum Corp.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 17 avril 2008, [2008] EWHC 797 (Comm). Voir aussi l'article 100(1) de la loi anglaise de 1996 sur l'arbitrage (*Arbitration Act*) ("[une] sentence au sens de la Convention de New York s'entend d'une sentence prononcée, conformément à une convention d'arbitrage, sur le territoire d'un État (autre que le Royaume-Uni) qui est partie à la Convention de New York").

⁸⁵*FG Hemisphere Associates LLC c. Democratic Republic of Congo*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 1^{er} novembre 2010, [2010] NSWSC; *Uganda Telecom Ltd. c. Hi-Tech Telecom Pty Ltd.*, Federal Court (Australie), 22 février 2011, NSD 171 de 2010. Voir aussi l'article 3 de la loi australienne de 1974 sur l'arbitrage international (*International Arbitration Act*), modifiée en 2011 ("Il faut entendre par sentence étrangère une sentence arbitrale prononcée, conformément à une convention d'arbitrage, dans un pays autre que l'Australie, sentence en rapport avec laquelle s'applique la Convention").

⁸⁶*Nuovo Pignone SPA et autres c. Petromec Inc. et Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 24 mai 2011, recours extraordinaire 1.231.554. Voir l'article 34 de la loi brésilienne de 1996 sur l'arbitrage ("Une sentence arbitrale étrangère est une sentence prononcée en dehors du territoire national").

⁸⁷*African Petroleum Consultants (APC) c. Société Nationale de Raffinage*, cour du ressort de Fako (Cameroun), 15 mai 2002, action n° HCF/91/M/2001-2002.

⁸⁸*Cadena de Tiendas Venezolanas SA — Cativen c. GMR Asesores SL Inmovercadero et autres*, Audiencia Provincial, cour d'appel de Madrid (Espagne), 1^{er} avril 2009, 63/2009 (Sect. 10), XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 448. Voir aussi l'article 46 1) de la loi espagnole de 2003 sur l'arbitrage, telle que modifiée en 2011 ("Une sentence arbitrale étrangère est une sentence qui a été rendue en dehors du territoire espagnol").

Luxembourg⁸⁹ et les Pays-Bas⁹⁰ —, une sentence ne relève du champ d'application de la Convention de New York que si elle est prononcée dans un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution sont demandées.

46. La Cour suprême indienne avait initialement jugé que les sentences rendues sur le territoire d'un autre État en vertu des dispositions de la procédure indienne étaient des sentences nationales et ne relevaient pas du champ d'application de la Convention de New York⁹¹. Cependant, plus récemment, elle est revenue sur cette approche et a estimé que les sentences rendues sur le territoire d'un autre État "ne seraient soumises à la compétence des juridictions indiennes que dans la mesure où [leur] exécution est demandée en Inde" conformément aux dispositions législatives donnant effet à la Convention de New York. Elle a ajouté que cette position était applicable immédiatement "à toutes les conventions d'arbitrage conclues [à compter du 6 septembre 2012]"⁹².

47. Des juridictions chinoises ont estimé qu'une sentence relevait du champ d'application de la Convention lorsqu'elle avait été rendue sous les auspices d'une institution arbitrale étrangère. Il a ainsi été jugé qu'une sentence rendue à Paris tombait sous le coup de la Convention de New York, car elle avait été rendue par "la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI)"⁹³. Dans une autre affaire, une juridiction a estimé qu'une sentence rendue en Mongolie était susceptible d'exécution au titre de la Convention, car elle "a été prononcée par une institution mongole"⁹⁴. D'autres juridictions chinoises ont également considéré que les sentences rendues dans le cadre d'une procédure d'arbitrage ad hoc étaient exécutoires au titre de la Convention de New York, dès lors que le siège de l'arbitrage était situé dans un pays autre que la Chine⁹⁵.

48. En ce qui concerne les pays — notamment la Belgique, la France, le Panama, le Pérou, la Suède, la Suisse et la Tunisie — dans lesquels les parties sont autorisées,

⁸⁹*Kersa Holding Company Luxembourg c. Infancourtage, Famajuk Investment et Isny*, Cour supérieure de justice (Luxembourg), 24 novembre 1993, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 617.

⁹⁰*LoJack Equipment Ireland Ltd. c. A*, tribunal de première instance d'Amsterdam (Pays-Bas), 18 juin 2009, 411230/KG RK 08-3652, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 715. Voir aussi l'article 1075 de la loi néerlandaise de 2004 sur l'arbitrage ("Une sentence arbitrale prononcée dans un État étranger auquel un traité relatif à la reconnaissance et à l'exécution est applicable peut être reconnue et exécutée aux Pays-Bas").

⁹¹*National Thermal Power Corp. c. Singer Company and others*, Supreme Court (Inde), 7 mai 1992, 1993 AIR 998; 1992 SCR (3) 106; 1992 SCC (3) 551; JT 1992 (3) 198; 1992 SCALE (1) 1034.

⁹²*Bharat Aluminium Co. c. Kaiser Aluminium Technical Service Inc.*, Supreme Court (Inde), 6 septembre 2012, recours civil n° 7019 de 2005.

⁹³*Hemofarm DD, MAG International Trade Holding DD, Suram Media Ltd. c. Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 2 juin 2008, [2008] Min Si Ta Zi n° 11 (traduction anglaise non officielle).

⁹⁴*Aiduoladuo Co., Ltd. c. Zhejiang Zhancheng Construction Group Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 8 décembre 2009, [2009] Min Si Ta Zi n° 46 (traduction anglaise non officielle).

⁹⁵*Guangzhou Ocean Shipping Co., Ltd. c. Marships of Connecticut Company*, tribunal maritime de Guangzhou (Chine), 17 octobre 1990.

dans certaines circonstances, à renoncer au recours en annulation⁹⁶, la question s'est posée de savoir si une sentence demeurerait exécutoire au titre de la Convention de New York lorsque les parties faisaient usage de cette faculté. Bien que l'on ne puisse faire état d'aucune jurisprudence sur la question, la plupart des commentateurs sont d'avis que cette renonciation n'a aucune incidence sur le caractère exécutoire de la sentence au titre de la Convention⁹⁷ et qu'une partie reste donc fondée à demander l'exécution d'une telle sentence en vertu de la première phrase du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention de New York⁹⁸. De fait, la Convention s'applique aux sentences prononcées sur le territoire d'un autre État contractant sans que l'exercice d'un certain degré de contrôle ne soit requis sur le territoire de cet État⁹⁹.

b) Sentences “qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées”

49. Selon la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention de New York, cette dernière s'applique également aux sentences “qui ne sont pas considérées comme nationales” dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées. Ce critère du caractère “non national” de la sentence vient s'ajouter au “critère territorial” posé dans la première phrase du même paragraphe. En conséquence, en vue de déterminer si une sentence relève du champ d'application de la Convention de New York, les juridictions américaines ont appliqué, outre le

⁹⁶Voir, par exemple, l'article 1718 du Code judiciaire belge de 2013, l'article 1522 du Code de procédure civile français de 2011; l'article 36 du décret législatif panaméen de 2006; l'article 63 8) du décret législatif péruvien sur l'arbitrage de 2008; l'article 51 de la loi suédoise de 1999 sur l'arbitrage; l'article 192 de la loi fédérale suisse de 1987 sur le droit international privé; l'article 78 6) du Code tunisien de l'arbitrage de 1993.

⁹⁷Adam Samuel, “Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law” (1989), p. 296.

⁹⁸Voir, par exemple, Markus Wirth, “Chapter 12 PILA — Is it Time for Reform? If Yes, What Shall be Its Scope”, dans *New Developments in International Commercial Arbitration* (C. Muller, A. Rigozzi, dir. publ., 2011), p. 51, et plus précisément p. 72; Bernard Hanotiau, Olivier Caprasse, “Introductory Report”, dans *The Review of International Arbitral Awards*, IAI Series on International Arbitration n° 6 (E. Gaillard, dir. publ., 2010), p. 7, et plus précisément p. 84; Jan Paulsson, “Arbitration Unbound in Belgium”, 2(1) *Arb. Int'l* (1986), p. 72 et 73; Emmanuel Gaillard, “The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin”, 14 *ICSID Rev.* 16 (1999), p. 34; Domitille Baizeau, “Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192: Waiver of annulment”, dans *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (M. Arroyo, dir. publ., 2013), p. 283, et plus précisément p. 291; Elliott Geisinger, Alexandre Mazuranc, “Challenge and Revision of the Award”, dans *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (E. Geisinger, N. Voser, dir. publ., 2^e éd., 2013), p. 223, et plus précisément p. 258.

⁹⁹La même conclusion s'impose en ce qui concerne le critère du caractère “non national” de la sentence, posé dans la deuxième phrase de l'article I-1 de la Convention. Voir, par exemple, Tribunal fédéral (Suisse), 31 octobre 2005, 4P/198/2005/sza. L'article 192 2) de la loi fédérale suisse sur le droit international privé dispose que si les sentences “doivent être exécutées en Suisse, la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie”. Voir aussi l'article 78 6) du Code tunisien de l'arbitrage de 1993, l'article 51 de la loi suédoise de 1999 sur l'arbitrage et l'article 1522 2) du Code de procédure civile français de 2011.

“critère territorial”¹⁰⁰, le critère du caractère “non national” de la sentence¹⁰¹. De même, invoquant le critère du caractère “non national”, une juridiction chinoise a estimé qu’une sentence rendue à Beijing en vertu du Règlement d’arbitrage de la CCI n’était pas considérée comme “nationale” en Chine¹⁰².

50. La Convention de New York ne définit pas le terme “national”. Les États contractants ont dès lors toute latitude pour décider, conformément à leur propre droit, ce qui constitue une sentence non nationale¹⁰³. Une juridiction américaine a déclaré que “cette définition semble avoir été délibérément omise de manière à englober la gamme la plus large possible de sentences susceptibles de répondre à ce critère [...]”¹⁰⁴.

51. Les juridictions nationales ont eu l’occasion d’examiner le point de savoir si une sentence pouvait être considérée comme “non nationale” au regard de l’article premier dans un certain nombre de situations.

52. *Premièrement*, elles ont estimé qu’une sentence était “non nationale” au sens de l’article premier, lorsqu’elle avait été prononcée dans l’État où sa reconnaissance et son exécution étaient demandées mais que l’arbitrage avait été soumis aux règles procédurales d’un autre État. Une juridiction américaine a ainsi jugé qu’une sentence rendue aux États-Unis avait un caractère non national au motif, notamment, qu’elle avait été prononcée conformément à des dispositions procédurales étrangères, ainsi qu’au Règlement d’arbitrage de la CCI¹⁰⁵. Les travaux préparatoires confirment cette application du critère du caractère non national de la sentence¹⁰⁶.

¹⁰⁰Voir *Gulf Petro Trading Company Inc., et al. c. Nigerian National Petroleum Corporation, et al.*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d’Amérique), 7 janvier 2008, 512 F.3d 742; *GSS Group Ltd. (Global Security Seals Group Ltd) c. National Port Authority*, District Court, District of Columbia (États-Unis d’Amérique), 25 mai 2012, 680 F.3d 805.

¹⁰¹Voir, par exemple, *Jacada Ltd. c. International Marketing Strategies, Inc.*, Court of Appeals, Sixth Circuit (États-Unis d’Amérique), 18 mars 2005, 03-2521; *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. c. Toys “R” Us, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d’Amérique), 10 septembre 1997, 126 F.3d 15.

¹⁰²*Duferco S.A. c. Ningbo Arts & Crafts Import & Export Co., Ltd.*, Tribunal populaire intermédiaire de Ningbo (Chine), 22 avril 2009, [2008] Yong Zhong Jian Zi n° 4.

¹⁰³*Republic of Argentina c. BG Group PLC*, District Court, District of Columbia (États-Unis d’Amérique), 7 juin 2010, 715 F. Supp. 2d 108. Le tribunal de district a estimé que la seconde phrase de l’article I-1 désignait les sentences “qui sont rendues à l’intérieur des frontières du pays dans lequel l’exécution est demandée mais sont, de par leur caractère, suffisamment étrangères pour n’être pas considérées comme des ‘sentences nationales’ dans ce pays”.

¹⁰⁴*Sigval Bergesen, as Owners of the M/T Sydfohn and others c. Joseph Müller Corporation*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d’Amérique), 17 juin 1983, 710 F.2d 928.

¹⁰⁵*RZS Holdings AVV (États-Unis) c. PDVSA Petroleos S.A. et al.*, District Court, Eastern District of Virginia, Alexandria Division (États-Unis d’Amérique), 5 février 2009, 598 F. Supp. 2d 762.

¹⁰⁶Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, annexe I, Observations des gouvernements, E/2822, p. 5 et 6. Le représentant de la République fédérale d’Allemagne a en effet déclaré que “[l]a nature de la sentence arbitrale est fonction des lois de procédure, applicables sinon à titre principal du moins à titre supplétif”. Voir aussi Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 5^e séance, E/CONF.26/SR.5, p. 10. Appuyant les observations du représentant allemand, le représentant de la Turquie a estimé que “pour déterminer la nationalité d’une sentence arbitrale, il faut prendre pour critère les règles de procédure interne sous l’autorité desquelles la sentence a été rendue”.

53. *Deuxièmement*, des juridictions nationales ont estimé qu'une sentence était "non nationale" lorsqu'elle avait été prononcée dans l'État où la reconnaissance et l'exécution étaient demandées, mais avait trait à un différend comportant un ou plusieurs éléments internationaux. Par exemple, en vertu de l'article 202 de la loi fédérale américaine sur l'arbitrage (*Federal Arbitration Act*), qui définit de manière large ce qui constitue une sentence "non nationale" aux États-Unis¹⁰⁷, les juridictions de ce pays ont estimé que "la nationalité des parties, la situation géographique des biens concernés par le litige, le lieu où l'accord doit être exécuté, ou le fait que la sentence présente, ou non, un lien raisonnable avec un pays étranger [...]", constituent un ensemble de facteurs ayant une incidence sur le point de savoir si une sentence doit ou non être considérée comme "non nationale"¹⁰⁸.

54. Certaines juridictions américaines ont estimé qu'une sentence est non nationale lorsqu'une des parties¹⁰⁹ ou les deux parties¹¹⁰ à l'arbitrage étaient des ressortissantes étrangères ou avaient leur établissement principal hors des États-Unis. La cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis a ainsi jugé qu'une sentence rendue aux États-Unis en vertu du droit de l'État de New York était une sentence étrangère, car l'arbitrage concernait deux parties ayant toutes deux leur établissement principal hors de l'État d'exécution¹¹¹. Le tribunal de district des États-Unis pour le district nord de la Californie a, de même, estimé que bien que la sentence arbitrale ait été prononcée aux États-Unis, en vertu du droit

¹⁰⁷Voir *Sigval Bergesen, as Owners of the M/T Sydfohn and others c. Joseph Müller Corporation*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 17 juin 1983, 710 F.2d 928 ("Dans la mesure où il semblait revenir à chaque État de définir les sentences devant être considérées comme non nationales, [...] le Congrès a donné sa définition de cette notion à l'article 202"). L'article 202 de la loi fédérale sur l'arbitrage dispose que la Convention régit la reconnaissance et l'exécution des sentences issues d'une relation, contractuelle ou non, qui implique une partie non citoyenne des États-Unis ou qui "implique des biens situés à l'étranger, prévoit une exécution à l'étranger ou comporte d'autres liens raisonnables avec un ou plusieurs États étrangers". Voir le titre 9, chapitre 2 du Code des États-Unis (9 United States Code Chapter II) — Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, article 202.

¹⁰⁸*Jacada Ltd. c. International Marketing Strategies, Inc.*, Court of Appeals, Sixth Circuit (États-Unis d'Amérique), 18 mars 2005, 03-2521.

¹⁰⁹*Ocean Partners Holdings LIMITED and Ocean Partners USA, Inc. c. Doe Run Resources CORP*, District Court, Eastern District of Missouri, Eastern Division (États-Unis d'Amérique), 12 mars 2012, 4:11-CV-173 (CEJ); *Anthony N. LaPine c. Kyocera Corporation*, District Court, Northern District of California (États-Unis d'Amérique), 22 mai 2008, C 07-06132 MHP; *Trevino Hernandez, S. de R.L. de C.V. c. Smart & Final Inc.*, District Court, Southern District of California (États-Unis d'Amérique), 17 juin 2010, 09-cv-2266 BEN (NLS); *Liberty Re Ltd. c. Transamerica Occidental Life Insurance Company*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 20 mai 2005, 04 Civ 5044 (NRB); *Industrial Risk Insurers c. M.A.N. Gutehoffnungshutte*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 22 mai 1998, 141 F.3d 1434.

¹¹⁰*Sigval Bergesen, as Owners of the M/T Sydfohn and others c. Joseph Müller Corporation*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 17 juin 1983, 710 F.2d 928; *Trans Chemical Limited c. China National Machinery Import and Export Corporation*, District Court, Southern District of Texas, Houston Division (États-Unis d'Amérique), 7 juillet 1997, 978 F. Supp. 266; *Continental Grain Company, et al. c. Foremost Farms Incorporated, et al.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 23 mars 1998, 98 Civ. 0848 (DC).

¹¹¹*Sigval Bergesen, as Owners of the M/T Sydfohn and others c. Joseph Müller Corporation*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 17 juin 1983, 710 F.2d 928.

californien, elle tombait sous le coup de la Convention de New York, car l'établissement principal de l'une des parties se trouvait au Japon¹¹².

55. D'autres juridictions américaines ont appliqué conjointement différents facteurs figurant à l'article 202 de la loi fédérale sur l'arbitrage pour déterminer si une sentence était, ou non, "non nationale"¹¹³. Une juridiction américaine a ainsi jugé qu'une sentence était "non nationale" au motif que les actifs et biens litigieux étaient situés à l'étranger, que l'une des parties était une société constituée hors des États-Unis et que le contrat stipulait que son exécution aurait exclusivement lieu à l'étranger¹¹⁴. Dans une autre affaire, une juridiction américaine a conclu qu'une sentence était "non nationale" au motif que deux des trois parties au différend étaient "non nationales" et que l'exécution du contrat avait lieu au Moyen-Orient¹¹⁵.

56. Dans une situation où l'action du créancier de la sentence en vue d'obtenir sa reconnaissance et son exécution et l'action du débiteur de la sentence en vue d'obtenir son annulation sont portées devant la même juridiction — ce scénario est susceptible de se produire lorsque le créancier introduit son action en reconnaissance et en exécution sur le fondement de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article premier —, les juridictions nationales s'accordent très largement à considérer que la Convention de New York s'applique exclusivement à l'action en reconnaissance et en exécution, tandis que le droit interne de l'arbitrage s'applique à la procédure en annulation¹¹⁶. Les commentateurs confirment la position selon laquelle une sentence rendue dans l'État où sa reconnaissance et son exécution sont demandées peut être considérée comme "non nationale" aux fins de son exécution, tandis qu'elle sera considérée comme nationale aux fins de la procédure d'annulation¹¹⁷.

¹¹²*Anthony N. LaPine c. Kyocera Corporation*, District Court, Northern District of California (États-Unis d'Amérique), 22 mai 2008, C 07-06132 MHP.

¹¹³*Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. c. Toys "R" Us, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 10 septembre 1997, 126 F.3d 15; *Republic of Argentina c. BG Group PLC*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 7 juin 2010, 715 F. Supp. 2d 108; *Jacada Ltd. c. International Marketing Strategies, Inc.*, Court of Appeals, Sixth Circuit (États-Unis d'Amérique), 18 mars 2005, 03-2521; *Mayer Zeiler c. Joseph Deitsch*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 août 2007, 500 F.3d 157.

¹¹⁴*Jacada Ltd. c. International Marketing Strategies, Inc.*, Court of Appeals, Sixth Circuit (États-Unis d'Amérique), 18 mars 2005, 03-2521.

¹¹⁵*Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. c. Toys "R" Us, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 10 septembre 1997, 126 F.3d 15.

¹¹⁶*Id.* Voir aussi *Federal Insurance Company, as subrogee of Transammonia, Inc. c. Bergesen D.Y. ASA OSLO, as agents of the Norwegian Flag LP G/C "Hugo N" and its owner, General Gas Carrier Corporation, Limited*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 7 septembre 2012, 12 Civ. 3851(PAE); *ESCO Corporation c. Bradken Resources PTY Ltd*, District Court, District of Oregon, Portland Division (États-Unis d'Amérique), 31 janvier 2011, 10-788-AC.

¹¹⁷Michael Pryles, "Foreign Awards and the New York Convention", 9(3) *Arb. Int'l* (1993), p. 259, et plus précisément p. 264. Voir également V.S. Deshpande, "Jurisdiction Over 'Foreign' and 'Domestic' Awards in the New York Convention", 7(2) *Arb. Int'l* (1991), p. 123, et plus précisément p. 127.

57. La question s'est posée devant les juridictions nationales de savoir si une sentence rendue dans le cadre d'une procédure dont on considère qu'elle n'est régie par aucune loi nationale — sentence parfois désignée sous le nom de sentence “a-nationale” — relève, ou non, du champ d'application de la Convention de New York.

58. L'avant-projet de convention préparé par la CCI, dans lequel était employé le terme “sentences internationales”, semblait inclure dans le champ d'application de la convention les sentences “détachées de toute législation nationale”¹¹⁸. Cet avant-projet n'a pas été adopté par le Comité spécial du Conseil économique et social qui “hésitait à accepter l'idée avancée par la CCI selon laquelle les sentences ‘internationales’ devraient être ‘détachées de toute législation nationale’”¹¹⁹. Toutefois, une formule similaire à celle employée dans l'avant-projet de la CCI apparaît à l'article V-1 d) de la Convention telle qu'elle a été adoptée¹²⁰. Bien que cette disposition concerne l'un des motifs pour lesquels la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées, il est possible d'inférer de son libellé qu'une sentence n'a pas besoin d'être rendue en vertu de règles procédurales nationales pour être exécutoire au titre de la Convention.

59. Les juridictions nationales se sont souvent appuyées à la fois sur le texte de l'article premier et sur celui de l'article V-1 d) de la Convention pour juger que des “sentences a-nationales” entraînent dans le champ d'application de la Convention de New York. La Cour suprême néerlandaise a ainsi conclu que “l'intention de la Convention [était] de reconnaître comme sentences arbitrales également celles qui [...] ne peuvent être considérées comme présentant un lien avec la législation d'un quelconque État donné”¹²¹. En concluant que les sentences “a-nationales” tombaient sous le coup de la Convention, la Cour suprême a infirmé une décision de la cour d'appel de La Haye, laquelle avait estimé auparavant qu'une sentence devait se fonder sur “une loi nationale quelle qu'elle soit”¹²².

60. De même, la cour d'appel de la neuvième circonscription des États-Unis, citant la décision susmentionnée de la Cour suprême néerlandaise, a estimé qu'il

¹¹⁸Voir Travaux préparatoires, L'exécution des sentences arbitrales internationales, Exposé présenté par la Chambre de commerce internationale, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif dans la catégorie A, E/C.2/373, p. 7.

¹¹⁹Voir Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 11.

¹²⁰L'article V-1 d) dispose que la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées si “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.” Pour une analyse détaillée de cette disposition, voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 d).

¹²¹*Société européenne d'études et d'entreprises (S.E.E.E.) c. République fédérale de Yougoslavie*, Cour suprême (Pays-Bas), 7 novembre 1975, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 195.

¹²²*Société européenne d'études et d'entreprises (S.E.E.E.) c. République fédérale de Yougoslavie*, cour d'appel de La Haye (Pays-Bas), 8 septembre 1972, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 195.

“semble que la lecture la plus juste de la Convention elle-même soit que celle-ci s’applique à l’exécution des sentences a-nationales”¹²³. Relevant que l’article V-1 d) de la Convention autorise une partie à s’opposer à l’exécution si “la procédure d’arbitrage n’a pas été conforme à la convention des parties”, la Cour a jugé qu’il n’était pas nécessaire qu’une sentence soit rendue en vertu d’une législation nationale pour être exécutée au titre de la Convention de New York. Elle a conclu sur cette base qu’une sentence prononcée par le Tribunal des différends irano-américains relevait du champ d’application de la Convention.

61. Des juridictions françaises ont également estimé que la Convention de New York s’appliquait à des sentences “a-nationales”. La cour d’appel de Rouen a jugé, par exemple, qu’une sentence rendue sur le fondement d’une clause compromissoire excluant expressément l’application de lois nationales de procédure et réglant elle-même cette dernière, entrait dans le champ d’application de la Convention de New York¹²⁴.

62. Si cette question fait débat depuis longtemps¹²⁵, l’opinion selon laquelle les sentences “a-nationales” relèvent du champ d’application de la Convention trouve un certain soutien auprès des commentateurs¹²⁶.

63. Il convient toutefois de ne pas en surestimer l’importance. Les termes mêmes de l’article premier indiquent en effet que toutes les sentences satisfaisant à l’un des deux critères qu’il définit entrent dans le champ d’application de la Convention, indépendamment du fait que la loi régissant la procédure d’arbitrage ait été, ou non, une législation nationale¹²⁷. S’appuyant sur le libellé de l’article premier, la

¹²³*Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran c. Gould Inc., Gould Marketing, Inc., Hoffman Export Corporation, and Gould International, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d’Amérique), 23 octobre 1989, 887 F.2d 1357.

¹²⁴*Société européenne d’études et d’entreprises (S.E.E.E.) c. République socialiste fédérale de Yougoslavie*, cour d’appel de Rouen (France), 13 novembre 1984, 982/82. Voir aussi, *Société Akxa c. Société Norsolor*, cour d’appel de Paris (France), 9 décembre 1980, Rev. Arb. (1981), p. 306.

¹²⁵Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 34 à 40; Pieter Sanders, “Commentary”, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 207; Bernd Ehle, “Commentary on Article I”, dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 26, et plus précisément p. 61.

¹²⁶Philippe Fouchard, “Commentary of *General National Maritime Transport Co. v. Götaverken Arendal A.B.*”, 107 J.D.I. (1980), p. 660, 669 et 673; Javier Rubinstein, Georgina Fabian, “The Territorial Scope of the New York Convention and Its Implementation in Common and Civil Law Countries”, dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 91, et plus précisément p. 137; Tihilo Rensmann, “Anational Arbitral Awards: Legal Phenomenon or Academic Phantom”, 15(2) J. Int’l Arb. (1998), p. 37, et plus précisément p. 64; Aida B. Avanesian, “The New York Convention and Denationalised Arbitral Awards (With Emphasis on the Iran-United States Claims Tribunal)”, 8(1) J. Int’l Arb. (1991), p. 5, et plus précisément p. 22; *Guide de l’ICCA pour l’interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l’intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 24.

¹²⁷Voit Adam Samuel, “Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law” (1989), p. 294; Hans van Houtte, “La loi belge du 27 mars 1985 sur l’arbitrage international”, Rev. Arb. (1986), p. 29.

cour d'appel de la neuvième circonscription des États-Unis a estimé que cet article ne “pose pas de condition distincte aux termes de laquelle l'applicabilité de la Convention serait subordonnée au fait que la sentence ait été rendue en vertu d'une ‘législation nationale’”¹²⁸.

D. Signification de l'expression “issues de différends”

64. Le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention de New York dispose que cette dernière s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de sentences arbitrales “issues de différends” entre personnes physiques ou morales. Très peu de décisions rapportées traitent de la signification du terme “différends”. On trouve notamment au nombre de celles qui abordent ce point, un arrêt de la Cour suprême du Queensland, en Australie, estimant que le terme “différends” revêt “une signification claire lorsqu'il est employé dans le contexte d'une procédure d'arbitrage” et qu'il renvoie à un litige¹²⁹.

Article I-2

65. Le paragraphe 2 de l'article premier dispose qu'il faut entendre par l'expression “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 auxquelles les parties se sont soumises”.

66. Bien que la nécessité de mentionner spécifiquement les sentences rendues par des organes d'arbitrage permanents ait été mise en doute au cours de la Conférence¹³⁰, leur mention a finalement été insérée dans le texte du projet à la demande des représentants soviétique et tchécoslovaque, qui estimaient que l'insertion de cette disposition “renforcerait la Convention” et contribuerait à éviter certaines

¹²⁸*Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran c. Gould Inc., Gould Marketing, Inc., Hoffman Export Corporation, and Gould International, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 octobre 1989, 887 F.2d 1357.

¹²⁹*Resort Condominiums International Inc. c. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Supreme Court of Queensland (Australie), 29 octobre 1993, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 628.

¹³⁰Le représentant de la France a fait observer que “[p]endant tout le temps où le Protocole de Genève [de 1923] et la Convention de 1927 ont été appliqués, on n'a jamais laissé entendre que l'expression ‘sentences arbitrales’ ne désignait pas aussi une sentence rendue par un organe arbitral permanent et privé”. Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 8^e séance, E/CONF.26/SR.8, p. 4. Le Président de la Conférence a, de même, déclaré qu'il doutait “qu'il soit nécessaire de préciser que la Convention s'appliquera aux sentences rendues par des organes d'arbitrage permanents, puisque ces sentences ne diffèrent pas de celles rendues par des arbitres spécialement désignés”. Voir Travaux préparatoires, Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, Compte rendu analytique de la 3^e séance, E/AC.42/SR.3, p. 4.

difficultés “qui ont été éprouvées dans le passé et qui pourraient se reproduire dans l’avenir”¹³¹.

67. À cet égard, la Cour de cassation italienne a estimé qu’en vertu du paragraphe 2 de son article premier, la Convention ne s’appliquait pas seulement aux sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également à celles rendues par des tribunaux d’arbitrage permanents, tels qu’en l’espèce, un tribunal arbitral siégeant sous les auspices de la Cour d’arbitrage de la Chambre de commerce de Sofia¹³².

68. À titre d’illustration, dans certaines affaires rapportées, les juridictions saisies ont estimé que le terme “organes d’arbitrage permanents” couvrait les institutions suivantes: le Tribunal des différends irano-américains¹³³, la Cour internationale d’arbitrage de la CCI¹³⁴, le Centre d’arbitrage international de Singapour¹³⁵, le Centre d’arbitrage commercial en Suède¹³⁶, la Cour d’arbitrage commercial international près la Chambre de commerce et d’industrie d’Ukraine¹³⁷, l’Institut d’arbitrage de la Chambre centrale de commerce finlandaise¹³⁸, et la Cour d’arbitrage de la Bourse des matières premières de Vienne¹³⁹.

Article I-3

69. Lors de la rédaction de l’article premier, les délégations d’Israël et de la Bulgarie ont estimé qu’il convenait de faire figurer dans le texte de la Convention une clause générale de réserve “qui permettrait à tout État de formuler les réserves qu’il jugerait utiles”, afin de faciliter l’adhésion à la Convention d’un nombre d’États aussi important que possible¹⁴⁰. D’autres délégations étaient d’avis que

¹³¹Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 8^e séance, E/CONF.26/SR.8, p. 6 à 8.

¹³²*Eugenio Menaguale c. Intercommerce (en tant que successeur légal de State Enterprise Balet)*, Cour de cassation (Italie), 17 avril 1978, 1842, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 282.

¹³³*Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran c. Gould Inc., Gould Marketing, Inc., Hoffman Export Corporation, and Gould International, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d’Amérique), 23 octobre 1989, 887 F.2d 1357.

¹³⁴*FG Hemisphere Associates LLC c. Democratic Republic of Congo*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 1^{er} novembre 2010, [2010] NSWSC.

¹³⁵*Transpac Capital Pte Ltd. c. Buntoro*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 7 juillet 2008, 11373 de 2008.

¹³⁶*Egyptian Concrete Company & Hashem Ali Maher c. STC Finance & Ismail Ibrahim Mahmoud Thabet & Sabishi Trading and Contracting Company*, Cour de cassation (Égypte), 27 mars 1996, 2660/59.

¹³⁷Oberlandesgericht [OLG] de Brandebourg (Allemagne), 2 septembre 1999, 8 Sch 01/99.

¹³⁸Oberlandesgericht [OLG] de Brandebourg (Allemagne), 13 juin 2002, 8 Sch 02/01.

¹³⁹*Holzindustrie Schweighofer GmbH c. Industria Legnami Trentina — ILET srl*, cour d’appel de Florence (Italie), 3 juin 1988, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 498.

¹⁴⁰Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 21^e séance, E/CONF.26/SR.21, p. 11 et 12.

l'adhésion du plus grand nombre d'États possible à la Convention ne devait pas être acquise "aux dépens de la valeur pratique de cet instrument"¹⁴¹. Dans ce contexte, la délégation turque a fait observer qu'un nombre important de réserves aurait "pour effet de réduire, sur le plan pratique, la valeur de la Convention"¹⁴². La question a été renvoyée à un groupe de travail qui a rapporté que la plupart de ses membres étaient opposés à l'inclusion de toute réserve¹⁴³. La version finale du paragraphe 3 de l'article premier autorise néanmoins les États contractants à limiter l'application de la Convention aux seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant et/ou aux sentences issues de rapports de droit qui sont considérés comme commerciaux par la loi nationale de l'État où la reconnaissance et l'exécution sont demandées.

A. Réserve de réciprocité

a) *Le critère territorial et la réserve de réciprocité*

70. En vertu du paragraphe 3 de l'article premier, les États contractants peuvent déclarer qu'ils appliqueront la Convention à "la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant".

71. Des juridictions nationales ont jugé que, lorsqu'un État contractant formule une réserve de réciprocité, il applique la Convention de New York exclusivement aux sentences rendues sur le territoire d'un État qui y est partie¹⁴⁴.

72. Dans ces affaires, les juges ont systématiquement estimé que la nationalité des parties n'entraîne pas en ligne de compte aux fins d'établir la réciprocité¹⁴⁵. Seule importait l'existence d'une réciprocité entre l'État où la sentence avait été rendue

¹⁴¹Id., p. 12.

¹⁴²Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 15^e séance, E/CONF.26/SR.15, p. 3.

¹⁴³Id.

¹⁴⁴*Norsolor S.A. c. Pabalk Ticaret Limited Sirketi*, cour d'appel de Paris (France), 19 novembre 1982, I IOI92; *Bundesgerichtshof [BGH]* (Allemagne), 14 avril 1988, III ZR 12/87; *GSS Group Ltd. (Global Security Seals Group Ltd) c. National Port Authority*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 25 mai 2012, 680 F.3d 805; *Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg* (Allemagne), 15 avril 1964, II Y.B. Com. Arb. (1977), p. 232; *Yukos Oil Co. c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, [2002] EWCA Civ 543.

¹⁴⁵*Gas Authority of India Ltd. c. Spie Capag SA and others*, High Court de Delhi (Inde), 15 octobre 1993, affaire n° 1440; IA n° 5206; *La Société nationale pour la recherche, la production, le transport, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures c. Shaneen Natural Resources Company Inc.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 15 novembre 1983, 585 F. Supp. 57; *Société européenne d'études et d'entreprises (S.E.E.E.) c. République socialiste fédérale de Yougoslavie*, cour d'appel de Rouen (France), 13 novembre 1984, 982/82.

et l'État dans lequel la reconnaissance et l'exécution étaient demandées¹⁴⁶. La Cour d'appel du Luxembourg a ainsi estimé que le fait que les deux sociétés intimées avaient la nationalité d'un État non partie à la Convention de New York était sans importance, car l'État où la sentence avait été rendue était un État contractant¹⁴⁷.

73. Dans certains États ayant formulé une réserve de réciprocité, la législation d'application de la Convention dispose que, si le Journal officiel de l'État n'indique pas que tel ou tel autre État a ratifié la Convention, ou y a adhéré, ce second État ne peut être considéré comme y étant partie. En conséquence, compte tenu de la réserve de réciprocité, une sentence rendue dans cet État sera insusceptible d'exécution dans le premier¹⁴⁸. Dans une affaire, une juridiction indienne — pays dans lequel la réciprocité est exigée — a ainsi refusé de renvoyer les parties à l'arbitrage en Afrique du Sud au motif que le Journal officiel indien ne mentionnait pas l'adhésion de l'Afrique du Sud à la Convention, alors même que ce pays y était partie à la date de l'affaire¹⁴⁹.

74. En Malaisie, une juridiction avait initialement jugé qu'une sentence étrangère ne pouvait être exécutée au titre de la Convention que si une ordonnance publiée au Journal officiel du pays indiquait que l'État dans lequel avait été rendue la sentence était un État contractant à la Convention¹⁵⁰. La Cour fédérale de Malaisie a ensuite infirmé cette décision, jugeant qu'une ordonnance publiée au Journal officiel se limitait à une simple valeur probante et que "le point de savoir si un État est partie à la Convention de New York peut être établi par la production d'autres éléments de preuve en tant que de besoin"¹⁵¹.

75. Les affaires dans lesquelles l'exécution d'une sentence a été refusée sur la base de la réserve de réciprocité sont peu nombreuses. Par exemple, dans une décision rendue avant le retrait par la Suisse de sa réserve de réciprocité en 1989,

¹⁴⁶*Kersa Holding Company Luxembourg c. Infancourtage, Famajuk Investment et Isny*, Cour supérieure de justice (Luxembourg), 24 novembre 1993, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 617; *Oberlandesgericht [OLG] de Hamm* (Allemagne), 6 juillet 1994, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 702.

¹⁴⁷*Kersa Holding Company Luxembourg c. Infancourtage, Famajuk Investment et Isny*, Cour supérieure de justice (Luxembourg), 24 novembre 1993, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 617.

¹⁴⁸*Gas Authority of India Ltd. c. Spie Capag SA and others, High Court de Delhi* (Inde), 15 octobre 1993, affaire n° 1440, IA n° S206; *Brace Transport Corporation of Monrovia, Bermuda c. Orient Middle East Lines Ltd. and others*, Supreme Court (Inde), 12 octobre 1993, recours civil n° 5438-39 de 1993.

¹⁴⁹*Swiss Singapore Overseas Enterprises Pvt. Ltd. c. M/V African Trader*, High Court du Gujarat (Inde), 7 février 2005, requête civile n° 23 de 2005.

¹⁵⁰*Sri Lanka Cricket c. World Sport Nimbus Pte Ltd.*, cour d'appel de Putrajaya (Malaisie), 14 mars 2006, W-04-964-2004, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 607.

¹⁵¹*Lombard Commodities Limited c. Alami Vegetable Oil Products SDN BHD*, Cour fédérale (Malaisie), 3 novembre 2009, recours civil n° 02(f)-37-2008(W), XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 420. Dans ses conclusions, la juridiction s'est appuyée sur la disposition pertinente de la loi anglaise de 1996 sur l'arbitrage ainsi libellée: "Si Sa Majesté, par la voie d'une ordonnance en Conseil, déclare qu'un État désigné dans ladite ordonnance est partie à la Convention de New York, ou y est partie pour ce qui concerne tout territoire ainsi désigné, cette ordonnance, tant qu'elle demeure en vigueur, constitue une preuve concluante de ce fait". Voir aussi *IPCO c. Nigerian National Petroleum Corp.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 17 avril 2008, [2008] EWHC 797 (Comm).

le Tribunal fédéral suisse a jugé qu'une sentence rendue à Londres ne pouvait être exécutée au titre de la Convention, car le Royaume-Uni n'y était pas partie à la date du prononcé de ladite sentence¹⁵².

b) Le critère du caractère non national de la sentence et la réserve de réciprocité

76. Certains ont soutenu devant les juridictions américaines que la réserve de réciprocité n'excluait pas seulement du champ d'application de la Convention les sentences rendues dans des États non contractants, mais également les sentences prononcées dans l'État d'exécution¹⁵³. Cet argument se fonde sur l'expression "un autre État contractant" figurant au paragraphe 3 de l'article premier. Les juridictions américaines ont rejeté cette interprétation du paragraphe 3, estimant que la réserve de réciprocité était distincte de la disposition visant le caractère non national de la sentence, figurant au paragraphe 1 du même article, et qu'elle visait exclusivement l'inapplicabilité de la Convention aux sentences rendues dans des États qui n'y sont pas parties¹⁵⁴.

c) Signification de l'expression "État contractant"

77. Lorsqu'un État a formulé une réserve de réciprocité en vertu du paragraphe 3 de l'article premier, cet État applique la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre "État contractant"¹⁵⁵.

78. Pour ce qui est de l'application temporelle de la Convention, la question s'est posée de savoir si l'État où la sentence est rendue doit être partie à la Convention à la date à laquelle la sentence est rendue et/ou au moment où la reconnaissance et l'exécution sont demandées.

¹⁵²*Proveda S.A. c. Alimenta S.A.*, Tribunal fédéral (Suisse), 12 décembre 1975, 101 Ia 521.

¹⁵³*Republic of Argentina c. BG Group PLC*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 7 juin 2010, 715 F. Supp. 2d 108.

¹⁵⁴*Voir Republic of Argentina c. BG Group PLC*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 7 juin 2010, 715 F. Supp. 2d 108. Voir aussi *Trans Chemical Limited c. China National Machinery Import and Export Corporation*, District Court, Southern District of Texas, Houston Division (États-Unis d'Amérique), 7 juillet 1997, 978 F. Supp. 266.

¹⁵⁵*GSS Group Ltd. (Global Security Seals Group Ltd) c. National Port Authority*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 25 mai 2012, 680 F.3d 805; *JCD (Japon) c. Zhongshan Gangyuan Industry Company Ltd.*, tribunal populaire intermédiaire de Zhongshan (Chine), 22 octobre 2008, [2005] Zhong Zhong Fa Min Si Chu Zi n° 111; Cour de justice de Genève (Suisse), 14 avril 1983, 187. La question de savoir à quel moment un État devient partie à la Convention s'est posée dans certains pays. Par exemple, la Cour suprême autrichienne a estimé que la Convention entrait en vigueur pour un pays lorsque ce pays avait déposé ses instruments d'adhésion conformément à l'article IX. Voir Cour suprême (Autriche), 17 novembre 1965, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 182.

79. Une juridiction belge a refusé d'appliquer la Convention à une sentence rendue dans un État qui n'était pas partie à la Convention à la date à laquelle la sentence a été prononcée¹⁵⁶.

80. D'autres juridictions ont estimé que la question de savoir si un État est partie à la Convention de New York doit être tranchée au moment auquel la reconnaissance et l'exécution sont demandées plutôt qu'à la date du prononcé de la sentence. Ainsi, la Chambre des lords a jugé "qu'une sentence arbitrale rendue sur le territoire d'un État étranger est susceptible d'exécution au Royaume-Uni [...] si l'État où elle a été rendue est partie à la Convention à la date de l'ouverture de la procédure visant à en obtenir l'exécution, même s'il n'y était pas partie à la date où la sentence a été prononcée"¹⁵⁷. De même, la Cour suprême autrichienne a accordé l'exécution d'une sentence prononcée dans un État non partie à la Convention au moment où la sentence a été rendue, mais qui l'était devenu à la date où la procédure d'exécution a été engagée¹⁵⁸.

81. Des juridictions d'autres pays, notamment l'Allemagne¹⁵⁹ et Hong Kong¹⁶⁰, ont adopté la même approche.

82. Alors que la Convention de Genève de 1927 prévoyait qu'elle était applicable aux seules sentences arbitrales rendues "après la mise en vigueur du Protocole [de 1923] relatif aux clauses d'arbitrage", la Convention de New York est, elle, silencieuse sur la question de son application temporelle. Si ses travaux préparatoires ne mentionnent pas expressément le moment auquel un État devient État contractant, il en ressort que l'application de la Convention de New York ne fait l'objet d'aucune limitation *ratione temporis*¹⁶¹.

B. Réserve de commercialité

83. La seconde réserve autorisée en vertu du paragraphe 3 de l'article premier est la réserve de commercialité. Un État contractant peut déclarer qu'il appliquera

¹⁵⁶*Société nationale pour la recherche, le transport et la commercialisation des hydrocarbures (Sonatrach) c. Ford, Bacon and Davis Inc.*, tribunal de première instance de Bruxelles (Belgique), 6 décembre 1988, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 370.

¹⁵⁷*Minister of Public Works of the Government of the State of Kuwait c. Sir Frederick Snow & Partners, House of Lords* (Angleterre et pays de Galles), 1^{er} mars 1984, [1984] A.C. 426.

¹⁵⁸Cour suprême (Autriche), 17 novembre 1965, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 182.

¹⁵⁹Oberlandesgericht [OLG] de Cologne (Allemagne), 10 juin 1976, IV Y.B. Com. Arb. 258 (1979); Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 27 juillet 1978, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 266.

¹⁶⁰*Polytek Engineering Company Limited c. Hebei Import & Export Corporation*, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Hong Kong), 16 janvier 1998, 116 de 1997, XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 666.

¹⁶¹Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 21^e séance, E/CONF.26/SR.21, p. 4.

la Convention “uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale”¹⁶².

84. Lors de la rédaction de l'article premier, le Comité spécial du Conseil économique et social a examiné la question de savoir si l'application de la Convention devrait être limitée aux sentences arbitrales issues de litiges commerciaux, comme le proposait la CCI dans son avant-projet¹⁶³. Après avoir relevé que, dans certains pays, il n'était pas fait de distinction entre les questions civiles et les questions commerciales, le Comité a décidé de ne pas limiter l'applicabilité de la Convention de New York aux litiges commerciaux. Toutefois, sur proposition de la délégation néerlandaise, la réserve de commercialité a été ajoutée au texte, à l'avant-dernier jour de la Conférence¹⁶⁴.

a) *Signification de la notion de “rapports de droit qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale”*

85. Un État qui a formulé une réserve de commercialité applique la Convention de New York uniquement aux différends issus de “rapports de droit qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale”. Les juridictions nationales ont conféré une interprétation large à ce membre de phrase¹⁶⁵. Une juridiction indienne lui a par exemple reconnu “la portée la plus large” en estimant qu'il visait “tous les rapports d'affaire et de commerce sous toutes leurs formes”¹⁶⁶. De même, une juridiction américaine a jugé que la notion de “rapports commerciaux” était large, relevant que son objectif se bornait à “exclure les sentences concernant des rapports matrimoniaux et autres relations familiales, ainsi que les sentences concernant des questions politiques et d'autres sentences du même type”¹⁶⁷.

¹⁶²Si une sentence n'est pas issue d'un rapport de droit considéré comme commercial, elle ne bénéficiera pas du régime établi par la Convention de New York, mais son exécution sera régie par le droit national. Voir Philippe Fouchard, “La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York”, *Rev. Arb.* (1990), p. 571, 574 et 579.

¹⁶³Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 7 et 8.

¹⁶⁴La délégation néerlandaise a fait valoir que le texte de la Convention, en ne permettant pas aux États de limiter l'application de la Convention aux différends commerciaux, poserait de grandes difficultés aux pays dans lesquels le droit commercial est distinct du droit civil, comme la France, la Belgique et la Turquie. Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 23^e séance, E/CONF.26/SR.23, p. 7 et 12.

¹⁶⁵Michael Pryles, “Reservations Available to Member States: The Reciprocal and Commercial Reservations”, dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 161, et plus précisément p. 178 et 179.

¹⁶⁶*Union of India and ors c. Lief Hoegh & Co. and ors*, High Court du Gujarat (Inde), 4 mai 1982.

¹⁶⁷*Island Territory of Curacao c. Solitron Devices, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 14 février 1973, 356 F. Supp. 1.

86. À titre d'exemple, il a été jugé que les rapports de droit suivants constituaient des rapports commerciaux: un contrat d'achat de céréales¹⁶⁸, une charte-partie¹⁶⁹, un contrat de fourniture de services de conseil¹⁷⁰, un contrat d'expédition de marchandises¹⁷¹, un accord relatif à la division de biens et de sociétés¹⁷², un accord de coentreprise visant la création et l'exploitation d'une chaîne de magasins¹⁷³, un contrat d'engagement maritime¹⁷⁴, un contrat visant la restructuration d'une société et le rachat de parts d'actionnaires¹⁷⁵, un contrat de construction d'une usine de nitrophosphates¹⁷⁶ et un différend entre des actionnaires au sujet du produit d'une opération boursière¹⁷⁷.

87. En revanche, une juridiction indienne a estimé qu'un contrat de fourniture de savoir-faire technique contre le versement d'honoraires ne constituait pas un contrat commercial¹⁷⁸. Dans une autre affaire, une juridiction tunisienne a jugé qu'un contrat de plans d'architecture pour un hôtel était dénué de caractère commercial au regard de la loi tunisienne¹⁷⁹. Dans une autre affaire encore, une juridiction américaine a estimé qu'un différend issu d'une procédure de récusation d'un conseil avait un caractère non commercial¹⁸⁰.

¹⁶⁸*West Plains Company c. Northwest Organic Community Mills Co-operative Ltd.*, Queen's Bench for Saskatchewan (Canada), 5 mai 2009, 2009 SKQB 162.

¹⁶⁹*Swiss Singapore Overseas Enterprises Pvt Ltd. c. M/V African Trader*, High Court du Gujarat (Inde), 7 février 2005, requête civile n° 23 de 2005.

¹⁷⁰*R.M. Investments & Trading Co. c. Boeing Co.*, Supreme Court (Inde), 10 février 1994, 1994 AIR 1136.

¹⁷¹*European Grain and Shipping Ltd. c. Bombay Extractions Ltd.*, High Court de Bombay (Inde), 5 novembre 1981, AIR 1983 Bom 36.

¹⁷²*Harendra H. Mehta, et al. c. Mukesh H. Mehta, et. al.*, Supreme Court (Inde), 13 mai 1999, 1999(3) SCR 562.

¹⁷³*Trevino Hernandez, S. de R.L. de C.V. c. Smart & Final Inc.*, District Court, Southern District of California (États-Unis d'Amérique), 17 juin 2010, 09-cv-2266 BEN (NLS).

¹⁷⁴*Nurettin Mayakan c. Carnival Corporation*, District Court, Middle District of Florida, Orlando Division (États-Unis d'Amérique), 8 avril 2010, 6:09-cv-2099-Orl-31DAB; *Aggarao c. MOL Ship Management Company Ltd.*, *Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet World Car Careers*, Court of Appeals, Fourth Circuit (États-Unis d'Amérique), 16 mars 2012, 675 F.3d 355; *Bautista c. Star Cruises and Norwegian Cruise Line, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida (États-Unis d'Amérique), 14 octobre 2003, 286 F. Supp. 2d 1352; *Ernesto Francisco c. Stolt Achievement MT*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 4 juin 2002, 293 F.3d 270; *contra Wilfredo Jaranilla c. Megasea Maritime Ltd.*, *Prankar Maritime S.A.*, *Greece and Kouros Maritime Enterprises*, District Court, Eastern District of Louisiana (États-Unis d'Amérique), 12 octobre 2001, 171 F. Supp. 2d 644.

¹⁷⁵*Anthony N. LaPine c. Kyocera Corporation*, District Court, Northern District of California (États-Unis d'Amérique), 22 mai 2008, C 07-06132 MHP.

¹⁷⁶*Fertilizer Corp. of India c. IDI Mgmt. Inc.*, District Court, Southern District of Ohio (États-Unis d'Amérique), 9 juin 1981, 517 F. Supp. 948.

¹⁷⁷*Louise Henry c. Patrick J. Murphy*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 8 janvier 2002, M-82 (PART I JFK), XXVII Y.B. Com. Arb. (2002), p. 863.

¹⁷⁸*Kanoria Chemicals & Industries c. Josef Meissner GmbH & Co. and anor.*, High Court de Calcutta (Inde), 1^{er} janvier 1986, action n° 93 de 1984.

¹⁷⁹*Taieb Haddad c. Hans Baret, Société d'investissement Kal*, Cour de cassation (Tunisie), 10 novembre 1993, XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 770.

¹⁸⁰*R3 Aerospace c. Marshall of Cambridge Aerospace Ltd.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 29 mai 1996, 927 F. Supp. 121.

b) Signification de l'expression "contractuels ou non contractuels"

88. La question de savoir si l'expression "contractuels ou non contractuels" vise les actions fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle a été soulevée devant certaines juridictions.

89. Des juridictions saisies ont estimé que cette expression couvrait la responsabilité quasi-délictuelle. La Cour d'appel de l'Alberta, au Canada, a ainsi jugé que "la portée de la Convention s'étend à la responsabilité quasi-délictuelle, dès lors que le rapport dont découle la responsabilité peut être à bon droit qualifié de rapport commercial". Elle a conclu que la réclamation fondée sur le grief selon lequel une société s'était entendue avec ses filiales aux fins de causer un préjudice à une personne était relatif à un différend "issu d'un rapport de droit commercial, qu'il ait été ou non contractuel"¹⁸¹.

90. La Haute Cour de Delhi a, de même, jugé que la Convention s'appliquait à des "différends issus de rapports de droit contractuels au sens strict, ou non, dès lors qu'ils sont considérés comme commerciaux par la loi nationale de l'État dont émane la déclaration"¹⁸².

91. La jurisprudence est pleinement en accord avec les travaux préparatoires sur ce point¹⁸³.

¹⁸¹*Kaverit Steel c. Kone Corp.*, Cour d'appel de l'Alberta (Canada), 16 janvier 1992, ABCA 7.

¹⁸²*Gas Authority of India Ltd. c. Spie Capag SA and others*, High Court de Delhi (Inde), 15 octobre 1993, affaire n° 1440, IA n° 5206. Voir aussi *European Grain and Shipping Ltd. c. Bombay Extractions Ltd.*, High Court de Bombay (Inde), 5 novembre 1981, AIR 1983 Bom 36.

¹⁸³Lors de la rédaction de la réserve de commercialité, la délégation grecque a proposé "d'ajouter aux litiges issus de contrats commerciaux, les litiges issus de délits et de quasi-délits commerciaux". Voir Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements relatives au projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/2822/Add.2, annexe I, p. 1. La délégation italienne a proposé l'emploi du mot "relations", au lieu du mot "contrat", afin de "couvr[ir] tous les litiges commerciaux, qu'ils soient d'origine contractuelle ou non contractuelle". Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 21^e séance, E/CONF.26/SR.21, p. 17. La délégation du Royaume-Uni a proposé un amendement supplémentaire visant à faire suivre l'expression "rapports de droit" des mots "contractuels ou non", qui a été adopté par la Conférence. Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 23^e séance, E/CONF.26/SR.23, p. 11.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article II tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I; E/2822/Add.2, annexe I; E/2822/Add.4, annexe I; E/2822/Add.5, annexe; E/CONF.26/3/Add.1.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/7; E/CONF.26/L.8; E/CONF.26/L.17; E/CONF.26/L.18; E/CONF.26/L.19; E/CONF.26/L.20; E/CONF.26/L.22; E/CONF.26/L.31; E/CONF.26/C.3/L.1; E/CONF.26/L.34;
- Comparaison des divers textes dont la Conférence est saisie pour les articles III, IV et V: E/CONF.26/L.33;
- Déclaration présentée par l'observateur de la Conférence de La Haye de droit international privé: E/CONF.26/L.36;
- France, République fédérale d'Allemagne et Pays-Bas: document de travail sur les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.40;
- Texte du Protocole additionnel sur la validité des conventions arbitrales présenté par le Groupe de travail n° 2: E/CONF.26/L.52;
- Amendements des délégations gouvernementales aux projets présentés par les groupes de travail et projets d'articles supplémentaires: E/CONF.26/L.45; E/CONF.26/C.3/L.3; E/CONF.26/L.53; E/CONF.26/L.54;
- Texte d'un nouvel article de la Convention, adopté par la Conférence à sa 21^e séance: E/CONF.26/L.59;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 7^e, 9^e, 11^e, 12^e, 13^e, 14^e, 17^e, 21^e, 23^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.7; E/CONF.26/SR.9; E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.12; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.17; E/CONF.26/SR.21; E/CONF.26/SR.23; E/CONF.26/SR.24;
- Compte rendu analytique de la 4^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.4.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. L'article II régit la reconnaissance et l'exécution des conventions d'arbitrage. Sous réserve que certaines conditions soient remplies, il prescrit aux États contractants de reconnaître une convention écrite visant à soumettre des différends à l'arbitrage et d'exécuter cette convention en renvoyant les parties concernées à l'arbitrage.

2. Le champ d'application de la Convention de New York devait initialement se limiter à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales, à l'exclusion de celles des conventions d'arbitrage¹⁸⁴. Si des questions touchant à la validité des conventions d'arbitrage ont été soulevées lors des discussions sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales en relation avec les articles IV-1 b) et V-1 a) de la Convention¹⁸⁵, ce n'est que pendant la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international convoquée pour l'élaboration et l'adoption de la Convention, soit moins de trois semaines avant l'adoption de la Convention, que les rédacteurs ont décidé d'y inclure une disposition spécifique sur la reconnaissance et l'exécution des conventions d'arbitrage¹⁸⁶. À ce moment-là, la plupart des autres dispositions avaient déjà été adoptées et elles n'ont pas été modifiées pour tenir compte de cet ajout tardif¹⁸⁷. Cela explique pourquoi la reconnaissance et l'exécution des conventions d'arbitrage ne sont mentionnées ni dans le titre de la Convention ni dans aucune autre de ses dispositions, pas même ses articles I et VII.

3. Ainsi, l'article I-1, qui définit le champ d'application de la Convention, ne fait pas mention des conventions d'arbitrage. Cependant, de par ses termes mêmes, la réserve de commercialité de l'article I-3 qui s'applique aux "différends issus de rapports de droit" englobe les conventions d'arbitrage visées à l'article II. En revanche, la Convention ne règle pas expressément la question de savoir si la réserve de réciprocité de l'article I-3, qui prévoit "la reconnaissance et [...] l'exécution des [...] sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant", s'applique *mutatis mutandis* aux conventions d'arbitrage.

¹⁸⁴Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 5 et 6, par. 18 et 19. Les propositions polonaise (E/CONF.26/7) et suédoise (E/CONF.26/L.8) d'ajouter une disposition sur la validité des clauses compromissoires ont été examinées au cours des 7^e et 9^e séances de la Conférence avant d'être finalement rejetées.

¹⁸⁵Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Comptes rendus analytiques des 11^e (E/CONF.26/SR.11, p. 7 à 12), 12^e (E/CONF.26/SR.12, p. 3 à 6), 13^e (E/CONF.26/SR.13, p. 4 à 7, et 9 à 11), 14^e (E/CONF.26/SR.14, p. 4 et 5, et 7 à 9), 17^e (E/CONF.26/SR.17, p. 4 à 6) séances.

¹⁸⁶Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 21^e séance, E/CONF.26/SR.21, p. 18. Voir Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, E/2822, annexes I et II.

¹⁸⁷Ibid.

4. Certaines juridictions étatiques ont estimé, en raisonnant par analogie avec l'article I-1, que la Convention ne s'appliquait qu'aux conventions d'arbitrage fixant le siège de l'arbitrage dans un État différent de celui de la juridiction saisie du litige¹⁸⁸. Cette interprétation a été validée par un certain nombre de commentateurs¹⁸⁹.

5. D'autres commentateurs ont estimé que l'article II était censé s'appliquer à la reconnaissance et à l'exécution de toutes les conventions d'arbitrage, indépendamment du siège de l'arbitrage. Un commentateur, par exemple, a fait observer que la proposition d'Israël (modifiée ensuite par l'Italie) d'introduire une clause de réserve générale autorisant les États à ne pas appliquer l'article II dans certaines situations avait été rejetée au cours de la Conférence. Cette circonstance ne laisserait donc aucun doute sur le fait que l'intention des rédacteurs de la Convention de New York était bien que l'article II vise sans aucune restriction les situations internes comme internationales¹⁹⁰. Un autre des premiers commentateurs de la Convention a également estimé que l'article II, contrairement au Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, n'exige pas que les parties soient soumises à la juridiction d'États contractants différents, ce qui confère à cette disposition un caractère d'applicabilité générale¹⁹¹. D'autres ont estimé que la Convention de New York n'entendait pas prévoir de restriction d'ordre territorial au champ d'application relativement aux conventions d'arbitrage relevant de l'article II¹⁹².

6. Dans ce sens, la Haute Cour de Delhi a estimé qu'au regard de l'article II, aucune "restriction expresse ou tacite n'impose de limiter la reconnaissance et l'exécution des conventions d'arbitrage aux seules conventions devant déboucher sur le prononcé de sentences étrangères. Cet article ne saurait donner lieu à une telle

¹⁸⁸*Kaverit Steel and Crane c. Kone Corp.*, Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (Canada), 14 mai 1991; *Compagnie de Navigation et Transports S.A. c. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal fédéral (Suisse), 16 janvier 1995; Tribunal fédéral (Suisse), 21 mars 1995, SC.215/1994/lit; Tribunal fédéral (Suisse), 25 octobre 2010, 4 A 279/2010; X c. Y, Tribunal fédéral (Suisse), 9 janvier 2008, 4A_436/2007.

¹⁸⁹Reinmar Wolff, "Commentary on article II", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 85, et plus précisément p. 99 à 104; *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 20; Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, "Remarques sur l'application de l'Article II de la Convention de New York", *ASA Bull.* (1995), p. 383, et plus précisément p. 384.

¹⁹⁰Eugenio Minoli, "L'Italie et la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères", dans *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke* (P. Sanders, dir. publ., 1967), p. 199, et plus précisément p. 203. Voir aussi Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 21^e séance, E/CONF.26/SR.21, p. 15, notamment l'observation du représentant de la Norvège qui jugeait "indispensable l'existence d'une réserve ayant pour effet de limiter le domaine d'application de la Convention aux litiges de caractère international" et du représentant de l'Italie selon laquelle "la proposition italienne tend à exclure de la Convention les litiges qui n'ont pas un caractère international".

¹⁹¹Frédéric-Edouard Klein, "Autonomie de la volonté et arbitrage (suite et fin)", *R.C.D.I.P.* (1958), p. 479, et plus précisément p. 491.

¹⁹²Voir, par exemple, Philippe Fouchard, "La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York", *Rev. Arb.* (1990), p. 571. Celui-ci estime que compte tenu du retrait par la France de sa réserve de commercialité, l'article II s'applique à toutes les conventions d'arbitrage.

interprétation, car elle irait à l'encontre de l'esprit et de l'intention de la Convention". Cette cour a conclu que "la Convention de New York s'appliquera à une convention d'arbitrage pour autant que celle-ci ait un élément d'extranéité, même tenu, lié aux échanges et au commerce internationaux, même si ladite convention d'arbitrage ne donne pas lieu au prononcé d'une sentence étrangère [...]"¹⁹³. La même approche a été adoptée par les juridictions américaines, sur le fondement de la loi fédérale sur l'arbitrage et de la Convention de New York¹⁹⁴. De la même manière, les juridictions françaises ont jugé que la Convention doit s'appliquer en cas de contestation de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage, les termes de l'article premier ne restreignant en aucune manière ce principe¹⁹⁵.

7. L'article II régit la forme et les effets des conventions d'arbitrage. Son paragraphe 1 exige de chacun des États contractants qu'il reconnaisse la "convention écrite" par laquelle les parties s'obligent à soumettre leur différend à l'arbitrage. Cette disposition a été interprétée comme établissant une présomption de validité des conventions d'arbitrage¹⁹⁶. Le paragraphe 2, qui précise ce qu'il faut entendre par "convention écrite", vise les compromis ou clauses compromissoires "signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes".

8. Pour garantir le respect des conventions d'arbitrage, le paragraphe 3 de l'article II impose à un tribunal étatique saisi d'un litige couvert par une convention d'arbitrage de renvoyer les parties à l'arbitrage, "à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée". Cette disposition donne effet au principe sous-jacent, selon lequel les parties à une convention d'arbitrage se doivent d'honorer leur engagement de soumettre à l'arbitrage tout différend couvert par la convention établie entre elles, en imposant aux tribunaux étatiques de renvoyer celles-ci à l'arbitrage lorsqu'ils sont en présence d'une convention d'arbitrage valide. En conséquence, interdiction est faite aux juridictions nationales de connaître de ces litiges au fond. Conformément au principe de "compétence-compétence", qui autorise les arbitres à statuer sur leur propre compétence, la contestation de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage n'empêche pas un tribunal arbitral de procéder à l'arbitrage¹⁹⁷.

¹⁹³ *Gas Authority of India Ltd. c. Spie Capag SA and ors*, High Court of Delhi (Inde), 15 octobre 1993, affaire n° 1440; IA n° 5206.

¹⁹⁴ *Fred Freudensprung c. Offshore Technical Services, Inc., et al.*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 9 août 2004, 03-20226.

¹⁹⁵ *Société Bomar Oil NV. c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, cour d'appel de Versailles (France), 23 janvier 1991, décision confirmée dans *Société Bomar Oil NV. c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Cour de cassation (France), 9 novembre 1993, 91-15.194.

¹⁹⁶ Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 156; *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 39 et 40.

¹⁹⁷ Philippe Fouchard, *L'arbitrage commercial international* (1965), par. 203; Antonias Dimolitsa, "Separability and Kompetenz-Kompetenz", dans *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series n° 9 (A.J. van den Berg, dir. publ., 1999), p. 217.

9. En acceptant le principe de “compétence-compétence”, les juges nationaux ne renoncent pas à leur pouvoir de contrôler l'existence et la validité d'une convention d'arbitrage, car ils retrouvent leur plein pouvoir de contrôle de la convention à l'issue de la procédure arbitrale, une fois que le tribunal arbitral a rendu la sentence. La question se pose de savoir si, lors de la phase antérieure au prononcé de la sentence, lorsqu'elles s'acquittent de leur obligation de renvoyer les parties à l'arbitrage conformément à l'article II-3, les juridictions nationales peuvent se livrer à un examen complet, ou limité, de la convention d'arbitrage afin de déterminer si elles se trouvent en présence d'une convention d'arbitrage valide. Dans certains pays, les juges se sont cantonnés à un examen *prima facie*, laissant ainsi le soin aux arbitres d'être les premiers à trancher pleinement la question de leur compétence. Ce principe, parfois qualifié d'“effet négatif de la compétence-compétence”, donne priorité aux arbitres pour déterminer leur compétence, tout en laissant aux juges le pouvoir d'effectuer un examen complet de l'existence, de la validité et de la portée de la convention d'arbitrage à l'issue de la procédure arbitrale¹⁹⁸. Dans d'autres pays, les juges examinent ces éléments en détail pour décider s'ils doivent renvoyer les parties à l'arbitrage.

10. Le critère à appliquer par les juridictions étatiques pour déterminer si la convention est “caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée”, lorsqu'elles décident si elles doivent renvoyer les parties à l'arbitrage demeure donc sujette à débat¹⁹⁹.

Analyse

Article II-1

A. L'obligation de reconnaître une convention écrite

11. Le paragraphe 1 de l'article II dispose que, lorsque certaines conditions sont remplies, les États contractants “reconnaissent” une convention écrite visant à soumettre des différends à l'arbitrage.

12. Cette obligation est largement admise par les juridictions nationales. La Cour suprême des États-Unis a estimé que le libellé du paragraphe 1 de l'article II, dans lequel est employé le verbe “shall” en anglais (dénotant une obligation), ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire aux juges en les obligeant à reconnaître la convention

¹⁹⁸Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, “Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement”, N.Y.L.J. (décembre 2005); Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, “Article II”, dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento *et al.*, dir. publ., 2010), p. 37, et plus précisément p. 95 et 96.

¹⁹⁹Voir le chapitre du Guide consacré à l'article II, par. 79 à 99.

d'arbitrage, conformément aux dispositions claires à ce sujet de la loi fédérale sur l'arbitrage et de la Convention de New York²⁰⁰. De même, le Tribunal fédéral suisse a interprété l'article II comme obligeant les États contractants à reconnaître la validité et les effets d'une convention d'arbitrage²⁰¹. Le caractère obligatoire de la reconnaissance et de l'exécution des conventions d'arbitrage a été confirmé par la jurisprudence de la plupart des pays²⁰².

B. Signification du terme "convention"

13. Le paragraphe 1 de l'article II porte sur la convention d'arbitrage. Pour statuer sur le point de savoir si une convention d'arbitrage doit être exécutée, les juridictions nationales se fondent sur le consentement des parties, afin d'établir si elles sont bien convenues de soumettre le litige en question à l'arbitrage.

14. La tâche d'un juge lorsqu'il établit l'existence d'une convention d'arbitrage a été définie comme suit par la Cour suprême des États-Unis, conformément tant à la loi fédérale sur l'arbitrage qu'à la Convention de New York: "la première tâche d'un tribunal dont on exige qu'il renvoie un litige à l'arbitrage est de déterminer si les parties sont convenues de soumettre leur différend à l'arbitrage"²⁰³. Comme l'a confirmé une juridiction australienne, le consentement s'apprécie au cas par cas²⁰⁴.

15. La jurisprudence de différents pays appliquant la Convention montre que les parties sont renvoyées à l'arbitrage conformément à l'article II-3 lorsque les

²⁰⁰*Scherk c. Alberto-Culver Company*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 17 juin 1974, 73-781. Voir aussi *Lindo (Nicaragua) c. NCL (Bahamas), Ltd.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 29 août 2011, 10-10367; *Ernesto Francisco c. Stolt Achievement MT*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 4 juin 2002, 01-30694.

²⁰¹*Tradax Export S.A. c. Amoco Iran Oil Company*, Tribunal fédéral (Suisse), 7 février 1984.

²⁰²*Seeley International Pty Ltd. c. Electra Air*, Federal Court (Australie), 29 janvier 2008, SAD 157 de 2007; *Sunward Overseas SA c. Servicios Marítimos Limitada Semar*, Cour suprême de justice (Colombie), 20 novembre 1992, 472; *SA C.F.T.E. c. Jacques Dechavanne*, cour d'appel de Grenoble (France), 13 septembre 1993; *Westco Airconditioning Ltd. c. Sui Chong Construction & Engineering Co. Ltd.*, court of First Instance, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Hong Kong), 3 février 1998, A12848; *Renusagar Power Co. Ltd. c. General Electric Company and anor*, Supreme Court (Inde), 16 août 1984; *Louis Dreyfus Corporation of New York c. Oriana Soc. di Navigazione S.p.a.*, Cour de cassation (Italie), 27 février 1970, 470, I.Y.B. Com. Arb. (1976), p. 189.

²⁰³*Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 2 juillet 1985, 3-1569.

²⁰⁴*ACD Tridon c. Tridon Australia*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 4 octobre 2002, 5738 de 2001. Voir aussi *Moscow Dynamo c. Alexander M. Ovechkin*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 18 janvier 2006, 05-2245 (EGS). Dans sa décision, le tribunal du district de Columbia a refusé l'application de la clause compromissoire invoquée, au motif qu'il n'était pas en mesure de découvrir "des éléments de fait ou de droit pour étayer [l']argument selon lequel il est possible d'établir l'existence d'une convention d'arbitrage écrite faute d'échange écrit prouvant le consentement des deux parties à procéder à un arbitrage entre elles".

tribunaux étatiques estiment qu'elles ont consenti à l'arbitrage. Le consentement à l'arbitrage a été établi dans des situations diverses, notamment lorsque les parties i) ont pris part à la négociation du contrat, ii) ont pris part à l'exécution du contrat, iii) ont participé à la négociation et à l'exécution du contrat, iv) avaient connaissance de la convention d'arbitrage, ou v) ont pris part à la procédure d'arbitrage sans soulever aucune exception de compétence devant le tribunal arbitral.

16. *Premièrement*, une juridiction américaine a estimé que le fait de participer, en échangeant des documents, à la négociation d'un contrat contenant une clause compromissoire valait consentement des parties à soumettre tout différend découlant de ce contrat à l'arbitrage, si bien que les conditions de l'article II étaient remplies²⁰⁵. Se prononçant en ce sens, la juridiction a fait observer que, comme preuve supplémentaire de son consentement, la partie concernée avait apposé son tampon sur le reçu du courtier.

17. *Deuxièmement*, la preuve du consentement a été déduite du comportement des parties qui ont exécuté le contrat. Dans le cas où une partie ne signe pas le contrat ou ne renvoie pas de confirmation écrite mais exécute néanmoins ses obligations, de nombreuses juridictions ont estimé qu'une telle conduite constituait une acceptation tacite des termes du contrat, y compris de la convention d'arbitrage²⁰⁶. Ainsi, la Cour suprême indienne a exécuté une sentence arbitrale nonobstant le fait que la convention d'arbitrage n'avait pas été signée, ni n'était contenue dans aucun échange de documents. Elle a estimé que la partie concernée, notamment en ouvrant des lettres de crédit sur la base du contrat et en invoquant la clause de force majeure figurant dans celui-ci, avait accepté les termes du contrat écrit, y compris la clause compromissoire²⁰⁷. Suivant le même raisonnement, mais appliquant la loi française sur le fondement de la "clause de faveur" figurant à l'article VII-1²⁰⁸, une juridiction française a confirmé la validité d'une clause compromissoire contenue dans une note de réservation, au motif que ladite réservation avait été exécutée par les parties. La juridiction a estimé que, puisque les parties

²⁰⁵*Chloe Z Fishing Co. Inc., et al. c. Odyssey Re (London) Ltd., formerly known as Sphere Drake Insurance, P.L.C.*, et al., District Court, Southern District of California (États-Unis d'Amérique), 26 avril 2000, 109 F. Supp. 2d 1236 (2000).

²⁰⁶*Metropolitan Steel Corporation Ltd. c. Macsteel International U.K. Ltd.*, High Court de Karachi (Pakistan), 7 mars 2006, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 449; *Standard Bent Glass Corp. c. Glassrobots OY [Fin.]*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 20 juin 2003, 02-2169; *Compagnie de Navigation et Transports SA c. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal fédéral (Suisse), 16 janvier 1995; *Smita Conductors Ltd. c. Euro Alloys Ltd.*, Supreme Court (Inde), 31 août 2001, affaire civile n° 12930 de 1996. *Contra*, *Concordia Trading B.V. c. Nantong Gangde Oil Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 3 août 2009, [2009] MinSiTaZi n° 22.

²⁰⁷*Smita Conductors Ltd. c. Euro Alloys Ltd.*, Supreme Court (Inde), 31 août 2001, affaire civile n° 12930 de 1996.

²⁰⁸Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 81; Emmanuel Gaillard, "The Relationship of the New York Convention with other Treaties and with Domestic Law", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 69, et plus précisément p. 70.

avaient connaissance de ce document, lequel constituait la seule “rencontre des volontés des parties”, elles étaient liées par la clause compromissoire qu’il contenait²⁰⁹.

18. *Troisièmement*, dans les cas où une partie qui n’a pas signé le contrat contenant la convention d’arbitrage a cependant pris part à la négociation de ce contrat et exécuté les obligations en découlant, certaines juridictions ont renvoyé cette partie non signataire à l’arbitrage. Dans une affaire relative à un recours en annulation d’une sentence, mais portant sur la question du caractère contraignant d’une convention d’arbitrage à l’égard d’une partie non signataire, la cour d’appel de Paris a confirmé que la société mère qui avait participé à la négociation du contrat principal et assumait les obligations en découlant était liée par la convention d’arbitrage, bien qu’elle n’ait pas été partie au contrat principal²¹⁰. Cependant, cette approche n’est pas universellement admise. Par exemple, dans l’affaire *Dallah*, la Cour suprême du Royaume-Uni, se fondant sur la Convention de New York, a refusé d’accorder à une partie l’exécution d’une sentence rendue contre la République islamique du Pakistan au motif qu’aucun élément de preuve ne permettait d’établir que l’intention commune des parties était d’adjoindre le Gouvernement pakistanais comme partie au contrat principal, bien que ce dernier eût participé aux négociations et à l’exécution de certaines des obligations découlant de ce contrat²¹¹.

19. *Quatrièmement*, le consentement a également été établi dans des situations où une partie avait connaissance de la convention d’arbitrage. Par exemple, lorsque la clause d’arbitrage est imprimée au dos du contrat (ou contenue dans les conditions générales imprimées au dos du contrat), les parties ont été réputées avoir connaissance de la convention d’arbitrage, car elles avaient eu la possibilité de prendre connaissance de ladite clause²¹². De même, ayant à trancher un litige dans lequel la convention d’arbitrage était contenue dans un document autre que le contrat principal, la Cour de cassation italienne a observé que, pour pouvoir établir le consentement des parties à une convention d’arbitrage, il fallait qu’elles

²⁰⁹SA *Groupama transports c. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, cour d’appel de Basse-Terre (France), 18 avril 2005.

²¹⁰*Société Kis France et autres c. Société Générale et autres*, cour d’appel de Paris (France), 31 octobre 1989, Rev. Arb. (1992), p. 90. Pour un raisonnement similaire, concluant que le Gouvernement du Turkménistan “a agi en tant qu’alter ego [d’une entité détenue par l’État] à l’égard de cette coentreprise avec [le demandeur dans la procédure d’arbitrage]”: *Bridas S.A.P.I.C., Bridas Energy International, Ltd., Intercontinental Oil and Gas Ventures, Ltd., and Bridas Corp c. Government of Turkmenistan*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d’Amérique), 21 avril 2006, 04-20842.

²¹¹*Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Supreme Court (Angleterre et pays de Galles), 3 novembre 2010, UKSC 2009/0165. Voir aussi la décision contraire rendue par la cour d’appel de Paris (France), dans la même affaire: *Gouvernement du Pakistan — Ministère des affaires religieuses c. Société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, cour d’appel de Paris (France), 17 février 2011, 09/28533, 09/28535 et 09/28541, Rev. Arb. (2011), p. 286.

²¹²Cour d’appel du canton de Bâle-Campagne (Suisse), 5 juillet 1994, 30-94/261; *Bobbie Brooks Inc. c. Lanificio Walter Banci s.a.s.*, cour d’appel de Florence (Italie), 8 octobre 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 289.

aient eu connaissance de cette convention au moyen d'une mention spécifique figurant dans le contrat principal ("*per relationem perfecta*")²¹³.

20. Dans certains États, les parties sont réputées avoir connaissance de la convention d'arbitrage lorsque tel devrait raisonnablement être le cas, que cette connaissance soit effective ou non. Dans ces hypothèses, les juridictions exécutent les conventions d'arbitrage lorsque les parties ont ou auraient dû avoir connaissance de leur existence. Par exemple, la Cour de cassation italienne reconnaît aujourd'hui que, lorsque les parties sont des commerçants professionnels qui devraient connaître le contenu des conditions générales régissant les contrats dans leur domaine, une référence générique à ces conditions ("*per relationem imperfecta*") satisfait à la condition de l'article II de la Convention²¹⁴. Les juges allemands ont également admis que le consentement peut être déduit des usages pertinents du commerce international lorsque le contrat est spécifique à un domaine et que l'activité des parties relève de ce domaine²¹⁵.

21. Certaines juridictions ont également estimé que les parties sont liées par une convention d'arbitrage incorporée dans un contrat par référence, au motif qu'elles auraient dû avoir connaissance de ses termes. En effet, il est très courant en matière de commerce international que les parties ne détaillent pas les termes de leurs contrats mais renvoient à des documents distincts, tels que des conditions générales et des contrats-types élaborés par des organismes professionnels, qui peuvent contenir des conventions d'arbitrage²¹⁶. Certaines juridictions ont admis qu'en renvoyant dans leurs contrats à des conditions générales, les parties ont consenti à la convention d'arbitrage y figurant parce qu'elles devaient raisonnablement en avoir connaissance²¹⁷. En effet, ainsi que l'a fait observer une juridiction indienne, l'article II ne précise pas que la convention d'arbitrage doit être contenue dans un document unique²¹⁸. Ainsi, dans une affaire dans laquelle la Convention s'appliquait, une juridiction américaine a admis l'exécution d'une convention d'arbitrage figurant dans des conditions générales au motif que les parties avaient tacitement consenti aux conditions générales auxquelles renvoyait le contrat, nonobstant le fait que le demandeur n'avait jamais été en possession de ces conditions générales. Selon le raisonnement du juge, le fait de ne pas avoir demandé à prendre

²¹³*Louis Dreyfus S.p.A. c. Cereal Mangimi S.r.l.*, Cour de cassation (Italie), 19 mai 2009, 11529.

²¹⁴*Del Medico & c. SAS c. Iberprotein Sl*, Cour de cassation (Italie), 16 juin 2011, 13231.

²¹⁵Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 3 décembre 1992, III ZR 30/91.

²¹⁶Domenico Di Pietro, "Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards — The New York Convention 1958 in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 355.

²¹⁷*Owners & Parties Interested in the Vessel M.V. Baltic Confidence, et al. c. State Trading Corp. of India, et al.* (Inde), Supreme Court (Inde), 20 août 2001, demande d'autorisation spéciale de pourvoi (civil) 17183 de 2001; *Tradax Export SA c. Amoco Iran Oil Company*, Tribunal fédéral (Suisse), 7 février 1984; *X S.A. c. Y Ltd.*, Tribunal fédéral (Suisse), 12 janvier 1989, 5P.249/1988.

²¹⁸*Gas Authority of India Ltd. c. Spie Capag SA and ors*, High Court de Delhi (Inde), 15 octobre 1993, affaire n° 1440; IA n° 5206.

connaissance des conditions générales auxquelles renvoie un contrat entraîne l'acceptation tacite de ses termes, y compris la convention d'arbitrage²¹⁹. De même, dans l'affaire *Bomar*, invoquant à la fois la Convention et la législation française, une juridiction française a estimé qu'il devait être donné effet à la clause compromissoire contenue dans un document auquel renvoie le contrat principal pour autant que l'on puisse démontrer que les parties en avaient connaissance ou auraient dû en avoir connaissance²²⁰. Un certain nombre de juridictions ont ainsi admis des conventions d'arbitrage contenues dans des conditions générales auxquelles renvoyait le contrat principal²²¹. Dans le même esprit, dans le cadre d'un litige découlant d'un connaissance renvoyant expressément à une charte-partie, la Cour suprême indienne a admis une convention d'arbitrage contenue dans la charte-partie²²². Pour confirmer ce point de vue, l'article 7-6 (Option I) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international prévoit expressément que la référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite²²³.

22. *Cinquièrement*, les juridictions se sont appuyées sur le comportement des parties dans le cadre de la procédure pour en déduire leur consentement à soumettre leurs différends à l'arbitrage. Ainsi, la participation à la procédure arbitrale sans soulever d'exception de compétence a été considérée comme valant consentement des parties à l'arbitrage²²⁴. Par exemple, ayant estimé qu'un compromis d'arbitrage non signé ne satisfaisait pas aux conditions de l'article II-2, le Tribunal supérieur de justice brésilien a néanmoins accordé l'exécution d'une sentence arbitrale rendue sur la base de ce compromis au motif que les parties avaient accepté

²¹⁹*Copape Produtos de Petróleo LTDA. c. Glencore LTD.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 8 février 2012, 11 Civ. 5744 LAK.

²²⁰*Société Bomar Oil NV. c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, cour d'appel de Versailles (France), 23 janvier 1991, décision confirmée dans *Société Bomar Oil NV. c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Cour de cassation (France), 9 novembre 1993, 91-15.194. Voir aussi *SA Groupama transports c. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, cour d'appel de Basse-Terre (France), 18 avril 2005.

²²¹*Del Medico & c. SAS c. Iberprotein SI*, Cour de cassation (Italie), 16 juin 2011, 13231; *Copape Produtos de Petróleo LTDA. c. Glencore LTD.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 8 février 2012, 11 Civ. 5744 LAK; *Standard Bent Glass Corp. c. Glassrobots OY [Fin.]*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 20 juin 2003, 02-2169; *SA Groupama transports c. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Cour de cassation (France), 21 novembre 2006, 05-21.818; cour d'appel du canton de Bâle-Campagne (Suisse), 5 juillet 1994, 30-94/261; Oberlandesgericht [OLG] de Cologne (Allemagne), 16 décembre 1992, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 535.

²²²*Owners & Parties Interested in the Vessel M.V. Baltic Confidence, et al. c. State Trading Corp. of India, et al. (Inde)*, Supreme Court (Inde), 20 août 2001, demande d'autorisation spéciale de pourvoi (civil) 17183 de 2001. Voir aussi *Tradax Export SA c. Amoco Iran Oil Company*, Tribunal fédéral (Suisse), 7 février 1984; *Welex A.G. c. Rosa Maritime Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 3 juillet 2003, A3/02/2230 A3/02/2231.

²²³Article 7-6 (Option I) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

²²⁴*CTA Lind & Co. Scandinavia AB in Liquidation's bankruptcy Estate c. Erik Lind*, District Court, Middle District of Florida, Tampa Division (États-Unis d'Amérique), 7 avril 2009, 8:08-cv-1380-T-30TGW; *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, High Court, Supreme Court of Hong Kong, (Hong Kong), 13 juillet 1994, 1992 n° MP 2411; Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 30 mars 2000, 16 SchH 05/99.

la compétence du tribunal arbitral en participant à la procédure sans soulever aucune objection quant à ladite compétence²²⁵. De même, une juridiction australienne a exécuté une sentence arbitrale concernant des frais d'arbitrage rendue sous l'égide de la CCI à Paris et par laquelle le tribunal arbitral s'était déclaré incompétent en raison de l'invalidité de la convention d'arbitrage. La juridiction a estimé qu'en signant l'acte de mission les parties avaient consenti à soumettre leur différend à l'arbitrage²²⁶.

23. L'importance accordée par les juges au consentement des parties à l'arbitrage est conforme à l'esprit de la Convention, selon lequel il est souhaitable "que l'existence et le contenu de la convention des parties soient établis de manière satisfaisante"²²⁷. Les commentateurs ont de leur côté souligné l'importance de l'intention des parties et de la question de savoir s'il y a bien eu "rencontre des volontés"²²⁸.

C. Portée de la "convention écrite"

24. Le paragraphe 1 de l'article II impose aux juridictions nationales de reconnaître la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les "différends" au sujet d'un rapport de droit déterminé susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage.

a) Signification du terme "différends"

25. Le paragraphe 1 de l'article II énonce que 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 et qui sont visés par leur convention d'arbitrage.

26. Très peu d'affaires, parmi celles rassemblées ici, portent sur cette question et toutes ont adopté une interprétation large du terme "différends", conformément au parti pris de la Convention en faveur de l'arbitrage.

27. Lorsqu'elle a eu à interpréter le terme "différends", la Haute Cour de Hong Kong a conclu que les parties devaient être renvoyées à l'arbitrage même lorsqu'il

²²⁵*L'Aiglon S/A c. Têxtil União S/A*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 18 mai 2005, SEC 856.

²²⁶*Commonwealth Development Corp. c. Montague*, Supreme Court of Queensland (Australie), 27 juin 2000, recours n° 8159 de 1999; DC n° 29 de 1999.

²²⁷Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements relatives au projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations du Royaume-Uni, E/2822/Add.4, annexe I, p. 6.

²²⁸Reinmar Wolff, "Commentary on article II", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 85, et plus précisément p. 128 à 132; *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 47.

y avait désaccord entre elles au sujet de l'existence d'un différend²²⁹. Elle a estimé que la question de l'existence, ou non, d'un différend devait être tranchée par le tribunal arbitral. La Cour suprême australienne s'est appuyée sur les mots "tout [...] ou certains", figurant à l'article II-1, pour confirmer que cette disposition devait faire l'objet d'une interprétation large²³⁰. De la même manière, dans l'affaire *Fiona Trust*, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a estimé qu'en l'absence de disposition contraire claire, les clauses compromissaires devaient recevoir l'interprétation la plus large possible, car les parties, en tant que commerçantes rationnelles, avaient probablement voulu que tout différend né de la relation établie entre elles soit tranché par le même tribunal²³¹.

b) "Rapport de droit déterminé"

28. L'exigence du paragraphe 1 de l'article II, selon laquelle le différend doit s'être élevé "au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel", est très générale et a rarement été source de contestation devant les juridictions nationales.

29. En se fondant sur le texte de l'article II, la Cour suprême canadienne a estimé que les actions extracontractuelles pouvaient entrer dans le champ d'application d'une convention d'arbitrage si elles avaient un lien avec des obligations contractuelles²³².

c) "Question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage"

30. La condition selon laquelle le différend doit porter sur une "question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage" renvoie à l'arbitrabilité du litige²³³. Étant donné que la Convention de New York ne donne pas d'indication à ce sujet, les juridictions nationales ont déterminé si une question donnée peut être réglée par

²²⁹*Guangdong Agriculture Ltd. c. Conagra International Far East Company Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 24 septembre 1992, HCA003032/1992.

²³⁰*Seeley International Pty Ltd. c. Electra Air*, Federal Court (Australie), 29 janvier 2008, SAD 157 de 2007.

²³¹*Fiona Trust & Holding Corp. c. Privalov*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 24 janvier 2007, 2006 2353 A3 QBCMF, décision confirmée dans *Fili Shipping Co. Ltd. and others c. Premium Nafta Products Ltd. and others*, House of Lords (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007.

²³²*Kaverit Steel and Crane c. Kone Corp.*, Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (Canada), 14 mai 1991, AJN° 450 et *Kaverit Steel c. Kone Corp.*, Cour d'appel de l'Alberta (Canada), 16 janvier 1992, ABCA 7.

²³³Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, "Article II", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 37, et plus précisément p. 69 à 73; Albert Jan van den Berg, "The New York Convention of 1958: An Overview", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 39, et plus précisément p. 53; Jan Paulsson, "Arbitrability, Still Through a Glass Darkly", dans *Arbitration in the Next Decade* (Publication CCI n° 612E (1999)), p. 95, et plus précisément p. 96.

voie d'arbitrage soit en se référant à la loi applicable à la convention d'arbitrage, soit en se référant à leur propre droit.

31. Certaines ont estimé que cette question devait être résolue conformément à la loi applicable à la convention d'arbitrage. Elles se sont appuyées pour statuer en ce sens sur la règle de conflit de lois posée à l'article V-1 a) de la Convention, qui vise "la loi à laquelle les parties [...] ont subordonné[...] [la convention d'arbitrage] ou, à défaut d'une indication à cet égard, [...] la loi du pays où la sentence a été rendue"²³⁴. Par analogie, les juges ont interprété l'expression "où la sentence a été rendue" comme "où la sentence doit être rendue", c'est-à-dire en faisant référence au siège de l'arbitrage. Les juridictions suisses et autrichiennes ont également adopté cette approche²³⁵.

32. D'autres juridictions nationales ont apprécié l'arbitrabilité d'un différend au regard de leur propre système juridique. Ce faisant, elles ont adopté trois approches différentes pour conclure que la *lex fori* devait s'appliquer en vue de déterminer si un différend peut être réglé par voie d'arbitrage.

33. *Premièrement*, un certain nombre de juridictions se sont fondées sur l'article V-2 a) de la Convention, selon lequel la question de l'arbitrabilité d'un différend doit être tranchée conformément à la loi du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises. Par analogie, la Cour de cassation italienne a estimé que la *lex fori*, c'est-à-dire la loi de l'État de la juridiction saisie, devrait être appliquée afin de déterminer si un litige est susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage²³⁶. Les juridictions belges ont adopté la même approche²³⁷.

34. *Deuxièmement*, pour apprécier si un différend est susceptible de règlement par voie d'arbitrage et décider en conséquence de renvoyer, ou non, les parties à l'arbitrage, conformément à l'article II-3, les juridictions américaines ont appliqué la loi fédérale sur l'arbitrage, c'est-à-dire la *lex fori*, mais sans aucune référence à l'article V-2 a)²³⁸. Elles ont ainsi admis que les litiges découlant de l'application d'une loi sont susceptibles d'être réglés par voie d'arbitrage en vertu de la Convention. À titre d'exemple, les litiges découlant de l'application de la loi Sherman Antitrust²³⁹, des lois sur les valeurs mobilières et sur les opérations de Bourse

²³⁴*Misir Insurance Company c. Alexandria Shipping Agencies Company*, Cour de cassation (Égypte), 23 décembre 1991, 547/51 (traduction anglaise non officielle).

²³⁵Tribunal fédéral (Suisse), 21 mars 1995, 5C.215/1994/lit; Cour suprême (Autriche), 17 novembre 1971, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 183.

²³⁶*Compagnia Generale Costruzioni 'COGECO' S.p.A. c. Piersanti*, Cour de cassation (Italie), 27 avril 1979, XVI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 229.

²³⁷*Colvi NV. c. Interdica*, Cour de cassation (Belgique), 15 octobre 2004, C.02.0216.N.

²³⁸*Scherk c. Alberto-Culver Company*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 17 juin 1974, 73781; *Rhone Mediterranee Compagnia Francese c. Lauro*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 6 juillet 1983, 82-3523.

²³⁹*Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 2 juillet 1985, 3-1569.

(*Securities Act et Exchange Act*)²⁴⁰, de la loi Jones concernant notamment l'emploi dans la marine marchande²⁴¹, ainsi que de la législation sur les faillites²⁴² ont été considérés comme susceptibles de règlement par voie d'arbitrage. Les juges américains ont également admis que les litiges découlant de contrats de travail²⁴³ et de contrats de distribution²⁴⁴ sont susceptibles de règlement par voie d'arbitrage²⁴⁵.

35. *Troisièmement*, les juges français ont, quant à eux, refusé d'appliquer telle ou telle loi nationale pour apprécier si un litige est ou non susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage. Se fondant sur l'article VII de la Convention, la cour d'appel de Paris a estimé que le droit français doit s'appliquer dans la mesure où il est plus favorable que l'article II. Elle a en outre considéré que le principe de validité des conventions d'arbitrage international, qui constitue une "règle matérielle du droit français de l'arbitrage international", consacre la licéité de toute clause d'arbitrage "indépendamment de toute référence à une loi étatique"²⁴⁶. La cour d'appel de Paris a distingué expressément ce principe des articles II et V de la Convention "où il est notamment fait appel à l'application de lois étatiques pour valider la clause"²⁴⁷. À titre d'exemple, une juridiction française a renvoyé les parties à l'arbitrage sur le fondement d'une clause d'arbitrage contenue dans un contrat de travail, nonobstant l'argument invoqué par l'intimé selon lequel les litiges prud'homaux ne sont pas susceptibles d'être réglés par voie d'arbitrage. La Cour a observé que la Convention s'appliquait, car le contrat de travail était international et que la France avait retiré sa réserve de commercialité²⁴⁸.

²⁴⁰*Scherk c. Alberto-Culver Company*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 17 juin 1974, 73-781.

²⁴¹*Lindo c. NCL, Ltd.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 29 août 2011, 10-10367.

²⁴²*Société nationale algérienne pour la recherche, la production and others c. Distrigas Corp.*, District Court, District of Massachusetts (États-Unis d'Amérique), 17 mars 1987, 86-2014-Y.

²⁴³*Lindo c. NCL, Ltd.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 29 août 2011, 10-10367; *Jane Doe c. Princess Cruise Lines, LTD., a foreign corporation, d.b.a. Princess Cruises*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 septembre 2011, 10-10809.

²⁴⁴*Becker Autoradio U.S.A., Inc. c. Becker Autoradiowerk GmbH*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 17 juillet 1978, 77-2566, 77-2567; *Travelport Global Distribution Systems B.V. c. Bellview Airlines Limited*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 10 septembre 2012, 12 Civ. 3483(DLC).

²⁴⁵Pour ce faire, les juges ont apprécié si, pour chacune de ces lois, l'intention du Congrès était de prévoir qu'un type particulier de litiges serait susceptible de règlement par voie d'arbitrage: *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 2 juillet 1985, 437 United States 614. De façon plus générale, voir Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), p. 769, et plus précisément p. 778.

²⁴⁶*Sté A.B.S. American Bureau of Shipping c. Copropriété maritime Jules Verne et autres*, cour d'appel de Paris (France), 4 décembre 2002, 2001/17293, décision confirmée dans *Copropriété maritime Jules Verne et autres c. Société A.B.S. American Bureau of Shipping*, Cour de cassation (France), 7 juin 2006, 03-12.034.

²⁴⁷*Sté A.B.S. American Bureau of Shipping c. Copropriété maritime Jules Verne et autres*, cour d'appel de Paris (France), 4 décembre 2002, 2001/17293.

²⁴⁸*SA C.F.T.E. c. Jacques Dechavanne*, cour d'appel de Grenoble (France), 13 septembre 1993.

Article II-2

36. Le paragraphe 2 de l'article II définit l'exigence de forme "écrite". Une "convention écrite" inclut notamment "une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes".

37. Avant que la CNUDCI ne se penche sur la question, les positions des juridictions nationales divergeaient sur le point de savoir si le principe de la règle la plus favorable consacré par l'article VII-1 de la Convention s'appliquait à l'exigence de forme écrite de la convention d'arbitrage au sens de l'article II. En 2006, la CNUDCI a confirmé que l'article VII-1 devait être "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"²⁴⁹. Depuis, les juridictions nationales ont exécuté de manière plus systématique les conventions d'arbitrage conformément aux conditions de forme moins strictes prévues dans la législation de leur pays ou dans les traités auxquels leur pays est partie, ainsi que le prévoit l'article VII en ce qui concerne les sentences arbitrales²⁵⁰.

A. Distinction entre "clause compromissoire insérée dans un contrat" et "compromis"

38. La Convention dispose qu'une "convention écrite" peut être soit "une clause compromissoire insérée dans un contrat", soit "un compromis".

39. Il a été considéré que l'on était en présence d'une "clause compromissoire insérée dans un contrat" au sens de l'article II-2, lorsque la clause était imprimée au dos du contrat²⁵¹.

²⁴⁹Recommandation 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 (2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 177 à 181 et annexe II, disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/A2F.pdf>. Les travaux préparatoires à cette recommandation sont consignés dans les documents suivants: *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17)*, par. 313; *Ibid., cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/57/17)*, par. 183; et dans les documents A/CN.9/468, par. 88 à 106; A/CN.9/485, par. 60 à 77; A/CN.9/487, par. 42 à 63; A/CN.9/508, par. 40 à 50; A/CN.9/592, par. 82 à 88; A/CN.9/WG.II/WP.118, par. 25 à 33; A/CN.9/607; et A/CN.9/609, et ses additifs 1 à 6.

²⁵⁰Pour une analyse plus détaillée des relations entre les articles II et VII, voir le chapitre du Guide consacré à l'article VII, par. 31 à 35.

²⁵¹Voir le chapitre du Guide consacré à l'article II, par. 19. Voir aussi Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 17 septembre 1998, BayObLG 4 Z Sch 1/98; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 25 mai 1970, VII ZR 157/68; Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 30 mars 2000, 16 SchH 05/99; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 12 février 1976, III ZR 42/74.

40. En ce qui concerne le “compromis”, une juridiction australienne a confirmé que l’acte de mission signé dans le cadre d’une procédure d’arbitrage tenue sous l’égide de la Cour internationale d’arbitrage de la CCI constituait un “compromis” et une “convention écrite” au sens de l’article II-2²⁵². Dans cette affaire, l’un des défendeurs à la procédure d’arbitrage avait contesté avec succès la compétence du tribunal arbitral. Ce dernier avait alors prononcé une sentence sur l’attribution des frais d’arbitrage en faveur dudit défendeur, qui avait ensuite cherché à en obtenir l’exécution. L’appelant s’opposait à cette exécution au motif que le tribunal arbitral avait estimé qu’aucun compromis d’arbitrage valide ne liait le défendeur. La Cour suprême du Queensland a exécuté la sentence, considérant que l’acte de mission signé par les parties à la procédure d’arbitrage constituait une “convention écrite” au sens de l’article II.

41. La distinction opérée en anglais entre une “arbitration clause” (clause compromissoire insérée dans un contrat) et un “submission agreement” (compromis d’arbitrage)²⁵³ a perdu l’essentiel de sa pertinence dans la pratique arbitrale actuelle. Dans une décision de 1994, la cour d’appel de la cinquième circonscription des États-Unis avait établi une distinction entre une clause compromissoire insérée dans un contrat et un compromis d’arbitrage. Elle avait estimé qu’au sens de l’article II-2, la première devait être signée par les parties, mais que cette exigence ne s’appliquait pas au second²⁵⁴. Cette position a été ensuite écartée par la cour d’appel de la deuxième circonscription, celle-ci ayant estimé que l’exigence de signature posée à l’article II-2 de la Convention s’appliquait aux contrats comportant une clause compromissoire, comme aux compromis d’arbitrage, à moins qu’ils ne soient contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes²⁵⁵.

B. L’exigence de signature

42. Aux termes du paragraphe 2 de l’article II, l’exigence de forme écrite est satisfaite lorsque la clause compromissoire ou le compromis sont revêtus de la signature des parties.

²⁵²*Commonwealth Development Corp. c. Montague*, Supreme Court of Queensland (Australie), 27 juin 2000, recours n° 8159 de 1999; DC n° 29 de 1999.

²⁵³En anglais, l’expression “arbitration agreement” (convention d’arbitrage) englobe généralement tant les “arbitration clauses” (clauses compromissoires) que les “submission agreements” (compromis). Voir *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 193 à 196.

²⁵⁴*Sphere Drake Insurance PLC c. Marine Towing*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d’Amérique), 23 mars 1994, 93-3200. Voir aussi *Borsack c. Chalk & Vermilion Fine Arts, Ltd.*, District Court, South District of New York (États-Unis d’Amérique), 7 août 1997, 96 CV 6587 (BDP).

²⁵⁵*Kahn Lucas Lancaster, Inc. c. Lark International Ltd.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d’Amérique), 9 juillet 1999, 97-9436. Voir aussi *Czarina, L.L.C. c. W.F. Poe Syndicate*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d’Amérique), 4 février 2004, 03-10518; *Moscow Dynamo c. Alexander M. Ovechkin*, District Court, District of Columbia (États-Unis d’Amérique), 18 janvier 2006, 05-2245 (EGS).

43. Lorsque les parties au contrat ou à l'instrument contenant la convention d'arbitrage ont signé ledit contrat ou instrument, l'exigence de l'article II-2 concernant la signature doit être considérée comme satisfaite. Il s'agit là d'une position adoptée par les juridictions de manière générale²⁵⁶.

44. À l'inverse, certaines juridictions ont refusé l'exécution de conventions d'arbitrage à l'égard de parties qui ne les avaient pas signées²⁵⁷. Par exemple, la Cour suprême chinoise a refusé d'exécuter une sentence au motif qu'une seule partie avait signé le contrat dans lequel figurait la clause compromissoire²⁵⁸. De la même manière, le Tribunal supérieur de justice brésilien a refusé l'exécution d'une convention d'arbitrage parce que les parties n'avaient pas signé le contrat dans lequel elle figurait²⁵⁹.

45. De même encore, dans l'affaire *Javor c. Francoeur*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique, au Canada, a refusé l'exécution d'une sentence rendue contre le défendeur parce qu'il n'avait pas signé la convention d'arbitrage. Au cours de la procédure arbitrale, le tribunal avait estimé que le défendeur agissait en qualité d'*alter ego* de la société signataire de la convention d'arbitrage et ordonné en conséquence sa participation à la procédure d'arbitrage. Or, la Cour, se fondant sur le texte de l'article II-2 de la loi de la Colombie-Britannique sur les sentences arbitrales étrangères (qui incorpore l'article II-2 de la Convention), a considéré que le but de cette loi était de restreindre l'exécution des sentences aux "partie[s] signataire[s] de la convention [d'arbitrage]". Eu égard au fait que le défendeur n'était ni une partie désignée dans la convention d'arbitrage, ni un signataire de celle-ci, elle a conclu que la sentence ne pouvait pas être exécutée à son encontre²⁶⁰.

46. En revanche, un certain nombre de juridictions ont exécuté des conventions d'arbitrage à l'encontre de parties qui n'en étaient pas signataires. Ainsi, des

²⁵⁶*Sunward Overseas SA c. Servicios Marítimos Limitada Semar*, Cour suprême de justice (Colombie), 20 novembre 1992, 472; *Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH et autres c. Bristol Myers Squibb S.p.A.*, Cour de cassation (Italie), 10 mars 2000, 58; *Steve Didmon c. Frontier Drilling (États-Unis), INC.*, et al., District Court, Southern District of Texas, Houston Division (États-Unis d'Amérique), 19 mars 2012, H-11-2051; *Kahn Lucas Lancaster, Inc. c. Lark International Ltd.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 29 juillet 1999, 97-9436; *Smita Conductors Ltd. c. Euro Alloys Ltd.*, Supreme Court (Inde), 31 août 2001, recours civil n° 12930 de 1996; *Bundesgerichtshof [BGH]* (Allemagne), 8 juin 2010, XI ZR 349/08; *Bundesgerichtshof [BGH]* (Allemagne), 25 janvier 2011, XI ZR 350/08.

²⁵⁷Tribunal d'appel de la République et canton du Tessin, 2^e chambre civile (Suisse), 2 avril 2003, 14.2002.81.

²⁵⁸*Concordia Trading B.V. c. Nantong Gangde Oil Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 3 août 2009, [2009] MinSiTaZi n° 22.

²⁵⁹*Plexus Cotton Limited c. Santana Têxtil S/A*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 15 février 2006, SEC 967; *Indutech SpA c. Algocentro Armazéns Gerais Ltda.*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 17 décembre 2008, SEC 978; *Kanematsu USA Inc. c. ATS — Advanced Telecommunications Systems do Brasil Ltda.*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 18 avril 2012, SEC 885.

²⁶⁰*Javor c. Francoeur*, Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada), 6 mars 2003. Voir aussi *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Supreme Court (Angleterre et pays de Galles), 3 novembre 2010, UKSC 2009/0165.

juridictions américaines ont estimé que des parties non signataires pouvaient être liées par une convention d'arbitrage pourvu que, conformément à la Convention, ladite convention ne soit pas caduque et qu'une théorie relevant du droit des contrats — comme celle du mandat ou de l'estoppel ou encore les principes touchant à la théorie de l'identification (*alter ego*) et aux tiers bénéficiaires — s'applique en l'espèce²⁶¹. En France, des entités n'ayant pas signé une convention d'arbitrage ont été renvoyées à l'arbitrage sur le fondement de la doctrine des groupes de sociétés²⁶².

C. Une clause compromissoire ou un compromis contenus dans un échange de documents

a) Un échange

47. Aux termes du paragraphe 2 de l'article II, une convention satisfait également à l'exigence de forme "écrite" si elle est contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes. Comme l'a fait observer une juridiction allemande, l'élément essentiel s'agissant de l'exigence d'un échange de documents au sens de la Convention de New York est son caractère mutuel; à savoir le fait qu'il s'agisse d'une transmission réciproque de documents²⁶³.

48. Le tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia a confirmé que le comportement unilatéral d'une partie ne suffit pas à établir l'existence d'une "convention écrite" au sens de l'article II-2 de la Convention²⁶⁴. En l'espèce, la partie adverse n'avait jamais répondu expressément ou implicitement aux lettres dans lesquelles figuraient les conventions d'arbitrage.

49. Dans le contexte de la soumission à l'arbitrage d'un différend en matière d'investissements, la cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis a

²⁶¹*Formostar, LLC, et al. c. Henry Florentius, et al.*, District Court, District of Nevada (États-Unis d'Amérique), 13 juillet 2012, 2:11-cv-01166-GMN-CWH; *Flexi-Van Leasing, Inc. c. Through Transport Mutual Insurance Association, Ltd., et al.*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 18 août 2004, 03-3383; *Sarhank Group c. Oracle Corporation*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 14 avril 2005, 02-9383; *Milton Escobal c. Celebration Cruise Operator Inc., Celebration Cruise Line LLC*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 20 juillet 2012, 11-14022. Voir aussi pour des affaires dans lesquelles aucune théorie du droit des contrats n'a été jugée applicable: *Bel-Ray Co., Inc. (États-Unis) c. Chemrite (Pty) Ltd. (Afrique du Sud)*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 28 juin 1999, 98-6297; *Sarhank Group c. Oracle Corporation*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 14 avril 2005, 02-9383.

²⁶²*Société Kis France et autres c. Société Générale et autres*, cour d'appel de Paris (France), 31 octobre 1989, Rev. Arb. (1992), p. 90.

²⁶³Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 26 juin 2006, 26 Sch 28/05; Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 12 décembre 2002, 4 Z Sch 16/02.

²⁶⁴*Moscow Dynamo c. Alexander M. Ovechkin*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 18 janvier 2006, 05-2245 (EGS).

confirmé que l'exigence d'un échange de documents au sens de l'article II de la Convention était satisfaite par une offre d'arbitrage contenue dans un traité d'investissement bilatéral et son acceptation ultérieure par un investisseur dans la demande d'arbitrage²⁶⁵.

b) *Liste non exhaustive de documents*

50. Bien que le paragraphe 2 de l'article II se contente de mentionner expressément "un échange de lettres ou de télégrammes", il est largement admis qu'il vise tout échange de documents sans se limiter à des lettres et télégrammes. La plupart des juridictions considèrent qu'une convention d'arbitrage contenue dans un échange de documents ou tout autre type de communication écrite, tant matérielle qu'électronique, satisfait à l'exigence de l'article II-2²⁶⁶.

51. À titre d'exemple, une juridiction canadienne statuant sur la validité d'une convention d'arbitrage au regard de l'article V-1 a) a confirmé qu'une "convention écrite" au sens de l'article II-2 peut prendre des formes diverses et devrait faire l'objet d'une interprétation fonctionnelle et pragmatique²⁶⁷.

52. D'ailleurs, à sa trente-neuvième session, en juillet 2006, la CNUDCI a expressément recommandé qu'on applique le paragraphe 2 de l'article II "en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs"²⁶⁸. À titre de confirmation supplémentaire, à la même session, la CNUDCI a modifié la Loi type sur l'arbitrage commercial international afin de préciser qu'"une communication électronique

²⁶⁵*Republic of Ecuador c. Chevron Corp. (États-Unis)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 17 mars 2011, 10-1020-cv (L), 10-1026 (Con). Voir aussi *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran c. Gould Inc., Gould Marketing, Inc., Hoffman Export Corporation, and Gould International, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 octobre 1989, 88-5879/88-5881, sur le fait que le statut du Tribunal des différends irano-américains puisse être considéré comme une "convention écrite".

²⁶⁶Pour un échange de télex et télécopies, voir *Compagnie de Navigation et Transports S.A. c. MSC Mediterranean Shipping Company S.A.*, Tribunal fédéral (Suisse), 16 janvier 1995; *C.S.A. c. E. Corporation*, cour de justice de Genève (Suisse), 14 avril 1983, 187. Pour un échange de courriers électroniques, accompagné d'une confirmation par télécopie, voir *Great Offshore Ltd. c. Iranian Offshore Engineering & Construction Co.*, Supreme Court, Civil Appellate Jurisdiction (Inde), 25 août 2008, demande d'arbitrage n° 10 de 2006.

²⁶⁷*Sheldon Proctor c. Leon Schellenberg*, Cour d'appel du Manitoba (Canada), 11 décembre 2002.

²⁶⁸Recommandation 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 (2006), par. 1. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 177 à 181 et annexe II, disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/A2F.pdf>. Dès 2005, la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux élaborée par la CNUDCI prévoyait que ce texte s'appliquerait, en vertu de son article 20, à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique la Convention de New York. Voir la résolution 60/21 adoptée par l'Assemblée générale le 23 novembre 2005 concernant la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de documents électroniques dans les contrats internationaux, disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf.

satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage [...]”²⁶⁹. Conformément à la recommandation formulée par la CNUDCI, une juridiction espagnole, dans une décision récente, estime que la liste des documents figurant à l'article II n'est pas exhaustive et qu'en conséquence, une convention d'arbitrage conclue par des moyens de communication électroniques satisfait à l'exigence de forme écrite²⁷⁰.

53. Certains commentateurs ont également considéré que les éléments énumérés dans l'article II-2 ne sont pas exhaustifs, en se fondant sur le mot “include” (inclut) figurant dans la version anglaise de cet article²⁷¹.

c) *L'exigence de signature s'applique-t-elle à un échange de documents?*

54. Lorsque la convention d'arbitrage est contenue dans un échange de documents, le texte de l'article II-2 ne semble pas à première vue exiger qu'elle porte la signature des parties.

55. Le Tribunal fédéral suisse a confirmé que lorsque la convention d'arbitrage est contenue dans un échange de documents, l'exigence de signature ne s'applique pas²⁷². De la même manière, statuant sur le fondement de l'article 7 de la loi indienne de 1996 sur l'arbitrage (qui reprend l'article II-2 de la Convention), la Cour suprême indienne a admis l'existence d'une convention d'arbitrage contenue dans un contrat non signé ayant été échangé entre les parties²⁷³. Cette solution a été adoptée par de nombreuses juridictions²⁷⁴.

²⁶⁹Article 7-4 (Option I) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

²⁷⁰Tribunal supérieur de justice de Catalogne (Espagne), 15 mars 2012, RJ 2012/6120.

²⁷¹Voir, par exemple, Toby Landau, Salim Moollan, “Article II and the Requirement of the Form”, dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 189, et plus précisément p. 244 à 247; Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Arbitration Agreements in Online Business to Business Transactions”, dans *Liber Amicorum K.-H. Böckstiegel (2001)*, p. 355, et plus précisément p. 358 à 362. Force est de reconnaître toutefois que, pris seul, cet argument n'est pas déterminant, car il n'est pas corroboré par le libellé de ce même paragraphe dans les autres langues officielles de la Convention. Par exemple, l'expression employée en français, “[o]n entend par ‘convention écrite’ [...]”, ne permet pas de penser qu'il puisse s'agir d'une liste non exhaustive, mais laisse plutôt entendre qu'il s'agit d'une définition de la “convention écrite”.

²⁷²*Compagnie de Navigation et Transports S.A. c. MSC Mediterranean Shipping Company S.A.*, Tribunal fédéral (Suisse), 16 janvier 1995; *Tradax Export SA c. Amoco Iran Oil Company*, Tribunal fédéral (Suisse), 7 février 1984.

²⁷³*M/S Unissi (Inde) Pvt Ltd. c. Post Graduate Institute of Medical Education and Research*, Supreme Court (Inde), 1^{er} octobre 2008, recours civil n° 6039 de 2008.

²⁷⁴*X c. Y*, Cour suprême (Autriche), 21 février 1978, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 418; *Standard Bent Glass Corp. c. Glassrobots OY*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 20 juin 2003, 02-2169. Voir aussi au stade de l'exécution de la sentence: *Landgericht [LG] de Zweibrücken* (Allemagne), 11 janvier 1978, 6.0 H 1/77; *Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig* (Allemagne), 30 mars 2000, 16 SchH 05/99.

56. À l'opposé, un petit nombre de décisions refusent l'exécution d'une convention d'arbitrage non signée ayant fait l'objet d'un échange par télex²⁷⁵.

57. Les travaux préparatoires et le libellé de l'article II-2 corroborent le principe selon lequel l'exigence de signature ne s'applique pas à un échange de documents. Les rédacteurs de la Convention de New York ont veillé à adopter une exigence de forme écrite souple, qui correspond à la réalité du monde des affaires²⁷⁶. C'est pour cette raison qu'une distinction a été établie entre "une clause compromissoire [...] et un compromis, signés par les parties" "ou" "contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes".

Article II-3

58. En présence d'une convention écrite au sens des paragraphes 1 et 2 de l'article II, le paragraphe 3 de ce même article exige des tribunaux étatiques qu'ils renvoient les parties à l'arbitrage, si l'une des parties au moins le demande, à moins qu'ils ne constatent que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

A. Principes généraux

a) *Obligation de renvoyer les parties à l'arbitrage*

59. Le paragraphe 3 de l'article II dispose que 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 [...]". Ainsi que l'a observé la Cour suprême canadienne, l'objet et le but de l'article II-3 sont de renforcer l'obligation d'exécuter les conventions d'arbitrage²⁷⁷.

²⁷⁵Voir, par exemple, *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financiera Inmobiliaria y Agropecuaria c. Moinho Paulista Ltd*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 17 mai 2006, SEC 866, décision confirmée dans *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financiera Inmobiliaria y Agropecuaria c. Moinho Paulista Ltda.*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 7 mars 2007, demande de clarification de SEC 866.

²⁷⁶Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements relatives au projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/2822/Add.4 (Royaume-Uni); Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 13^e séance, E/CONF.26/SR.13 (représentant de la Conférence de La Haye de droit international privé); Travaux préparatoires, Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, Compte rendu analytique de la 7^e séance, E/AC.42/SR.7 (Suède, Inde); Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 9^e séance, E/CONF.26/SR.9 (représentant de l'Allemagne), p. 3.

²⁷⁷*GreCon Dinter Inc. c. J.R. Normand Inc. et Scierie Thomas-Louis Tremblay Inc.*, Cour suprême (Canada), 22 juillet 2005, 30217.

60. Les travaux préparatoires sont silencieux sur la portée de l'obligation des juridictions de renvoyer les parties à l'arbitrage. L'expression "renverra les parties à l'arbitrage" est tirée du Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses arbitrales, qui énonce, en ses dispositions pertinentes, que "les tribunaux des États contractants [...] renverront les intéressés, à la demande de l'un d'eux, au jugement des arbitres"²⁷⁸. Cette formule a été proposée par la délégation suédoise à la Conférence et adoptée après avoir été modifiée par le Comité de rédaction²⁷⁹.

61. Les juridictions interprètent le mot "renverra" figurant à l'article II-3 comme signifiant que le renvoi à l'arbitrage est obligatoire et ne saurait être laissé à leur appréciation²⁸⁰. En pratique, elles s'acquittent de leur obligation de renvoi des parties à l'arbitrage de deux façons différentes.

62. La première solution, choisie par les juridictions des systèmes de droit romano-germanique, consiste à décliner leur compétence en présence d'une convention d'arbitrage. Par exemple, dans un certain nombre de décisions, les juridictions françaises et suisses ont estimé que, conformément à l'article II de la Convention, la présence d'une convention d'arbitrage les privait de leur compétence et elles ont donc renvoyé les parties à l'arbitrage²⁸¹.

63. La seconde solution, choisie par la plupart des juridictions de *common law*, consiste à surseoir à statuer et, partant, à donner effet à leur obligation d'exécuter les conventions d'arbitrage. À titre d'exemple, la Cour fédérale australienne, interprétant le paragraphe 2 de l'article 7 de la loi australienne sur l'arbitrage international à la lumière de l'article II-3 de la Convention, a estimé que le membre de phrase "renverra les parties à l'arbitrage [...] ne devrait pas être interprété comme

²⁷⁸Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, article 4.

²⁷⁹Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 21^e séance, E/CONF.26/SR.21, p. 18 à 24; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/CONF.26/L.59.

²⁸⁰Voir, par exemple, *Renusagar Power Co. Ltd. c. General Electric Company and anor*, Supreme Court (Inde), 16 août 1984; *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. c. Aksh Optifibre Ltd. and anor*, Supreme Court (Inde), 12 août 2005; *Ishwar D. Jain c. Henri Courier de Mere*, Court of Appeals, Seventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 3 avril 1995, 94-3314; *Aasma et al. c. American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association Inc. (États-Unis)*, Court of Appeals, Sixth Circuit (États-Unis d'Amérique), 29 août 1996, 94-3881, 94-3883; *InterGen NV. (Pays-Bas) c. Grina (Suisse)*, Court of Appeals, First Circuit (États-Unis d'Amérique), 22 septembre 2003, 03-1056; *Ingosstrakh c. Aabis Rederi Sovfrakht*, tribunal municipal de Moscou (ex-URSS), 6 mai 1968, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 206; *Louis Dreyfus Corporation of New York c. Oriana Soc. di Navigazione S.p.a.*, Cour de cassation (Italie), 27 février 1970, 470, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 189; *Nile Cotton Ginning Company c. Cargill Limited*, cour d'appel du Caire (Égypte), 29 juin 2003, 92-7876.

²⁸¹*Société Sysmode S.A.R.L. et Société Sysmode France c. Société Metra HOS et Société SEMA*, cour d'appel de Paris (France), 8 décembre 1988; *Les Tréfileries & Ateliers de Commercys c. Société Philipp Brothers France et Société Derby & Co. Limited*, cour d'appel de Nancy (France), 5 décembre 1980. Voir aussi *Fondation M c. Banque X, Tribunal fédéral (Suisse)*, 29 avril 1996.

obligeant les parties à soumettre leurs différends à l'arbitrage²⁸². Elle explique qu'au contraire les tribunaux étatiques devraient surseoir à statuer, mais ne peuvent imposer aux parties de recourir à l'arbitrage si elles ne le souhaitent pas.

64. Ces deux solutions satisfont à l'obligation des tribunaux des États contractants de renvoyer les parties à l'arbitrage.

65. Les juridictions de certains pays vont jusqu'à délivrer des injonctions antipoursuites pour favoriser l'arbitrage. La Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a notamment estimé que ces injonctions visant à obliger les parties à se conformer à une convention d'arbitrage n'étaient pas contraires à la Convention de New York²⁸³.

b) Nécessité d'une demande d'une partie

66. Conformément au paragraphe 3 de l'article II, l'obligation faite aux tribunaux étatiques de renvoyer les parties à l'arbitrage fait suite "à la demande de l'une d'elles".

67. La question de savoir si une juridiction peut, ou non, renvoyer d'office les parties à l'arbitrage n'est pas expressément tranchée par l'article II-3. Cependant, puisque par définition l'arbitrage repose sur le consentement des parties, celles-ci demeurent libres de renoncer à la convention d'arbitrage antérieurement conclue entre elles. Si aucune des parties ne fait valoir l'existence d'une convention d'arbitrage, la juridiction ne renverra pas d'office les parties à l'arbitrage mais confirmera, en conséquence, sa propre compétence²⁸⁴. Dans de telles situations, les juridictions considèrent souvent que les parties ont renoncé à leur droit de recourir à l'arbitrage.

68. Ainsi, les juridictions américaines estiment généralement que les parties renoncent à leur droit de soumettre leur différend à l'arbitrage lorsqu'elles prennent part "de façon substantielle" à la procédure judiciaire, ou lorsqu'elles cherchent à obtenir l'annulation de la convention d'arbitrage auprès des juridictions d'un autre

²⁸²*Hi-Fert Pty Ltd. c. Kuikiang Maritime Carriers Inc.*, Federal Court (Australie), 26 mai 1998, NG 1100 & 1101 de 1997. Voir aussi *Westco Airconditioning Ltd. c. Sui Chong Construction and Engineering Ltd.*, Court of First Instance, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Hong Kong), 3 février 1998, n° A12848.

²⁸³*Aggeliki Charis Compania Maritima SA c. Pagnan SpA*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 17 mai 1994; *Midgulf International Ltd. c. Groupe Chimique Tunisien*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 10 février 2010, A3/2009/1664; A3/2009/1664(A); A3/2009/1664(B); A3/2009/1664(C).

²⁸⁴Voir, par exemple, *British Telecommunications Plc c. SAE Group Inc.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 18 février 2009, HT-08-336, [2009] EWHC 252 (TCC).

pays²⁸⁵. Pour déterminer si la conduite des parties équivalait à une renonciation à leur droit de recourir à l'arbitrage, une juridiction brésilienne a estimé qu'une telle renonciation devait être clairement établie; à savoir que toutes les parties devaient avoir agi d'une manière qui démontre sans doute possible leur volonté de renoncer à la convention d'arbitrage²⁸⁶.

69. Comme il ressort des travaux préparatoires, les rédacteurs envisageaient la possibilité que les parties omettent d'invoquer l'existence d'une convention d'arbitrage au cours de la procédure devant les juridictions nationales. Ils ont, en effet, spécifiquement supprimé l'expression "d'office" figurant dans une précédente version du paragraphe 3 du projet d'article II, afin de ménager aux parties une plus grande liberté et de leur laisser la possibilité de renoncer à leur droit de voir un différend réglé par l'arbitrage²⁸⁷.

c) *Questions au sujet desquelles il existe une convention*

70. Le paragraphe 3 de l'article II limite la portée de l'obligation de renvoyer les parties à l'arbitrage aux "question[s] au sujet [desquelles]" il existe une convention écrite telle que définie aux paragraphes 1 et 2 de cet article.

71. La Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a indiqué que, conformément tant à la loi anglaise de 1975 sur l'arbitrage qu'à la Convention de New York, les tribunaux étatiques "sont tenus de renvoyer un différend à l'arbitrage s'il concerne toute question devant faire l'objet d'un renvoi"²⁸⁸. Pour interpréter le mot "question", la Cour fédérale australienne s'est appuyée sur l'approche de la Convention favorable à l'arbitrage et a estimé que ce terme avait une "large portée" et ne se limitait pas, aux fins de l'article 7-2 b) de la loi australienne sur l'arbitrage (qui est similaire à l'article II-3 de la Convention), aux seules questions soulevées par les conclusions des parties²⁸⁹.

²⁸⁵*Anna Dockeray c. Carnival Corporation*, District Court, Southern District of Florida, Miami Division (États-Unis d'Amérique), 11 mai 2010, 10-20799; *Apple & Eve LLC c. Yantai North Andre Juice Co. Ltd*, District Court, Eastern District of New York (États-Unis d'Amérique), 27 avril 2009, 07-CV-745 (JFB)(WDW).

²⁸⁶*Companhia Nacional de Cimento Portland — CNCP c. CP Cimento e Participações S/A*, tribunal de justice de Rio de Janeiro (Brésil), 18 septembre 2007, recours civil 24.798/2007. À comparer avec *L'Aiglon S/A c. Têxtil União S/A*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 18 mai 2005, SEC 856 (chapitre du Guide consacré à l'article II, par. 22), décision dans laquelle le Tribunal a estimé que la participation à la procédure arbitrale valait consentement à l'arbitrage.

²⁸⁷Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 24^e séance, E/CONF.26/SR.24.

²⁸⁸*Kammgarn Spinnerei GmbH c. Nova (Jersey) Knit Ltd*, Court of Appeal (Angleterre), 2 avril 1976.

²⁸⁹*Casaceli c. Natuzzi S.p.A. (formerly known as Industrie Natuzzi S.p.A.)*, Federal Court (Australie), 29 juin 2012, NSD 396 de 2012. Voir aussi *CTA International Pty Ltd. c. Sichuan Changhong Electric Co.*, Supreme Court of Victoria (Australie), 6 septembre 2002, 4278 de 2001.

72. Pour établir si un différend ou un grief donné tombent sous le coup de l'obligation de renvoi des parties à l'arbitrage, les juridictions nationales apprécient la portée de la convention d'arbitrage²⁹⁰. Par exemple, une juridiction australienne a sursis à statuer en vertu du paragraphe 2 de l'article 7 de la loi sur l'arbitrage (donnant effet à l'article II-3 de la Convention de New York) en interprétant la convention d'arbitrage qui était formulée en termes généraux et qui visait "tout différend découlant du présent accord ou de son exécution [...]". La Cour a conclu que les griefs liés à l'exécution de l'accord entraient dans le champ d'application de la convention d'arbitrage²⁹¹. Inversement, lorsque les parties ont volontairement exclu certaines questions du champ d'application de leur convention d'arbitrage, les juridictions les renvoient à l'arbitrage pour autant que le différend ne fasse pas partie des questions exclues²⁹².

73. De la même manière, pour déterminer si elle devait ou non renvoyer le différend devant un arbitre, en vertu tant de la loi fédérale sur l'arbitrage que de la Convention, la cour d'appel de la onzième circonscription des États-Unis a apprécié si le litige portait sur les contrats de travail en cause, découlait de ces contrats ou présentait un lien avec eux. Elle a estimé que les allégations de détention arbitraire, détresse émotionnelle causée intentionnellement, destruction de preuves, atteinte à la vie privée et mensonge ne présentaient pas de lien avec la relation employeur/salarié existant entre les parties et n'entraient donc pas dans le champ d'application de la clause compromissoire²⁹³.

d) *Mesures provisoires ou conservatoires*

74. L'obligation de renvoyer les parties à l'arbitrage ne s'applique pas aux mesures provisoires ou conservatoires, sauf si la convention d'arbitrage elle-même mentionne ces mesures. La plupart des juridictions se déclarent compétentes pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'une procédure d'arbitrage, sur demande d'une partie, indépendamment de l'existence d'une convention d'arbitrage²⁹⁴.

²⁹⁰*Nicola c. Ideal Image Development Corporation Inc.*, Federal Court (Australie), 16 octobre 2009, NSD 1738 de 2008; *Commonwealth Development, Corp c. Montague*, Supreme Court of Queensland (Australie), 27 juin 2000, recours n° 8159 de 1999, DC n° 29 de 1999.

²⁹¹*CTA International Pty Ltd. c. Sichuan Changhong Electric Co.*, Supreme Court of Victoria (Australie), 6 septembre 2002, 4278 de 2001.

²⁹²*Société Générale Assurance Méditerranéenne — G.A.M. c. Société FSA-RE et S.A. Garantie Assistance*, cour d'appel de Paris (France), 14 mars 2008, 07/16773.

²⁹³*Jane Doe c. Princess Cruise Lines, LTD., a foreign corporation, d.b.a. Princess Cruises*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 septembre 2011, 10-10809.

²⁹⁴*Hi-Fert Pty Ltd. c. Kuikiang Maritime Carriers Inc.*, Federal Court (Australie), 26 mai 1998, NG 1100 & 1101 de 1997; *Société Fieldworks-INC c. Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, cour d'appel de Versailles (France), 4 juillet 1996, 3603/96, 3703/96, 3998/96; *Toyota Services Afrique (TSA) c. Société Promotion de Représentation Automobiles (PREMOTO)*, Cour suprême (Côte d'Ivoire), OHADA, 4 décembre 1997, arrêt n° 317/97.

75. Par exemple, une juridiction française a confirmé que l'existence d'une convention d'arbitrage ne faisait pas obstacle à ce que l'une des parties obtienne une décision provisoire urgente, dans la mesure où elle n'impliquait pas un examen au fond²⁹⁵. La Cour fédérale australienne a estimé de la même manière que l'existence d'une clause compromissoire, applicable par ailleurs, n'interdisait pas à une partie de demander le prononcé d'injonctions ou de mesures à caractère déclaratif²⁹⁶.

76. Certains commentateurs ont confirmé que la compétence des juridictions nationales pour prononcer des mesures provisoires n'est pas incompatible avec la Convention de New York, car elle ne préjuge pas du fond du litige²⁹⁷.

B. L'exécution des conventions d'arbitrage en vertu de l'article II-3

77. Le paragraphe 3 de l'article II impose aux tribunaux étatiques de renvoyer les parties à l'arbitrage, à moins qu'ils ne constatent que la convention invoquée est "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée".

78. Ni les travaux préparatoires ni le texte de la Convention ne donnent d'indication quant au critère d'examen devant être appliqué par les juridictions nationales dans le cadre de cet exercice. Ils ne fournissent aucune autre explication non plus concernant les termes "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée".

a) Critère d'examen

79. La Convention de New York ne traite pas la question du critère d'examen devant être appliqué aux conventions d'arbitrage dans le cadre de l'article II-3²⁹⁸.

²⁹⁵*Société Fieldworks-INC c. Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, cour d'appel de Versailles (France), 4 juillet 1996. La nouvelle législation française relative à l'arbitrage, de 2011, limite la compétence des juridictions françaises en matière de prononcé de mesures provisoires ou conservatoires à la période antérieure à la constitution du tribunal arbitral: voir l'article 1449 du Code français de procédure civile.

²⁹⁶*Electra Air Conditioning BV c. Seeley International Pty Ltd*, Federal Court (Australie), 8 octobre 2008, SAD 16 de 2008.

²⁹⁷Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, "Article II", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 37, et plus précisément p. 139 à 144.

²⁹⁸La même conclusion peut être tirée de la jurisprudence concernant l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, voir UNCITRAL, *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, article 16 (2012), p. 75 et 76, par. 3, disponible à l'adresse www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf (version anglaise uniquement).

80. Deux tendances se dessinent dans la jurisprudence. Certaines juridictions se livrent à un examen complet de la convention d'arbitrage afin d'apprécier si elle est "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée", alors que d'autres se contentent d'un examen sommaire ou *prima facie*, lui-même susceptible de prendre différentes formes et d'avoir différentes caractéristiques.

81. La Convention n'interdisant aux tribunaux étatiques ni d'effectuer un examen *prima facie* de la convention d'arbitrage²⁹⁹, ni de se livrer à un examen complet portant sur son existence et sa validité, aucune de ces deux approches ne saurait être considérée comme incompatible avec elle.

82. Certains pays, notamment l'Italie et l'Allemagne, ont opté pour un examen complet de la convention d'arbitrage.

83. La Cour de cassation italienne a estimé que l'article II-3 autorise les tribunaux nationaux à apprécier la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage, faisant observer que l'examen de la validité de la convention d'arbitrage relève intrinsèquement du pouvoir de la juridiction nationale saisie³⁰⁰.

84. Sans renvoyer expressément à la Convention, les juridictions allemandes effectuent également un examen complet de la convention d'arbitrage lorsqu'elles apprécient si elles doivent renvoyer les parties à l'arbitrage. Elles se fondent pour ce faire sur le Code allemand de procédure civile, qui prévoit expressément qu'avant la constitution du tribunal arbitral, une partie peut saisir une juridiction pour qu'elle statue sur la recevabilité ou l'irrecevabilité de la procédure d'arbitrage³⁰¹. À titre d'exemple, la Cour suprême fédérale allemande s'est fondée sur l'article 1032 du Code de procédure civile pour effectuer un examen complet d'une convention d'arbitrage contenue dans un contrat-type de consommation. Elle a estimé que, sans préjudice du principe de compétence-compétence, la juridiction inférieure avait fait erreur en limitant son examen de la convention d'arbitrage, car la compétence des juridictions nationales ne saurait être limitée par un accord entre les parties. Ayant confirmé que la convention d'arbitrage satisfaisait aux conditions de forme et de fond posées par la législation allemande, elle a renvoyé les parties à l'arbitrage³⁰². Les commentateurs allemands confirment que les juridictions

²⁹⁹Ce point de vue est reflété dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, dont l'article 8-1 *in fine* reprend le texte de l'article II-3 de la Convention: Frédéric Bachand, "Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?", 22 Arb. Int'l (2006), p. 463.

³⁰⁰*Heraeus Kulzer GmbH c. Dellatorre Vera SpA*, Cour de cassation (Italie), 5 janvier 2007, 35.

³⁰¹Voir l'article 1032 du Code de procédure civile (ZPO).

³⁰²Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 13 janvier 2005, III ZR 265/03.

allemandes adoptent la même solution lorsqu'elles se fondent sur la Convention de New York³⁰³.

85. Dans d'autres pays, l'examen de la convention d'arbitrage se limite à une analyse sommaire visant à confirmer que cette convention n'est pas *prima facie* "caduque, inopérante et non susceptible d'être appliquée"³⁰⁴.

86. Ainsi, en France, les juridictions appliquent une règle de l'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage. Elles estiment que le juge n'est pas habilité à effectuer une analyse approfondie de la convention d'arbitrage et doit renvoyer les parties à l'arbitrage, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle³⁰⁵.

87. De la même manière, en Inde, la Cour suprême s'est fondée sur l'esprit de la Convention de New York, et son approche favorable à l'exécution des conventions d'arbitrage, afin de déterminer le critère d'examen auquel soumettre ces dernières. Dans l'affaire *Sin-Etsu*, elle a estimé que, bien que rien dans le libellé de l'article II-3 lui-même "n'indique si la nature de la convention d'arbitrage devrait être tranchée *ex facie* ou *prima facie*, le fait d'exiger qu'elle soit seulement établie *prima facie* sert mieux l'objectif de la Convention de New York, qui est de permettre un arbitrage rapide en évitant toute intervention non indispensable des autorités judiciaires"³⁰⁶. La Cour a souligné qu'un examen *prima facie* de la convention d'arbitrage au stade préarbitral permettait d'accélérer la procédure arbitrale

³⁰³Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, "Article II", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 37, et plus précisément p. 99 et 100; Peter Huber, "Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court", dans *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (K. H. Böckstiegel, S. Kröll et P. Nacimiento, dir. publ., 2007), p. 139, et plus précisément p. 143 et 144, par. 15.

³⁰⁴Pour un argument en faveur du critère de l'examen *prima facie*, voir R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, "The 'Null and Void' Provision of the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 275, et plus précisément p. 280 à 286; Yas Banifatemi, Emmanuel Gaillard, "Negative Effect of Competence-Competence — The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 257; Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 407 et 408. *Contra*, voir Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, "Remarques sur l'application de l'article II de la Convention de New York (Arrêt du Tribunal fédéral du 16 janvier 1995)", 13 ASA Bull., (1995), p. 383, et plus précisément p. 388 et 389.

³⁰⁵*Legal Department du Ministère de la justice de la République d'Iraq c. Société Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Société Finmeccanica et Société Armamenti E Aerospazio*, cour d'appel de Paris (France), 15 juin 2006; *SA Groupama transports c. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Cour de cassation (France), 21 novembre 2006, 05-21.818; *Sté A.B.S. American Bureau of Shipping c. Copropriété maritime Jules Verne et autres*, cour d'appel de Paris (France), 4 décembre 2002; *Société Generali France Assurances et autres c. Société Universal Legend et autres*, cour de cassation (France), 11 juillet 2006, 05-18.681. La nouvelle législation française de 2011 relative à l'arbitrage confirme que l'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage par les juridictions étatiques n'est plus possible une fois que le tribunal arbitral est saisi (voir l'article 1448 du Code français de procédure civile).

³⁰⁶*Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. (Japon) c. Aksh Optifibre Ltd. and anr. (Inde)*, Supreme Court (Inde), 12 août 2005, recours (civil) 5048 de 2005; Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, "Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement", N.Y.L.J., 1^{er} décembre 2005, p. 3. Voir aussi *JS Ocean Liner LLC c. MV Golden Progress, Abhoul Marine LLC*, High Court de Bombay (Inde), 25 janvier 2007.

tout en garantissant une possibilité équitable de contester la sentence arbitrale à l'issue de la procédure judiciaire.

88. Au Venezuela, le Tribunal suprême de justice s'est fondé sur le principe de la compétence-compétence et sur l'article II-3 de la Convention pour conclure qu'il ne pouvait pas effectuer d'examen complet de la convention d'arbitrage, mais devait plutôt se limiter à un examen sommaire pour savoir si la convention d'arbitrage est "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée". Il a estimé en outre que, lorsqu'elles appliquent le critère de l'examen *prima facie*, les juridictions vénézuéliennes devraient se contenter d'apprécier s'il existe une convention d'arbitrage écrite et ne pas s'engager dans l'analyse de la question de savoir si les parties ont consenti à l'arbitrage³⁰⁷.

89. Le critère de l'examen *prima facie* est également utilisé aux Philippines, suite à l'adoption du Règlement spécial des tribunaux sur les modes alternatifs de règlement des litiges (le "Règlement spécial sur les MARL"), lequel consiste dans des lignes directrices énoncées par la Cour suprême et s'imposant aux juridictions inférieures. L'article 2.4 du Règlement prévoit expressément un examen sommaire pour déterminer si la convention d'arbitrage est "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée"³⁰⁸. La même approche a été adoptée à Singapour³⁰⁹.

90. Dans un certain nombre de pays, les juridictions ont adopté un critère d'examen *prima facie*, tout en limitant la portée de cet examen à certaines situations ou questions.

91. Par exemple, les juridictions suisses appliquent un critère d'examen sommaire dans la mesure où la convention d'arbitrage désigne la Suisse comme siège de l'arbitrage³¹⁰. Dans une telle hypothèse, le Tribunal fédéral suisse a estimé que l'examen de la juridiction saisie se limitait à un contrôle de l'existence et de la validité *prima facie* d'une clause compromissoire³¹¹. En revanche, lorsque la convention d'arbitrage fixait un lieu d'arbitrage situé en dehors de la Suisse, le Tribunal fédéral

³⁰⁷ *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. c. Oceanlink Offshore A.S.*, Tribunal suprême de justice (Venezuela), 10 novembre 2011, Exp. n° 09-0573, XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 496.

³⁰⁸ Article 2.4, Special Rules of Court on Alternative Dispute Resolution. Voir *Arbitration in the Philippines under the Alternative Dispute Resolution Act of 2004* R.A. 9285 (E. Lizares, dir. publ., 2011), p. 200 à 212, par. 11.01 et 11.02.

³⁰⁹ *Tomolugen Holdings c. Silica Investors Ltd. and other appeals*, Court of Appeal de Singapour, 26 octobre 2015.

³¹⁰ Sur le point de savoir si cette solution devrait être étendue à toutes les conventions d'arbitrage, voir avis favorable: Emmanuel Gaillard, "La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence", dans *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution — Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (G. Aksen *et al.*, dir. publ., 2005), p. 311. Avis défavorable: Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, "Remarques sur l'application de l'Article II de la Convention de New York", 13 *ASA Bull.* (1995), p. 383.

³¹¹ *Fondation M c. Banque X*, Tribunal fédéral (Suisse), 29 avril 1996.

a jugé qu'il avait compétence pour procéder à un examen complet de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage³¹².

92. Au Canada, les juridictions ont adopté un critère d'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage, en limitant toutefois la portée de cet examen aux questions de fait. Elles sont donc habilitées à effectuer un examen complet de la convention d'arbitrage pour autant que la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur des "question[s] de droit". Ce principe a été posé par la Cour suprême canadienne dans l'affaire *Dell*. Ayant exposé les deux courants de pensée existant à propos du critère d'examen, elle a estimé que, si un tribunal étatique peut, conformément à l'article II-3 de la Convention, se prononcer sur la "caducité, le caractère inopérant ou l'inapplicabilité de la clause", il n'a pas pour autant l'obligation de se prononcer avant que les arbitres ne le fassent. La Cour a poursuivi en estimant que, de manière générale, "toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier" conformément au principe de compétence-compétence³¹³. Cependant, si la Cour suprême canadienne a clairement fait du critère d'examen sommaire une règle générale, elle a ensuite limité le pouvoir des arbitres de statuer sur leur propre compétence aux seuls faits de l'espèce, confirmant ainsi que les juges ont le pouvoir de statuer sur la compétence des arbitres en ce qui concerne les questions de droit et d'apprécier si la contestation de la compétence de ces derniers constitue une manœuvre dilatoire.

93. En Angleterre, les juridictions ont entériné le principe selon lequel le tribunal arbitral doit être le premier tribunal à statuer sur sa compétence, mais elles ont limité sa portée à maints égards. Dans une décision marquante rendue en l'affaire *Fiona Trust*³¹⁴, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a conclu qu'"il convient en principe que le tribunal arbitral soit le premier à apprécier s'il est compétent pour connaître du litige". Elle a cependant également estimé que les juges demeuraient compétents pour trancher la question de l'existence même d'une convention d'arbitrage. Se fondant sur l'arrêt *Fiona Trust*, la Haute Cour de justice a expliqué, dans la décision qu'elle a rendue en l'affaire *Albon*, que le tribunal arbitral était certes compétent pour statuer sur la question de savoir si la convention d'arbitrage avait effectivement été conclue, conformément au principe de compétence-compétence, mais que ce principe "n'interdit en rien à la juridiction saisie de trancher elle-même cette question"³¹⁵. Elle a estimé qu'avant de surseoir à statuer et de renvoyer les parties à l'arbitrage, conformément au paragraphe 1 de l'article 9

³¹²*Compagnie de Navigation et Transports S.A. c. MSC Mediterranean Shipping Company S.A.*, Tribunal fédéral (Suisse), 16 janvier 1995; Tribunal fédéral (Suisse), 25 octobre 2010, 4 A 279/2010.

³¹³*Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs et Olivier Dumoulin*, Cour suprême (Canada), 13 juillet 2007.

³¹⁴*Fiona Trust & Holding Corp. c. Privalov*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 24 janvier 2007, 2006 2353 A3 QBCMF, décision confirmée dans *Fili Shipping Co. Ltd. and others c. Premium Nafta Products Ltd. and others*, House of Lords (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007.

³¹⁵*Albon (t/a NA Carriage Co) c. Naza Motor Trading Sdn Bhd*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 29 mars 2007, HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch).

de la loi de 1996 sur l'arbitrage³¹⁶, elle devait avoir établi i) qu'il existe une convention d'arbitrage valide et ii) que le litige relève de son champ d'application. Représentant ce processus en deux étapes dans l'affaire *Berezovsky*, la Cour d'appel a estimé que le sursis à statuer serait accordé si le demandeur parvenait à prouver, sur la base de l'hypothèse la plus vraisemblable, que la convention d'arbitrage existe et qu'elle semble couvrir les questions litigieuses³¹⁷.

94. En pratique, lorsqu'une juridiction est convaincue qu'une convention d'arbitrage existe et que le litige relève de son objet conformément au paragraphe 1 de l'article 9 de la loi de 1996 sur l'arbitrage, elle accorde le sursis à statuer, conformément au paragraphe 4 du même article (lequel donne effet à l'article II-3 de la Convention), à moins qu'elle ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée³¹⁸. Conformément à la décision de la Haute Cour de justice rendue en l'affaire *A c. B.*, les juridictions doivent effectuer une analyse des coûts en vue de déterminer si la question de savoir si la convention d'arbitrage est "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée" devrait être tranchée par le tribunal arbitral ou par le juge³¹⁹. La Haute Cour a estimé que la solution adoptée "dépendra largement de la mesure dans laquelle la résolution de cette question supposera des constatations concernant les faits ayant un impact sur le contenu des droits et obligations des parties déjà en cause et du point de savoir si, de manière générale, le procès peut se limiter à un périmètre d'investigation assez circonscrit ou s'il est probable qu'il débordera largement sur les questions litigieuses au fond. Dans ce dernier cas, il est plus probable que l'instance adéquate pour trancher des questions de compétence sera le tribunal arbitral, sous réserve qu'il possède la compétence de sa compétence." Cette solution a été uniformément suivie par les juridictions anglaises³²⁰.

95. Aux États-Unis d'Amérique, les juridictions ont envisagé le problème du critère d'examen en se posant la question de savoir si c'est la juridiction nationale ou le tribunal arbitral qui dispose de la "compétence principale" pour décider de la

³¹⁶Le paragraphe 1 de l'article 9, de la loi anglaise de 1996 sur l'arbitrage donne effet à l'article II de la Convention. Il dispose: "Une partie à une convention d'arbitrage contre laquelle une procédure judiciaire a été engagée (par une demande principale ou reconventionnelle) au sujet d'une question qui, aux termes de la convention doit être soumise à l'arbitrage, peut (en le notifiant aux autres parties à l'instance) demander à la juridiction devant laquelle la procédure a été engagée de surseoir à statuer dans la mesure où ladite procédure touche à cette question."

³¹⁷*Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' c. Berezovsky & Ors*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 2 juillet 2013, [2013] EWCA Civ 784.

³¹⁸*Golden Ocean Group Ltd. c. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd. & anr*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 16 mai 2013, [2013] EWHC 1240; *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' c. Berezovsky & Ors*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 2 juillet 2013, [2013] EWCA Civ 784.

³¹⁹*A c. B.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 28 juillet 2006, 2005 FOLIO 683, [2006] EWHC 2006 (Comm).

³²⁰*Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' c. Berezovsky & Ors*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 2 juillet 2013, [2013] EWCA Civ 784; *Golden Ocean Group Ltd. c. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd. & anr*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 16 mai 2013, [2013] EWHC 1240.

validité d'une convention d'arbitrage. Le précédent faisant autorité en la matière, bien qu'il ne fasse pas référence à la Convention de New York, est une décision de la Cour suprême rendue dans l'affaire *First Options*³²¹.

96. Dans cette affaire, la Cour suprême a estimé qu'il existe une présomption en faveur de la compétence des juges pour trancher la question de savoir si le tribunal arbitral est compétent, à moins que les parties ne soient expressément convenues dans leur convention d'arbitrage de soumettre cette question audit tribunal arbitral. Néanmoins, lorsque la juridiction saisie est convaincue qu'une convention d'arbitrage existe et qu'elle satisfait aux exigences de la loi fédérale sur l'arbitrage, comme à celles de la Convention, la Cour suprême a jugé que la présomption est renversée en faveur du tribunal arbitral³²².

97. Les juridictions américaines ont considéré que les parties étaient convenues de donner compétence aux arbitres pour statuer sur l'existence et la validité d'une convention d'arbitrage lorsque le règlement d'arbitrage les y autorisait expressément. Par exemple, la cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis a jugé qu'une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI constituait "une preuve claire et incontestable de l'intention des parties" de laisser le soin aux arbitres de statuer sur leur propre compétence³²³. Une telle "preuve claire et incontestable" a également été déduite de conventions d'arbitrage précisant que "tout" différend devait être réglé par voie d'arbitrage³²⁴.

98. En l'absence de preuve claire et incontestable de l'intention des parties, la Cour suprême a jugé, dans l'affaire *Prima Paint*, que si une demande concernait "la formation" de la convention d'arbitrage, les juges étaient compétents³²⁵. Les décisions ultérieures appliquant la Convention de New York ont suivi le même raisonnement³²⁶. Pour cela, les juges ont considéré que tant la contestation de l'existence

³²¹*First Options of Chicago Inc. c. Kaplan*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 22 mai 1995, 514 United States 938 (1995). Voir aussi William Park, "The Arbitrability Dicta in *First Options v. Kaplan*: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?", 12 Arb. Int'l (1996), p. 137, réédité dans 11 Int'l Arb. Rep. (1996), p. 28.

³²²*First Options of Chicago Inc. c. Kaplan*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 22 mai 1995, 514 United States 938 (1995).

³²³*Republic of Ecuador c. Chevron Corp. (États-Unis)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 17 mars 2011, 10-1020-cv (L), 10-1026 (Con). Pour un raisonnement similaire concernant le Règlement d'arbitrage de l'AAA, voir aussi *JSC Surgutneftegaz c. President and fellows of Harvard College*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 3 août 2005, 04 Civ. 6069 (RCC).

³²⁴*Oriental Republic of Uruguay, et al. c. Chemical Overseas Holdings, Inc., et Chemical Overseas Holdings, Inc. and others c. República Oriental del Uruguay, et al.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 24 janvier 2006, 05 Civ. 6151 (WHP) et 05 Civ. 6154 (WHP), XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 1406.

³²⁵*Prima Paint Corporation c. Flood & Conklin MFG*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 12 juin 1967, 388 United States 395 (87 S.Ct. 1801, 18 L.Ed.2d 1270).

³²⁶Voit, par exemple, *Phoenix Bulk Carriers Ltd. c. Oldendorff Carriers GmbH & Co., KG*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 6 novembre 2002, 2002 United States Dist. LEXIS 21421, XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 1088.

du contrat contenant la convention d'arbitrage que la contestation de la validité de celle-ci relevaient de la "formation" de la convention d'arbitrage et devaient donc être tranchées par le juge³²⁷. Par exemple, dans la décision *Sphere Drake*, la cour d'appel de la deuxième circonscription a jugé que "si une partie fait valoir qu'un contrat est nul et fournit des preuves à l'appui de ses allégations, alors cette partie n'a pas besoin d'invoquer spécifiquement la nullité de la clause compromissoire figurant dans ce contrat et elle est fondée à voir [cette question tranchée par un juge]"³²⁸. De la même manière, dans l'affaire *Nanosolutions*, le tribunal de district de Columbia, se fondant sur la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Buckeye*, a estimé que "les contestations [portant spécifiquement sur] la validité de la convention d'arbitrage pouvaient être tranchées par le présent Tribunal"³²⁹. Cependant, pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage, les juridictions nationales ont effectué un "examen très sommaire", conforme à "la politique fédérale résolument en faveur de l'arbitrage" qui découle de la loi fédérale sur l'arbitrage donnant effet à la Convention de New York³³⁰.

99. En revanche, lorsqu'elles se sont trouvées face à une contestation de la validité du contrat dans son ensemble, les juridictions américaines ont renvoyé les parties à l'arbitrage, sur le fondement tant de la Convention de New York que de la loi fédérale sur l'arbitrage³³¹.

b) *Examen par les tribunaux étatiques de l'existence et de la validité d'une "convention écrite"*

100. Le paragraphe 3 de l'article II exige que les tribunaux nationaux renvoient les parties à l'arbitrage "à moins [qu'ils ne constatent] que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée".

³²⁷*The Canada Life Assurance Company c. The Guardian Life Insurance Company of America*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 22 janvier 2003, 242 F. Supp. 2d 344; *Guang Dong Light Headgear Factory c. ACI International, Inc.*, District Court, District of Kansas (États-Unis d'Amérique), 10 mai 2005, 03-4165-JAR; *Dedon GMBH and Dedon Inc. c. Janus et CIE*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 6 janvier 2011, 10-4331.

³²⁸*Sphere Drake Insurance Limited c. Clarendon America Insurance Company*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 28 août 2001, 00-9464, XXVII Y.B. Com. Arb. (2002), p. 700.

³²⁹*Nanosolutions, LLC et al. c. Rudy Prajza, et al.*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 2 juin 2011, 10-1741.

³³⁰*Bautista c. Star Cruises and Norwegian Cruise Line, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida (États-Unis d'Amérique), 14 octobre 2003, 03-21642-CIV. Voir aussi *Agnelo Cardoso c. Carnival Corporation*, District Court, Southern District of Florida (États-Unis d'Amérique), 15 mars 2010, 09-23442-CIV-GOLD/MCALLEY; *Boston Telecommunications Group, Inc. et al. c. Deloitte Touche Tohmatsu, et al.*, District Court, Northern District of California (États-Unis d'Amérique), 7 août 2003, C 02-5971 JSW.

³³¹*Prima Paint Corporation c. Flood & Conklin MFG*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 12 juin 1967, 388 United States 395 (87 S.Ct. 1801, 18 L.Ed.2d 1270); *Sphere Drake Insurance Limited c. Clarendon America Insurance Company*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 28 août 2001, 00-9464, XXVII Y.B. Com. Arb. (2002), p. 700; *Nanosolutions, LLC et al. c. Rudy Prajza, et al.*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 2 juin 2011, 10-1741; *Ascension Orthopedics, Inc. c. Curasan AG*, District Court, Western District of Texas, Austin Division (États-Unis d'Amérique), 20 septembre 2006, A-06-CA-424 LY.

101. Les juridictions des États-Unis ont jugé que les motifs de refus de renvoyer les parties à l'arbitrage énumérés à l'article II-3 sont exhaustifs³³². De la même manière, une juridiction indienne a estimé qu'en vertu de l'article II-3, il n'existe que trois motifs de refuser l'exécution d'une convention d'arbitrage: i) la convention est caduque; ii) la convention est inopérante; et iii) la convention n'est pas susceptible d'être appliquée³³³.

102. Cependant, la cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis a estimé qu'elle était compétente pour déterminer si une convention d'arbitrage existait avant de renvoyer le différend aux arbitres³³⁴. En statuant ainsi, elle n'a fait aucune référence aux exceptions prévues à l'article II-3.

i) "Caduque"

103. Le paragraphe 3 de l'article II de la Convention ne donne aucune indication au sujet du critère juridique permettant de déterminer si une convention d'arbitrage est ou non caduque. Certaines juridictions estiment que la question doit être tranchée conformément au droit interne applicable, à savoir soit la *lex fori*³³⁵, soit le droit applicable en vertu de la règle de conflit de lois figurant à l'article V-1 a) de la Convention³³⁶.

104. Les juridictions américaines et anglaises ont défini le terme "caduque" comme "dépourvu d'effet juridique"³³⁷. En pratique, elles ont appliqué une norme internationale concernant les exceptions tirées du droit des contrats. Conformément à une jurisprudence bien établie, les juridictions des États-Unis ont statué sur le motif ayant trait à la caducité conformément "aux moyens de défense qui sont invoqués classiquement en matière de contravention aux contrats et qui peuvent

³³²*Lindo (Nicaragua) c. NCL (Bahamas), Ltd. (Bahamas)*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 29 août 2011, 10-10367; *Aggarao (Philippines) c. MOL Ship Management Company Ltd. (Japon), Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japon), World Car Careers (Liban)*, Court of Appeals, Fourth Circuit (États-Unis d'Amérique), 16 mars 2012, 10-2211.

³³³*Gas Authority of India Ltd. c. Spie Capag SA and ors*, High Court de Delhi (Inde), 15 octobre 1993, affaire n° 1440, IA n° 5206. Voir aussi au Canada: *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corporation*, Cour d'appel de l'Ontario (Canada), 17 février 1994.

³³⁴*Dedon GMBH and Dedon Inc. c. Janus et CIE*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 6 janvier 2011, 10-4331.

³³⁵Piero Bernardini, "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", dans *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (A.J. van den Berg, dir. publ., 1999), p. 197, et plus précisément p. 200.

³³⁶Tribunal fédéral (Suisse), 21 mars 1995, 5C.215/1994/lit.

³³⁷*Rhone Mediterranee Compagnia Francese c. Lauro*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 6 juillet 1983, 82-3523. Voir aussi *Albon (t/a NA Carriage Co) c. Naza Motor Trading Sdn Bhd*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 29 mars 2007, HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch); *Golden Ocean Group Ltd. c. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd. & anr*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 16 mai 2013, [2013] EWHC 1240.

être appliqués de manière neutre au niveau international, tels que la tromperie, l'erreur, la contrainte, la renonciation"³³⁸. En appliquant ces normes internationales, les juridictions américaines ont opté pour une interprétation restrictive conformément à "une approche générale favorable à l'exécution des conventions d'arbitrage"³³⁹. Aussi les juridictions ont-elles rejeté le moyen selon lequel la convention d'arbitrage serait caduque et non susceptible d'être appliquée parce que contraire à l'ordre public des États-Unis, en motivant leur rejet par le fait que ce moyen "ne pourrait pas être appliqué de manière neutre au niveau international et, en outre, ne saurait s'imposer face à l'approche favorable à l'arbitrage"³⁴⁰.

105. Par ailleurs, des parties ont cherché à obtenir l'annulation de conventions d'arbitrage et à se dégager de leur obligation de soumettre leurs différends à l'arbitrage en invoquant la nullité du contrat principal contenant la convention. La grande majorité des juridictions a établi une distinction entre l'invalidité du contrat et l'invalidité de la convention d'arbitrage, conformément au principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage — parfois aussi appelé principe de l'autonomie de la clause compromissoire.

106. Dans l'arrêt *Fiona Trust*, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a suspendu la procédure judiciaire introduite devant elle, conformément au paragraphe 1 de l'article 9 de la loi de 1996 sur l'arbitrage (donnant effet à l'article II-1 de la Convention de New York), car le demandeur avait invoqué l'invalidité du contrat principal sans contester la validité de la convention d'arbitrage elle-même³⁴¹. S'appuyant largement sur le principe d'autonomie de la clause compromissoire, la Cour d'appel a jugé que le moyen tiré de l'invalidité du contrat principal, mais non dirigé spécifiquement contre la convention d'arbitrage, devait être apprécié par les arbitres. De la même manière, une juridiction néerlandaise a estimé que "la validité de la convention d'arbitrage doit être appréciée séparément, indépendamment de la validité du contrat principal au sujet

³³⁸*St. Hugh Williams c. NCL (Bahamas) LTD.*, d.b.a. NCL., Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 9 juillet 2012, 11-12150; *Allen c. Royal Caribbean Cruise, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida (États-Unis d'Amérique), 29 septembre 2008, 08-22014.

³³⁹*Rhone Mediterranee Compagnia Francese c. Lauro*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 6 juillet 1983, 82-3523; *Anna Dockeray c. Carnival Corporation*, District Court, Southern District of Florida, Miami Division (États-Unis d'Amérique), 11 mai 2010, 10-20799; *Oriental Commercial and Shipping (Royaume-Uni) c. Rosseel, N.V. (Belgique)*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 4 mars 1985, 84 Civ. 7173 (PKL).

³⁴⁰*Allen c. Royal Caribbean Cruise, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida (États-Unis d'Amérique), 29 septembre 2008, 08-22014. Voir aussi *Aggarao (Philippines) c. MOL Ship Management Company Ltd. (Japon)*, *Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japon)*, *World Car Careers (Liban)*, Court of Appeals, Fourth Circuit (États-Unis d'Amérique), 16 mars 2012, 10-2211; *Ledee (Puerto Rico) c. Ceramiche Ragno (Italie)*, Court of Appeals, First Circuit (États-Unis d'Amérique), 4 août 1982, 684 F.2d 184, 821057. En ce qui concerne le moyen tiré du caractère léonin du contrat, voir *Rizalyn Bautista, et al. c. Star Cruises, et al.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 juillet 2005, 03-15884.

³⁴¹*Fiona Trust & Holding Corp. c. Privalov*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 24 janvier 2007, 2006 2353 A3 QBCMF, décision confirmée dans *Fili Shipping Co. Ltd. and others c. Premium Nafta Products Ltd. and others*, House of Lords (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007.

duquel il a été convenu de recourir à l'arbitrage, même si les deux figurent dans le même document³⁴². De même, la Haute Cour de Madras a fait expressément référence à la “doctrine de l'autonomie de la clause compromissoire” et renvoyé les parties à l'arbitrage en se fondant sur l'argument selon lequel les “parties ne sauraient ignorer la clause compromissoire et en appeler à la compétence du juge civil, en se contentant d'invoquer le fait que, selon les défendeurs eux-mêmes, le contrat principal était nul³⁴³”.

107. Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire a été validé par la plupart des pays³⁴⁴, par des institutions arbitrales³⁴⁵, des instruments de la CNUDCI sur l'arbitrage³⁴⁶ et les principaux commentateurs, qui considèrent qu'une convention d'arbitrage constitue un contrat dans le contrat³⁴⁷.

ii) “Inopérante”

108. En général, les juridictions apprécient le caractère “inopérant” ou non de la convention d'arbitrage dans le cadre de l'expression plus large “caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée” sans distinguer plus avant. La jurisprudence pertinente montre cependant que le mot “inopérante” vise des situations dans lesquelles la convention d'arbitrage est devenue inapplicable aux parties ou à leur différend³⁴⁸.

109. Par exemple, dans une situation où les parties ont renoncé à leur droit de recourir à l'arbitrage en engageant une procédure judiciaire, une juridiction indienne a estimé que la convention d'arbitrage était inopérante, en vertu de l'article 45 de la loi indienne de 1996 sur l'arbitrage, qui reprend l'article II-3 de la

³⁴²*Demandeur c. Ocean International Marketing B.V., et autres*, tribunal de première instance de Rotterdam (Pays-Bas), 29 juillet 2009, 194816/HA ZA 03-925.

³⁴³*Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan c. Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, High Court de Madras (Inde), 29 octobre 2008. Voir aussi Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 8 Sch 3/01, 2 octobre 2001.

³⁴⁴Voir, par exemple, la loi fédérale suisse sur le droit international privé, chapitre 12, article 178, par. 3; la loi colombienne sur l'arbitrage, article 5; la législation française sur l'arbitrage, article 1447; la loi anglaise sur l'arbitrage, article 7; la loi australienne sur l'arbitrage, chapitre VI, article 16; la loi brésilienne sur l'arbitrage, article 8; la loi chinoise sur l'arbitrage, article 19.

³⁴⁵Règlement d'arbitrage de la CCI, article 6, par. 4; Règlement d'arbitrage de la LCIA, article 23, par. 1.

³⁴⁶L'article 16-1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international dispose qu'“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.” Une liste des pays ayant adopté des lois basées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international est disponible sur Internet à l'adresse www.uncitral.org. Voir aussi le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, article 23-1.

³⁴⁷R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, “The ‘Null and Void’ Provision of the New York Convention”, dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 275, et plus précisément p. 278.

³⁴⁸Voir, par exemple, *Golden Ocean Group Ltd. c. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd. & anr*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 16 mai 2013, [2013] EWHC 1240.

Convention³⁴⁹. En conséquence, elle a refusé de renvoyer à l'arbitrage des parties qui avaient engagé plusieurs actions au civil et au pénal devant différentes juridictions indiennes.

110. Une juridiction française a estimé qu'elle était compétente, car le délai fixé pour la constitution du tribunal arbitral avait expiré, rejetant ainsi le moyen tiré de l'absence d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage au sens de l'article II de la Convention. Elle a jugé que la convention d'arbitrage était "caduque" et conclu qu'elle avait compétence pour trancher le différend, sans faire aucunement référence à la Convention³⁵⁰.

111. La décision *Westco*, rendue par la Haute Cour de Hong Kong, offre un autre exemple de l'invocation du caractère "inopérant" d'une convention d'arbitrage. Une partie avait fait valoir que le non-respect des exigences procédurales préalables à l'engagement de la procédure arbitrale rendait la convention d'arbitrage inopérante. La Cour a écarté ce moyen et renvoyé les parties à l'arbitrage³⁵¹.

iii) "Non susceptible d'être appliquée"

112. La disposition renvoyant au fait que la convention d'arbitrage serait "non susceptible d'être appliquée" s'entend généralement comme visant les situations dans lesquelles la procédure d'arbitrage ne peut être effectivement engagée³⁵². Comme l'a expliqué une juridiction indienne en se fondant sur l'article 45 de la loi indienne de 1996 sur l'arbitrage (qui reprend l'article II-3 de la Convention) "l'expression 'non susceptible d'être appliquée' signifie en fait que la convention est inexécutable et délie en conséquence les parties de leurs obligations. Si, postérieurement à la constitution du contrat, les engagements ne peuvent être tenus et exécutés, en raison de circonstances imprévues, le contrat est inexécutable"³⁵³.

113. Il ressort de la jurisprudence que la convention d'arbitrage est apparue comme non susceptible d'être appliquée lorsqu'elle présentait un défaut, à savoir principalement dans deux cas: i) lorsqu'elle manque de clarté et ne donne pas

³⁴⁹*Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan c. Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, High Court de Madras (Inde), 29 octobre 2008. Voir aussi les références figurant au paragraphe 67.

³⁵⁰*Société Gefu Kuchenboss GmbH & CO.KG et Société Gefu Geschäfts-Und Verwaltungs GmbH c. Société Coréma*, cour d'appel de Toulouse (France), 9 avril 2008.

³⁵¹*Westco Airconditioning Ltd. c. Sui Chong Construction & Engineering Co. Ltd*, Court of First Instance, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Hong Kong), 3 février 1998, A12848.

³⁵²Stefan Kröll, "The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II(3) of the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 323, et plus précisément p. 326.

³⁵³*Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan c. Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, High Court de Madras (Inde), 29 octobre 2008. Voir aussi les références figurant au paragraphe 67.

d'indications suffisantes pour permettre de mener la procédure d'arbitrage et ii) lorsqu'elle désigne une institution arbitrale qui n'existe pas.

114. Par exemple, en se fondant sur l'article 44 de la loi indienne de 1996 sur l'arbitrage (qui donne effet aux articles I et II de la Convention), une juridiction indienne a refusé l'exécution d'une clause compromissoire prévoyant "Durban comme lieu d'arbitrage et l'application du droit anglais"³⁵⁴. Elle a estimé que cette prétendue convention d'arbitrage était "totalement vague, ambiguë et contradictoire". De même, le Tribunal fédéral suisse a refusé l'exécution d'une clause compromissoire prévoyant un recours à l'arbitrage "devant l'American Arbitration Association ou tout autre tribunal américain", au motif que la convention d'arbitrage n'était pas suffisamment claire pour exclure de manière indubitable la compétence des juridictions étatiques en vertu de l'article II-3, comme de la loi suisse³⁵⁵.

115. Dans une affaire dans laquelle la convention d'arbitrage désignait une institution arbitrale inexistante, une juridiction américaine a néanmoins imposé aux parties le renvoi à l'arbitrage en se fondant sur l'article II-3 de la Convention et sur la loi fédérale sur l'arbitrage. Elle a estimé que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI auquel il était fait référence dans la convention d'arbitrage indiquait la marche à suivre pour constituer un tribunal arbitral en l'absence de convention conclue préalablement par les parties et a rejeté l'argument du demandeur selon lequel la convention d'arbitrage était non susceptible d'être appliquée³⁵⁶.

116. En Russie, la Cour supérieure d'arbitrage de la Fédération de Russie a estimé que, pour que la convention d'arbitrage puisse être exécutée en vertu de la Convention, elle devait être formulée en termes clairs permettant d'établir l'intention véritable des parties de renvoyer leur différend à un organe arbitral³⁵⁷. Une autre juridiction russe a estimé qu'une convention d'arbitrage était "non susceptible d'être appliquée" au sens de l'article II-3 de la Convention parce qu'elle ne constituait pas une clause compromissoire standard conforme au Règlement de la CNUDCI et qu'il était donc impossible de conclure que les parties étaient convenues de l'application de ce règlement³⁵⁸. Elle a en outre

³⁵⁴*Swiss Singapore Overseas Enterprises Pvt Ltd. c. M/V African Trader*, High Court du Gujarat (Inde), 7 février 2005, requête civile n° 23 de 2005.

³⁵⁵Tribunal fédéral (Suisse), 25 octobre 2010, 4A279/2010. Il ne ressort pas clairement de cette affaire si le Tribunal fédéral a effectué son analyse sur la base du motif correspondant au cas dans lequel la convention est "non susceptible d'être appliquée", car la décision conclut à son invalidité en se fondant sur l'expression "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée".

³⁵⁶*Travelport Global Distribution Systems B.V. c. Bellview Airlines Limited*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 10 septembre 2012, 12 Civ. 3483(DLC).

³⁵⁷*Tula Ammunition Factory (Fédération de Russie) c. Sporting Supplies International (États-Unis)*, Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 27 juillet 2011, VAS-7301/11.

³⁵⁸*ZAO UralEnergGaz (Fédération de Russie) c. OOO ABB Electroengineering (Fédération de Russie)*, 9^e cour d'appel d'arbitrage (Fédération de Russie) 24 juin 2009, n° A40-27854/09-61-247.

ajouté que l'autorité de nomination, le "Président de la Chambre de commerce internationale" n'existait pas.

117. D'autres juridictions ont adopté une position favorable à l'arbitrage et interprété des conventions d'arbitrage vagues ou incohérentes de manière à les confirmer. Par exemple, des juridictions françaises ont exécuté une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de Yougoslavie nonobstant le fait que le libellé de la convention d'arbitrage prévoyait un recours à l'arbitrage sous l'égide d'une institution inexistante, la "Chambre de commerce de Belgrade". La juridiction a estimé que l'intention des parties était de faire référence à la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de Yougoslavie, dont le siège se trouvait à Belgrade³⁵⁹. Un raisonnement similaire a été tenu en Suisse³⁶⁰, en Allemagne³⁶¹ et à Hong Kong³⁶², où les juridictions ont estimé que l'intention des parties de soumettre leurs différends à un règlement par voie d'arbitrage devait primer.

³⁵⁹*Époux Convert c. Société Droga*, cour d'appel de Paris (France), 14 décembre 1983, Rev. Arb. (1984), p. 483.

³⁶⁰Tribunal fédéral (Suisse), 8 juillet 2003, 129 III 675.

³⁶¹Kammergericht [KT] de Berlin (Allemagne), 15 octobre 1999, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001), p. 328.

³⁶²*Lucky Goldstar International Limited c. Ng Moo Kee Engineering Limited*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 5 mai 1993, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 280.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article III tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales:

- L'exécution des sentences arbitrales internationales: Exposé présenté par la Chambre de commerce internationale, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif dans la catégorie A: E/C.2/373;
- Compte rendu analytique de la 3^e séance: E/AC.42/SR.3;
- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/4;
- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales (résolution du Conseil économique et social établissant le Comité, composition, séances et organisation du Comité, considérations d'ordre général, projet de convention): E/2704-E/AC.42/4/Rev.1.

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: Note du Secrétaire général: E/CONF.26/2;

- Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères: Rapport du Secrétaire général, 31 janvier 1956: E/2822.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.11;
- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.15;
- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.21;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction le 6 juin 1958: E/CONF.26/L.61;
- Rapport du Groupe de travail n° 1 sur le paragraphe 1 de l'article premier et sur l'article II du projet de convention (E/2704/Rev.1): E/CONF.26/L.42/Corr.1;
- Texte de l'article II de la Convention adopté par la Conférence à sa 16^e séance: E/CONF.26/L.47;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction le 9 juin 1958: E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Rapport du Groupe de travail n° 1 sur le paragraphe 1 de l'article premier et sur l'article II du projet de convention (E/2704/Rev.1): E/CONF.26/L.42;
- Comptes rendus analytiques des 2^e, 10^e, 11^e, 16^e et 23^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.2; E/CONF.26/SR.10; E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.16; E/CONF.26/SR.23.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. L'article III traduit le souci, qui anime la Convention de New York, de favoriser l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Il énonce le principe général selon lequel "[c]hacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence". En conséquence de l'article III, les sentences arbitrales étrangères bénéficient d'une présomption de droit à la reconnaissance et à l'exécution dans les États contractants.

2. Le texte de l'article III suit le libellé de la Convention de Genève de 1927, laquelle disposait que "l'autorité d'une sentence arbitrale [...] sera reconnue et l'exécution de cette sentence sera accordée, conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée"³⁶³. Cependant, la Convention de Genève ne prévoyait aucune garantie qui empêche les juridictions nationales d'ériger des obstacles procéduraux inutilement complexes ou difficiles à surmonter au stade de la reconnaissance et de l'exécution.

3. À l'issue de longs débats, les rédacteurs de la Convention de New York sont parvenus à une solution équilibrée dans le texte final de l'article III qui permet à chaque État contractant d'appliquer ses propres règles nationales de procédure à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, tout en garantissant que cette reconnaissance et cette exécution satisferont à un certain nombre de principes fondamentaux³⁶⁴.

4. Selon le premier principe, alors que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères auxquelles s'applique la Convention sont régies par les "règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée", les "conditions" auxquelles sont soumises la reconnaissance et l'exécution de ces sentences relèvent exclusivement de la Convention.

³⁶³Article premier de la Convention de Genève de 1927.

³⁶⁴Les délégations participant à la Conférence avaient initialement envisagé d'élaborer un ensemble uniforme de règles qui régiraient la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères dans tous les États contractants. Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Note du Secrétaire général, E/CONF.26/2, p. 4, par. 7. Les délégations ont finalement décidé de parler des "règles de procédure du pays où la sentence est invoquée". Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Note du Secrétaire général, E/CONF.26/2, p. 4. Différents projets de textes ont également été proposés. Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Rapport du Groupe de travail n° 1 sur le paragraphe 1 de l'article premier et sur l'article II du projet de convention (E/2704/Rev.1), E/CONF.26/L.42/Corr.1; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 23^e séance, E/CONF.26/SR.23, p. 14. Le principe énoncé par les rédacteurs de l'article III est resté néanmoins similaire à celui qui avait été précédemment posé aux articles 1 et 5 de la Convention de Genève de 1927.

5. Selon le second principe, les règles nationales de procédure qui régissent la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères dans chaque État contractant ne peuvent imposer, “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”.

6. S'il est vrai que l'article III laisse aux États contractants la liberté de recourir à leurs propres règles nationales de procédure au stade de la reconnaissance et de l'exécution, les juridictions nationales ont appliqué cet article en gardant à l'esprit l'objectif de la Convention, qui est de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des sentences dans toute la mesure possible.

Analyse

A. Principe général

a) *Obligation de reconnaître l'autorité des sentences arbitrales et de leur accorder l'exécution*

7. La première phrase de l'article III dispose que “[c]haque des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence”³⁶⁵.

8. Un certain nombre de juridictions nationales ont considéré que le principe général inscrit à l'article III traduisait le souci de la Convention “de favoriser l'exécution” des sentences. Par exemple, selon une juridiction américaine, “[l]a Convention ainsi que la législation qui lui donne effet font le choix de favoriser l'exécution [...]”, ce “qu'illustre l'[a]rt. III de la Convention”³⁶⁶. La Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a elle aussi considéré que, conformément à ce principe, les

³⁶⁵L'obligation de reconnaître l'autorité des sentences arbitrales et de leur accorder l'exécution ne s'impose pas aux États qui ne sont pas parties à la Convention. Voir *The Attorney General of Belize c. BCB Holdings Limited and The Belize Bank Limited, Supreme Court (Belize)*, 8 août 2012, XXXVIII Y.B. Com. Arb. (2013), p. 324. Dans son arrêt, la Cour suprême du Belize a jugé qu'elle n'avait aucune obligation juridique de reconnaître et d'exécuter des sentences arbitrales conformément à l'article III attendu que le Belize n'était pas un État contractant.

³⁶⁶*Glencore Grain Rotterdam B.V. c. Shivnath Rai Harnarain Company*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 26 mars 2002, 01-15539.

sentences arbitrales étrangères bénéficient d'une "présomption" de droit à la reconnaissance et à l'exécution³⁶⁷. Plusieurs autres juridictions sont du même avis³⁶⁸.

9. Les juridictions des États contractants ont fréquemment souligné le caractère impératif de l'obligation énoncée à l'article III, caractère qui découle de l'emploi du verbe "shall" dans la version anglaise de la Convention et du futur dans la version française ("reconnaîtra" et "accordera")³⁶⁹. Par exemple, une juridiction camerounaise a noté que "l'article premier et l'article III [...] signifient que, le Cameroun ayant signé la Convention de New York de 1958, il est tenu de reconnaître et d'exécuter les sentences arbitrales rendues dans un autre État contractant"³⁷⁰. De même, une juridiction bulgare a estimé qu'"en vertu de l'article III [...], chaque pays signataire [de la Convention] doit reconnaître la validité de la sentence arbitrale définitive et doit en accorder l'exécution"³⁷¹. Une juridiction italienne a conclu que "l'article III de la Convention oblige *sic et simpli*[ci]ter un État contractant à reconnaître et à exécuter une sentence arbitrale"³⁷². Des juridictions allemandes³⁷³ et anglaises³⁷⁴ ont également admis le caractère impératif de l'article III.

10. Les principaux commentateurs considèrent eux aussi que de l'article III découle l'obligation pour les États contractants de reconnaître et d'exécuter les

³⁶⁷Voir, par exemple, *Yukos Oil Co. c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, A3/2001/102.

³⁶⁸Voir, par exemple, *Gouvernement de la région de Kaliningrad (Fédération de Russie) c. République de Lituanie*, cour d'appel de Paris (France), 18 novembre 2010, 09/19535; *Sojuznefteexport (SNE) (Fédération de Russie) c. JOC Oil Ltd. (Bermudes)*, Court of Appeal (Bermudes), 7 juillet 1989, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 384; *AO Techsnabexport (Fédération de Russie) c. Globe Nuclear Services and Supply, Limited (États-Unis d'Amérique)*, District Court, District of Maryland (États-Unis d'Amérique), 28 août 2009, AW-08-1521, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 1174; *WTB — Walter Thosti Boswau Bauaktiengesellschaft (Allemagne) c. Costruire Coop. srl (Italie)*, Cour de cassation (Italie), 7 juin 1995, 6426.

³⁶⁹Voir, par exemple, *Altain Khuder LLC c. IMC Mining Inc et al.*, de même que *IMC Aviation Solutions Pty. Ltd. c. Altain Khuder LLC*, Supreme Court of Victoria, Commercial and Equity Division, Commercial Court (Australie), 28 janvier 2011, et *Supreme Court of Victoria, Court of Appeal (Australie)*, 22 août 2011, XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 242; *Merck & Co. Inc. (États-Unis d'Amérique), Merck Frosst Canada Inc. (Canada), Frosst Laboratories Inc. (Colombie) c. Tecnoquímicas SA (Colombie)*, Cour suprême de justice (Colombie), 24 mars 1999, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001), p. 755; *Brace Transport Corp. of Monrovia, Bermuda c. Orient Middle East Lines Ltd. and ors*, Supreme Court (Inde), 12 octobre 1993, recours civil n° 5438-39 de 1993; *Garant (Fédération de Russie) c. Emprunteur (Société suédoise)*, Cour suprême, Collège des juges (Fédération de Russie), 22 mai 1997, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641; *Jorf Lasfar Energy Company S.C.A. c. AMCI Export Corporation*, District Court, Western District of Pennsylvania (États-Unis d'Amérique), 5 mai 2006, 05-0423.

³⁷⁰*African Petroleum Consultants (APC) c. Société Nationale de Raffinage*, cour du ressort de Fako, OHADA (Cameroun), 15 mai 2002, HCF/91/M/2001-2002.

³⁷¹*ECONERG Ltd. (Croatie) c. Compagnie nationale d'électricité AD (Bulgarie)*, Cour suprême de cassation, collège civil, 5^e chambre civile (Bulgarie), 23 février 1999, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641.

³⁷²*S.a.S. Wieland K. G. (Autriche) c. Società Industriale Meridionale (S.I.M.) (Italie)*, cour d'appel de Messine (Italie), 19 mai 1976, V Y.B. Com. Arb. (1980), p. 266.

³⁷³*Demandeur (Royaume-Uni) c. Défendeur (Allemagne)*, Oberlandesgericht [OLG] de Rostock (Allemagne), 22 novembre 2001, 1 Sch 03/00, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 732.

³⁷⁴*Gater Assets Ltd. c. Nak Naftogaz Ukrainiy*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007, A3/2007/0738, par. 11.

sentences arbitrales étrangères³⁷⁵. Un certain nombre de ces commentateurs qualifient également cette exigence de “présomption d’obligation” ou considèrent qu’elle traduit l’intention de la Convention “de favoriser l’exécution” des sentences³⁷⁶.

11. S’il est vrai que les parties demandant la reconnaissance et l’exécution d’une sentence étrangère saisissent généralement les juridictions des États contractants dans lesquels le débiteur de la sentence a des biens ou dans lesquels ces parties pensent avoir plus de chances de faire exécuter une sentence à caractère pécuniaire³⁷⁷, ni l’article III ni aucune autre disposition de la Convention n’exigent la présence de biens dans l’État où la reconnaissance et l’exécution sont requises. À l’exception d’une décision d’une juridiction allemande, qui avait refusé d’accorder l’exécution au motif que le débiteur de la sentence ne détenait aucun bien en Allemagne³⁷⁸, les juridictions des États contractants ne subordonnent pas la reconnaissance et l’exécution des sentences étrangères à la présence de biens sur leur territoire. Les principaux commentateurs confirment que la présence de biens sur le territoire de l’État où la reconnaissance et l’exécution sont demandées n’est pas une condition à remplir pour obtenir lesdites reconnaissance et exécution au titre de la Convention³⁷⁹.

³⁷⁵Voir, par exemple, *Guide de l’ICCA pour l’interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l’intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 73; Ramona Martinez, “Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards Under the United Nations Convention of 1958: The ‘Refusal’ Provisions”, 24 *Int’l Law* (1990), p. 487, et plus précisément p. 495 et 496; Emilia Onyema, “Formalities of the Enforcement Procedure (Articles III and IV)”, dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 597; Loukas A. Mistelis, Domenico D. Pietro, “New York Convention, Article III [Obligation to Recognise and Enforce Arbitral Awards]”, dans *Concise International Arbitration* (L.A. Mistelis, dir. publ., 2010), p. 10.

³⁷⁶Voir, par exemple, Maxi Scherer, “Article III (Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rule)”, dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 193, et plus précisément p. 196; Emilia Onyema, “Formalities of the Enforcement Procedure (Articles III and IV)”, dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 597; Andreas Börner, “Article III”, dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento *et al.*, dir. publ., 2010), p. 115. Voir aussi Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3394.

³⁷⁷Voir, par exemple, *Gulf Petro Trading Company Inc., et al. c. Nigerian National Petroleum Corporation, et al.*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d’Amérique), 7 janvier 2008, 06-40713; *Far Eastern Shipping Company c. AKP Sovocomflot (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord)*, Queen’s Bench Division, 14 novembre 1994, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 699; *Brace Transport Corp. of Monrovia, Bermuda c. Orient Middle East Lines Ltd. and others*, Supreme Court (Inde), 12 octobre 1993, recours civil n° 5438-39 de 1993. Dans son arrêt, la Cour suprême indienne a noté que “[l]orsqu’il devient nécessaire d’accorder l’exécution à une sentence internationale [...], il convient dans un premier temps de déterminer le pays ou les pays dans lesquels l’exécution doit être requise. Pour ce faire, la partie qui demande l’exécution doit déterminer l’État ou les États dans lesquels la partie qui succombe détient (ou pourrait détenir) des biens susceptibles d’être utilisés pour satisfaire à l’exécution de la sentence.”

³⁷⁸Kammergericht [KG] de Berlin (Allemagne), 10 août 2006, 20 Sch 07/04.

³⁷⁹Voir, par exemple, Loukas A. Mistelis, Domenico D. Pietro, “New York Convention, Article III [Obligation to Recognise and Enforce Arbitral Awards]”, dans *Concise International Arbitration* (L.A. Mistelis, dir. publ., 2010), p. 10; Emilia Onyema, “Formalities of the Enforcement Procedure (Articles III and IV)”, dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 597, et plus précisément p. 603.

12. Bien que l'article III ne dispose pas expressément que les sentences arbitrales acquièrent force de chose jugée, plusieurs juridictions nationales ont conclu que tel était le cas en pratique. Par exemple, une juridiction américaine a estimé que, "[s]'il est vrai que la Convention ne mentionne pas expressément l'autorité de la chose jugée dont sont revêtues les sentences arbitrales internationales [...], elle traduit le principe selon lequel, tant qu'elle n'a pas été attaquée avec succès, la sentence arbitrale est présumée établir les droits et les obligations des parties à l'arbitrage"³⁸⁰. Ce point de vue est partagé par les commentateurs de la Convention de New York³⁸¹.

b) Conditions établies dans la Convention

13. L'article III dispose que les États contractants reconnaissent et exécutent les sentences arbitrales "aux conditions établies dans les articles suivants [de la Convention]".

14. Plusieurs juridictions ont estimé que ces "conditions" renvoient aux conditions établies dans les articles IV, V, VI et VII de la Convention³⁸².

³⁸⁰*American Express Bank Ltd. c. Banco Español de Crédito S.A.*, Southern District Court of New York (États-Unis d'Amérique), 13 février 2009, 1:06-cv-03484-RJH. Voir aussi *Gulf Petro Trading Company Inc.*, et al. c. *Nigerian National Petroleum Corporation*, et al., Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 7 janvier 2008, 06-40713.

³⁸¹Voir, par exemple, Andreas Börner, "Article III", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 115; Maxi Scherer, "Article III (Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rule)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 193, et plus précisément p. 196 et 197; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3741.

³⁸²Pour un examen détaillé de ces dispositions, on se reportera au chapitre du Guide consacré aux articles IV, V, VI et VII. Par exemple, une juridiction suisse a conclu que "conformément à la première phrase de l'article III [...], les décisions arbitrales étrangères sont reconnues et exécutées en Suisse si les conditions énoncées aux articles IV et suivants de la Convention sont satisfaites", *Partie italienne c. Société suisse*, Bezirksgericht de Zurich (Suisse), 14 février 2003, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 819; Voir aussi *D. S.A. (Espagne) c. W. G.m.b.H. (Autriche)*, Oberster Gerichtshof (Autriche), 26 avril 2006, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 259. Une juridiction anglaise a parlé d'"obligation posée par l'article III d'accorder l'exécution aux conditions établies dans les articles suivants (à savoir les articles IV/VI)"; *Gater Assets Ltd. c. Nak Naftogaz Ukrainiy*, Court of Appeals (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007, A3/2007/0738.

15. Des juridictions nationales ont appliqué ces conditions dans leurs décisions se rapportant à l'article III³⁸³. Par exemple, la Cour de cassation italienne a annulé la décision d'une cour d'appel qui avait accordé la reconnaissance et l'exécution alors que le demandeur n'avait pas produit de copie dûment authentifiée de la sentence arbitrale comme l'exigeait l'article IV, estimant qu'il s'agissait d'une condition à laquelle la demande était assujettie conformément à l'article III³⁸⁴. La Cour suprême géorgienne a considéré que "l'autorité des sentences arbitrales doit être reconnue et l'exécution de ces sentences doit être accordée" conformément à l'article III et a donc homologué une sentence après avoir constaté qu'il n'existait aucun motif de refuser la reconnaissance au titre de l'article V de la Convention³⁸⁵.

16. Les juridictions des États contractants ont confirmé que les "conditions" mentionnées à l'article III sont les conditions exclusivement énumérées dans la Convention et qu'aucune autre condition établie par la législation nationale des États contractants ne doit s'appliquer au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Par exemple, dans une affaire où l'une des parties faisait valoir que l'exécution devait être refusée au motif que la sentence avait été rendue par un nombre pair d'arbitres, ce que la loi italienne interdit, la Cour de cassation italienne a observé que cette exigence ne figurait pas dans la liste exhaustive des conditions établies dans la Convention et que les conditions fixées par la législation italienne étaient inapplicables en l'espèce³⁸⁶.

³⁸³Voir, par exemple, *Czarina, L.L.C. c. W.F. Poe Syndicate*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 4 février 2004, 03-10518; *Acheteur grec c. Vendeur ukrainien*, Cour administrative d'appel d'Athènes (Grèce), 18 juillet 2011, XXXVII Y.B. Com. Arb. (2012), p. 234; *Daihatsu Motor Co., Inc. (Japon) c. Terrain Vehicles, Inc. (États-Unis)*, District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division (États-Unis d'Amérique), 29 mai 1992, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 575; *WTB — Walter Thosti Boswau Bauaktiengesellschaft c. Costruire Coop. srl*, Cour de cassation (Italie), 7 juin 1995, 6426; *Zeevi Holdings Ltd. (sous administration judiciaire) (Israël) c. République de Bulgarie*, tribunal de district de Jérusalem (Israël), 13 janvier 2009, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 632; *Adamas Management & Services Inc. c. Aurado Energy Inc.*, Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (Canada), 28 juillet 2004, S/M/57/04, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 479; *Brothers for Import, Export and Supply Company (Égypte) c. Hano Acorporish (Corée du Sud)*, cour d'appel du Caire (Égypte), 2 juillet 2008, 23/125; *Egyptian British Company for General Development (GALINA) c. Danish Agriculture Seelizer Company*, cour d'appel du Caire (Égypte), 26 mai 2004, 7/121; *Engineering Industries Company & Sobhi A. Farid Institute c. Roadstar Management & Roadstar International*, cour d'appel du Caire (Égypte), 29 septembre 2003, 22/119; *Nile Cotton Ginning Company c. Cargill Limited*, cour d'appel du Caire (Égypte), 29 juin 2003, 129/118; *Hamdy Mohamed Abdel-Al c. Faj Henwa Berenger Corporation*, cour d'appel du Caire (Égypte), 26 mars 2003, 10/119; *Cairo for Real Estate Company c. Abdel Rahman Hassan Sharbatly*, cour d'appel du Caire (Égypte), 26 février 2003, 23/119.

³⁸⁴*Globtrade Italiana srl c. East Point Trading Ltd.*, cour de cassation (Italie), 8 octobre 2008, 24856.

³⁸⁵"S.F.M." LLC c. *Batumi City Hall*, Cour suprême (Géorgie), 15 mai 2009, a-471-sh-21-09; Voir aussi *Ltd. "R.L." c. JSC "Z. Factory"*, Cour suprême (Géorgie), 2 avril 2004, a-204-sh-43-03.

³⁸⁶*Nigi Agricoltura srl c. Inter Eltra Kommerz und Produktion GmbH*, Cour de cassation (Italie), 23 juillet 2009, 17312. Voir aussi *Privilegiata Fabbrica Maraschino Excelsior Girolamo Luxardo SpA c. Agrarcommerz AG*, Cour de cassation (Italie), 15 janvier 1992, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 427.

17. Les principaux commentateurs confirment que les “conditions” qui régissent la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères sont celles qui se trouvent exclusivement énumérées dans la Convention³⁸⁷.

B. Règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée

18. L’article III dispose que la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères sont accordées “conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée”.

19. Comme il ressort clairement des travaux préparatoires, les rédacteurs de la Convention de New York se sont abstenus d’élaborer un ensemble harmonisé de règles procédurales applicables à la reconnaissance et à l’exécution des sentences arbitrales étrangères dans chaque État contractant³⁸⁸. La Convention ne mentionne donc aucune règle spécifique et laisse le soin à chaque État contractant de définir les règles de procédure applicables sur son territoire³⁸⁹.

a) Signification de l’expression “règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée”

20. La jurisprudence rapportée montre que les “règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée” renvoient aux règles nationales de procédure qui sont applicables dans chaque État contractant où la reconnaissance et l’exécution sont requises.

³⁸⁷Voir, par exemple, Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 239; Andreas Börner, “Article III”, dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 115, et plus précisément p. 116; Maxi Scherer, “Article III (Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rule)”, dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 193, et plus précisément p. 202.

³⁸⁸Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, Note du Secrétaire général, E/CONF.26/2, p. 4; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Examen des autres mesures que l’on pourrait prendre pour faire de l’arbitrage un mode règlement plus efficace des litiges de droit privé, E/CONF.26/6, p. 12; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, Texte de l’article II de la Convention adopté par la Conférence à sa 16^e séance, E/CONF.26/L.47.

³⁸⁹Le Tribunal suprême espagnol a noté que les règles de procédure espagnoles s’appliquent à la reconnaissance et à l’exécution des sentences arbitrales étrangères conformément à l’article III de la Convention de New York car cet article “n’établit pas lui-même de mécanisme de reconnaissance et d’exécution particulier”. *Saroc, S.p.A. (Italie) c. Sahece, S.A. (Espagne)*, Tribunal suprême (Espagne), 4 mars 2003, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 571. Voir aussi *Zeevi Holdings Ltd. c. The Republic of Bulgaria*, Southern District of New York (États-Unis d’Amérique), 29 mars 2011, 09 Civ. 8856 (RJS), XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 464.

21. Suivant en cela le libellé de l'article III, les juridictions des États contractants ont appliqué les règles de procédure prévues dans leur droit national, et non les lois du siège de l'arbitrage ni aucune autre loi, à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales³⁹⁰. Par exemple, une juridiction américaine a refusé d'appliquer les règles procédurales anglaises à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence aux États-Unis, au motif que l'exécution était demandée sur le territoire américain³⁹¹. La Cour suprême du Canada a considéré que le terme "territoire" employé à l'article III désignait la province où l'exécution était demandée (en l'espèce l'Alberta), et non l'État contractant dans son ensemble³⁹². Des juridictions en Allemagne³⁹³, en Angleterre et au pays de Galles³⁹⁴, en Bulgarie³⁹⁵, au Cameroun³⁹⁶, en Colombie³⁹⁷, en Égypte³⁹⁸, en Espagne³⁹⁹, en France⁴⁰⁰,

³⁹⁰Koweït No. 1, *cocontractant c. Cocontractant*, Cour suprême d'appel, pourvoi en cassation (Koweït), 21 novembre 1988, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 748. Voir aussi *TermoRio S.A. E.S.P. (Colombie)*, *LeaseCo Group and others c. Electranta S.P. (Colombie)*, et al., Court of Appeals, District of Columbia Circuit (États-Unis d'Amérique), 25 mai 2007, 06-7058, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 955; *China National Building Material Investment Co. Ltd. (République populaire de Chine) c. BNK International LLC (États-Unis)*, District Court, Western District of Texas (États-Unis d'Amérique), 4 décembre 2009, A-09-CA-488-SS, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 507.

³⁹¹*Artemis Shipping & Navigation Co. SA c. Tormar Shipping AS*, District Court, Eastern District of Louisiana (États-Unis d'Amérique), 9 décembre 2003, 03-217.

³⁹²*Yugraneft Corporation c. Rexx Management Corporation*, Cour suprême (Canada), 20 mai 2010, 2010 CSC 19.

³⁹³Voir, par exemple, *Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne)*, 4 octobre 2005, VII ZB 09/05; *Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne)*, 4 octobre 2005, VII ZB 8/05.

³⁹⁴Voir, par exemple, *Gater Assets Ltd. c. Nak Naftogaz Ukrainiy*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007, A3/2007/0738.

³⁹⁵Voir, par exemple, *ECONERG Ltd. (Croatie) c. Compagnie nationale d'électricité AD (Bulgarie)*, Cour suprême de cassation, collège civil, 5^e chambre civile (Bulgarie), 23 février 1999, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641.

³⁹⁶*African Petroleum Consultants (APC) c. Société Nationale de Raffinage*, Cour du ressort de Fako, OHADA (Cameroun), 15 mai 2002, HCF/91/M/2001-2002.

³⁹⁷Voir, par exemple, *Merck & Co. Inc. (États-Unis)*, *Merck Frosst Canada Inc. (Canada)*, *Frosst Laboratories Inc. (Colombie) c. Tecnoquímicas SA (Colombie)*, Cour suprême de justice (Colombie), 24 mars 1999, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001), p. 755; *Merck & Co. Inc. (États-Unis)*, *Merck Frosst Canada Ind. & Frosst Laboratories Inc. (Colombie) c. Tecnoquímicas S.A. (Colombie)*, Cour suprême de justice (Colombie), 1^{er} mars 1999, E-7474; *Sunward Overseas SA c. Servicios Marítimos Limitada Semar (Ltda.) (Colombie)*, Cour suprême de justice (Colombie), 20 novembre 1992, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 651; *Petrotesting Colombia S.A. et autres c. Ross Energy S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 27 juillet 2011, XXXVII Y.B. Com. Arb. (2012), p. 200.

³⁹⁸Voir, par exemple, *Omnipol c. Samiram*, cour d'appel du Caire (Égypte), 30 mai 2005, 10/122.

³⁹⁹Voir, par exemple, *Unión Naval de Levante S.A. (Espagne) c. Bisba Comercial Inc. (Panama)*, Tribunal suprême (Espagne), 9 octobre 2003, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 623; *Saroc, S.p.A. (Italie) c. Sahece, S.A. (Espagne)*, Tribunal suprême, assemblée plénière (Espagne), 4 mars 2003, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 571; *Unión Naval de Levante S.A. (Espagne) c. Bisba Comercial Inc. (Panama)*, Tribunal suprême (Espagne), 9 octobre 2003, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 623; *M. Genaro (Espagne)*, *M. Carmelo (Espagne) et Agraria del Tormes SA (Espagne) c. Majeriforeningen Danish Dairy Board (Danemark)*, cour d'appel de Zamora (Espagne), 27 novembre 2009, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 454.

⁴⁰⁰Voir, par exemple, *S.A. Recam Sonofadex c. S.N.C. Cantieri Rizzardi de Gianfranco Rizzardi*, cour d'appel d'Orléans (France), 5 octobre 2000; *Société I.A.I.G.C. — Inter-Arab Investment Guarantee Corporation c. Société B.A.I.I. — Banque arabe et internationale d'investissement SA*, cour d'appel de Paris (France), 23 octobre 1997, 96/80232; *Société Acteurs Auteurs Associés (A.A.A.) c. Société Hemdale Film Corporation*, tribunal de grande instance de Paris (France), 22 novembre 1989, 10247/89.

en Grèce⁴⁰¹, en Inde⁴⁰², en Italie⁴⁰³, au Japon⁴⁰⁴, aux Pays-Bas⁴⁰⁵, au Portugal⁴⁰⁶ et en République tchèque⁴⁰⁷ ont suivi la même approche. Les principaux commentateurs confirment eux aussi que l'article III exige que les juridictions étatiques appliquent les règles de procédure de leur propre pays⁴⁰⁸.

22. Dans un certain nombre de décisions se rapportant à l'article III, des juridictions ont examiné si certaines règles devaient être qualifiées de "conditions" régissant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (conditions qui sont exclusivement énumérées dans la Convention) ou "de règles de procédure" applicables à la reconnaissance et l'exécution de ces sentences (règles qui sont prévues dans la législation interne).

23. Des juridictions ont estimé que les "règles de procédure" susceptibles d'être appliquées en vertu de l'article III devraient être interprétées de façon restrictive et déterminées indépendamment des catégories établies dans le droit interne. Par exemple, la Cour de cassation italienne a considéré qu'il fallait interpréter les "règles de procédure" de manière étroite et qu'elle ne pouvait appliquer le principe de

⁴⁰¹Voir, par exemple, *X c. Y*, tribunal de première instance du Pirée (Grèce), 1968, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 185; *Acheteur grec c. Vendeur ukrainien*, cour d'appel d'Athènes (Grèce), 18 juillet 2011, XXXVII Y.B. Com. Arb. (2012), p. 234.

⁴⁰²Voir, par exemple, *Orient Middle East Lines Ltd., Bombay and others (Inde) c. M/s Brace Transport Corporation of Monrovia and another (Libéria)*, High Court du Gujarat (Inde), 19 avril 1985, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 648.

⁴⁰³Voir, par exemple, *WTB — Walter Thosti Boswau Bauaktiengesellschaft (Allemagne) c. Costruire Coop. srl (Italie)*, Cour de cassation (Italie), 7 juin 1995, 6426.

⁴⁰⁴Voir, par exemple, *Zhe-jiang Provincial Light Industrial Products Import & Export Corp. (Chine) c. Takeyari K. K. (Japon)*, tribunal de district d'Okayama, 2^e chambre civile (Japon), 14 juillet 1993, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 744.

⁴⁰⁵Voir, par exemple, *Société d'études et de commerce SA (France) c. Weyl Beef Products BV*, tribunal de première instance d'Almelo (Pays-Bas), 19 juillet 2000, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001), p. 827.

⁴⁰⁶*T. S.A. c. S. S.A.*, cour d'appel de Lisbonne (Portugal), 8 juin 2010, XXXVIII Y.B. Com. Arb. (2013), p. 438.

⁴⁰⁷Voir, par exemple, *F&G A.S.R. c. K, s.p.*, Cour suprême administrative (République tchèque), 29 mars 2001, XXXVIII Y.B. Com. Arb. (2013), p. 363.

⁴⁰⁸Voir, par exemple, William W. Park, "Respecting the New York Convention", 18(2) ICC Bull. (2007), p. 65, et plus précisément p. 70; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 236; Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 982, par. 1671; Andreas Börner, "Article III", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 115, et plus précisément p. 117; Maxi Scherer, "Article III (Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rule)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 193, et plus précisément p. 197; Emilia Onyema, "Formalities of the Enforcement Procedure (Articles III and IV)", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 597, et plus précisément p. 603; Ramona Martinez, "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards Under the United Nations Convention of 1958: The 'Refusal' Provisions", 24 Int'l Law (1990), p. 487, et plus précisément p. 496; *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 73.

litispendance sur le fondement de l'article III, même si ce principe était inscrit au Code italien de procédure civile⁴⁰⁹.

24. Le texte de la Convention ne fournissant aucune orientation sur ce point, les États contractants sont libres de déterminer la teneur des règles de procédure applicables à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales. Par exemple, la Cour suprême du Canada a déclaré que le texte de la Convention, et donc de l'article III, doit "être interprété en tenant compte du fait qu'il visait à composer avec une variété de systèmes juridiques"⁴¹⁰. En appliquant l'article III, la Haute Cour anglaise a noté pour sa part que "la juridiction ne se soucie pas directement de veiller à ce que l'approche anglaise soit identique à celle suivie dans d'autres États contractants"⁴¹¹.

25. En raison de la latitude que l'article III laisse aux États contractants pour appliquer leurs règles nationales de procédure, il est possible qu'une sentence se voie accorder la reconnaissance et l'exécution dans un État contractant mais se voie refuser cette même reconnaissance et cette même exécution dans un autre État contractant en raison d'une règle de procédure existant dans le premier mais non dans le second. Toutefois, les exemples de ce type de situations sont très peu nombreux dans la jurisprudence rapportée⁴¹².

⁴⁰⁹*Privilegiata Fabbrica Maraschino Excelsior Girolamo Luxardo SpA c. Agrarcommerz AG*, Cour de cassation (Italie), 15 janvier 1992, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 427. Voir aussi *Società La Naviera Grancebaco S.A. (Panama) c. Ditta Italgrani (Italie)*, tribunal de première instance de Naples (Italie), 30 juin 1976, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 277.

⁴¹⁰*Yugraneft Corporation. c. Rexx Management Corporation*, Cour suprême (Canada), 20 mai 2010, 2010 CSC 19.

⁴¹¹*IPCO c. Nigerian National Petroleum Corp.*, High Court of Justice Queen's Bench Division (Angleterre et pays de Galles), 17 avril 2008, 2004 Folio 1031. Les juridictions américaines ont également admis qu'en conséquence du libellé de l'article III, les règles de procédure appliquées par les juridictions peuvent varier d'un État contractant à l'autre. Voir *Zeevi Holdings Ltd. c. The Republic of Bulgaria*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 29 mars 2011, 09 Civ. 8856 (RJS), XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 464; *Monégasque de Réassurances S.A.M. (Monde Re) c. Nak Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 novembre 2002, 017947, 01-9153; *TermoRio S.A. E.S.P. (Colombie), LeaseCo Group and others c. Electranta S.P. (Colombie)*, et al., Court of Appeals, District of Columbia Circuit (États-Unis d'Amérique), 25 mai 2007, 06-7058, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 955.

⁴¹²Par exemple, une juridiction israélienne et une juridiction américaine ont toutes deux eu à connaître de la même sentence, dont l'exécution n'était possible qu'en Bulgarie selon les stipulations de la convention d'arbitrage. Appliquant l'article III, la juridiction américaine a donné effet à la clause d'élection de for conformément au principe du *forum non conveniens* et a rejeté la demande. À l'inverse, une juridiction israélienne a accordé l'exécution, estimant que cette dernière ne pouvait être refusée que sur le fondement de l'article V de la Convention, lequel n'incluait pas le principe du *forum non conveniens*. Voir *Zeevi Holdings Ltd. (sous administration judiciaire) (Israël) c. République de Bulgarie*, tribunal de district de Jérusalem (Israël), 13 janvier 2009, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 632, et *Zeevi Holdings Ltd. c. The Republic of Bulgaria*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 29 mars 2011, 09 Civ. 8856 (RJS), XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 464. Sur la question de l'applicabilité de la règle du *forum non conveniens* dans le cadre de l'article III, voir le chapitre du Guide consacré à l'article III, par. 32 et note 427.

b) Application par les juridictions nationales

26. Dans de nombreuses décisions concernant l'article III, des juridictions ont appliqué des règles procédurales de la législation nationale qui régissent spécifiquement la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁴¹³.

27. Seules quelques décisions judiciaires traitent le cas où la législation nationale de l'État contractant ne prévoit aucune règle de procédure spécifiquement applicable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Des juridictions indiennes ont estimé qu'à défaut de telles règles, il convenait de transposer les règles de procédure applicables à la reconnaissance et à l'exécution des sentences nationales pour les appliquer aux sentences étrangères⁴¹⁴. La cour d'appel du Caire a confirmé que les États contractants n'étaient pas tenus d'adopter des règles procédurales spécifiques pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁴¹⁵. Des commentateurs de la Convention de New York considèrent eux aussi que, dès lors que la législation nationale de l'État contractant ne renferme aucune règle procédurale applicable à la reconnaissance et à l'exécution

⁴¹³Voir, par exemple, *Privilegiata Fabbrica Maraschino Excelsior Girolamo Luxardo SpA c. Agrarcommerz AG*, Cour de cassation (Italie), 15 janvier 1992, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 427; *ECONERG Ltd. (Croatie) c. Compagnie nationale d'électricité AD (Bulgarie)*, Cour suprême de cassation, collège civil, 5^e chambre civile (Bulgarie), 23 février 1999, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641; *F&G A.S.R. c. K, s.p.*, Cour suprême administrative (République tchèque), 29 mars 2001, XXXVIII Y.B. Com. Arb. (2013), p. 363; *Société d'études et de commerce SA (France) c. Weyl Beef Products BV*, tribunal de première instance d'Almelo (Pays-Bas), 19 juillet 2000, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001), p. 827; *Unión Naval de Levante S.A. c. Bisba Comercial Inc.*, Tribunal suprême (Espagne), 9 octobre 2003, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 623; *Brace Transport Corporation of Monrovia, Bermuda c. Orient Middle East Lines Ltd. and ors*, High Court du Gujarat (Inde), 19 avril 1985, AIR 1986 Guj 62; *Société roumaine c. Société panaméenne*, Cour suprême (Roumanie), 3 juin 1984, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 691; *WTB — Walter Thosti Boswau Bauaktiengesellschaft (Allemagne) c. Construire Coop. srl (Italie)*, Cour de cassation (Italie), 7 juin 1995, 6426; *Cocontractant c. Cocontractant*, Cour suprême d'appel, pourvoi en cassation (Koweït), 21 novembre 1988, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 748; *Al Ahrum Beverages Company c. Société française d'études et de construction*, cour d'appel de Tanta (Égypte), 17 novembre 2009, 42/42; *Abdel Wahed Hassan Suleiman c. Danish Dairy and Agriculture Seelizer Company*, cour d'appel du Caire (Égypte), 25 septembre 2005; *Omnipol c. Samiram*, cour d'appel du Caire (Égypte), 30 mai 2005, 10/122; *El Nasr Company for Fertilizers & Chemical Industries (SEMADCO) c. John Brown Deutsche Engineering*, cour de cassation (Égypte), 10 janvier 2005, 966/73; *Orient Middle East Lines Ltd., Bombay and others (Inde) c. M/s Brace Transport Corporation of Monrovia and another (Libéria)*, High Court du Gujarat (Inde), 19 avril 1985, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 648.

⁴¹⁴*Orient Middle East Lines Ltd., Bombay and others (Inde) c. M/s Brace Transport Corporation of Monrovia and another (Libéria)*, High Court du Gujarat (Inde), 19 avril 1985, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 648. La juridiction indienne a estimé que "si la loi [interne] en question ne dit rien sur les aspects procéduraux [...], alors [le Code de procédure civile et d'autres règles procédurales] du pays où la sentence est invoquée doivent être appliqués".

⁴¹⁵*Ahmed Mostapha Shawky c. Andersen Worldwide & Wahid El Din Abdel Ghaffar Megahed & Emad Hafez Ragheb & Nabil Istanbuly Akram Istanbuly*, cour d'appel du Caire (Égypte), 23 mai 2001, 25/116.

des sentences étrangères, il y a lieu d'appliquer les règles procédurales prévues pour les sentences nationales⁴¹⁶.

28. Différents types de règles procédurales internes ont été appliquées dans les décisions se rapportant à l'article III.

29. Dans plusieurs affaires, des juridictions ont appliqué les règles nationales qui déterminent l'autorité compétente pour connaître des demandes de reconnaissance et d'exécution des sentences étrangères. Ainsi, la Cour suprême de Roumanie a considéré que, selon l'article III, il fallait déterminer l'autorité judiciaire compétente en se fondant sur les règles de procédure du droit roumain⁴¹⁷. De même, une juridiction camerounaise a noté que la question de savoir quelle autorité judiciaire avait compétence pour examiner une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère relevait du droit camerounais⁴¹⁸.

30. Dans d'autres décisions rapportées sur l'article III, des juridictions ont estimé que la prescription applicable à la demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence étrangère est une question de procédure régie par le droit national. Par exemple, la Cour suprême du Canada, après avoir interprété le texte de la Convention et ses travaux préparatoires, a considéré que la Convention "visait à permettre aux États contractants d'imposer des délais de prescription pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'ils le désirent"⁴¹⁹. Des juridictions en Russie⁴²⁰, en Inde⁴²¹ et au Royaume-Uni⁴²² ont également appliqué les délais de prescription fixés dans les règles procédurales nationales conformément à l'article III de la Convention.

⁴¹⁶Voir, par exemple, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 982, par. 1671; Emilia Onyema, "Formalities of the Enforcement Procedure (Articles III and IV)", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 597, et plus précisément p. 603; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 238.

⁴¹⁷*Société roumaine c. Société panaméenne*, Cour suprême (Roumanie), 3 juin 1984, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 691.

⁴¹⁸*African Petroleum Consultants (APC) c. Société Nationale de Raffinage*, cour du ressort de Fako, OHADA (Cameroun), 15 mai 2002, HCF/91/M/2001-2002. Pour d'autres exemples, voir aussi cour d'appel de Porto (Portugal), 21 juin 2005, 0427126; *Brace Transport Corporation of Monrovia, Bermuda c. Orient Middle East Lines Ltd. and ors*, High Court du Gujarat (Inde), 19 avril 1985, AIR 1986 Guj 62; *Centrotex, S.A. (République tchèque) c. Agencia Gestora de Negocios, S.A. (Agensa) (Espagne)*, Tribunal suprême (Espagne), 13 novembre 2001, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 834.

⁴¹⁹*Yugraneft Corporation. c. Rexx Management Corporation*, cour suprême (Canada), 20 mai 2010, 2010 CSC 19.

⁴²⁰*OAO Ryazan Metal Ceramics Instrumentation Plant (Russie)*, Cour constitutionnelle (Fédération de Russie), 2 novembre 2011, 1479-O-O/2011.

⁴²¹*Brace Transport Corporation of Monrovia, Bermuda c. Orient Middle East Lines Ltd. and others*, High Court du Gujarat (Inde), 19 avril 1985, AIR 1986 Guj 62.

⁴²²*The Government of Kuwait c. Sir Frederick Snow & Partners and Others (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)*, Court of Appeal (Royaume-Uni), 17 mars 1983, IX Y.B. Com. Arb. (1984), p. 451.

31. Les principaux commentateurs confirment que le point de savoir quelle juridiction est compétente pour examiner une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence étrangère ou si des délais de prescription s'appliquent à la reconnaissance et à l'exécution est une question procédurale qui doit être régie par le droit interne de l'État contractant⁴²³.

32. On trouve dans la jurisprudence quelques exemples isolés dans lesquels des juridictions ont appliqué des règles nationales de procédure à la reconnaissance et à l'exécution des sentences étrangères, décisions dont certaines ont été critiquées par les commentateurs. Ces règles concernaient le classement des créanciers⁴²⁴, la compensation de créances⁴²⁵, l'application d'une clause d'élection de for⁴²⁶, le principe du *forum non conveniens*⁴²⁷ et des questions de protection diplomatique⁴²⁸.

C. Il ne sera pas imposé de conditions sensiblement

⁴²³Voir Maxi Scherer, "Article III (Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rule)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 193, et plus précisément p. 199 à 202; Andreas Börner, "Article III", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 115, et plus précisément p. 122 à 127; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 240. Voir aussi Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 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), A/CN.9/656/Add.1, p. 2 et 3.

⁴²⁴Voir, par exemple, *Artemis Shipping & Navigation Co. SA c. Tormar Shipping AS*, District Court, Eastern District of Louisiana (États-Unis d'Amérique), 9 décembre 2003, 03-217.

⁴²⁵Voir *Entreprise roumaine C. c. Partie allemande (République fédérale d'Allemagne)*, Landgericht [LG] de Hambourg, Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 27 mars 1974, 27 mars 1975, II Y.B. Com. Arb. (1977), p. 240. Cette décision a été critiquée par la doctrine. Voir, par exemple, Andreas Börner, "Article III", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 115, et plus précisément p. 130 et 131; Maxi Scherer, "Article III (Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rule)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 193, et plus précisément p. 203 et 204, qui considère "qu'il est contraire aux articles III et V d'autoriser les demandes reconventionnelles et les exceptions de compensation pendant la procédure de reconnaissance et d'exécution".

⁴²⁶*Zeevi Holdings Ltd. c. The Republic of Bulgaria*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 29 mars 2011, 09 Civ. 8856 (RJS), XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 464.

⁴²⁷*Monégasque de Réassurances S.A.M. (Monde Re) c. Nak Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 novembre 2002, 01-7947, 01-9153. Cette interprétation a été largement critiquée par les commentateurs. Voir, par exemple, American Law Institute, *Restatement of the Law — The U.S. Law of International Commercial Arbitration*, Tentative Draft No. 4 (17 avril 2015); George A. Bermann, "'Domesticating' the New York Convention: the Impact of the Federal Arbitration Act", 2(2) J. Int. Disp. Settlement (2011), p. 317, et plus précisément p. 326; Maxi Scherer, "Article III (Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rule)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 193 et plus précisément p. 203; William W. Park, "Respecting the New York Convention", 18(2) ICC Bull. (2007), p. 65, et plus précisément p. 68 à 72; Dimitri Santoro, "Forum Non Conveniens: A Valid Defense under the New York Convention?", 21 ASA Bull., (2003), p. 713, et plus précisément p. 723.

⁴²⁸Voir, par exemple, Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 4 octobre 2005, VII ZB 09/05; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 4 octobre 2005, VII ZB 8/05.

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

33. La seconde phrase de l'article III dispose qu' "[i]l 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". Cette règle limite la latitude dont disposent les États contractants pour déterminer les règles de procédure applicables à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères sur leur territoire. Comme le montrent les travaux préparatoires, cette limite, qualifiée de règle de "traitement national" ou de "non-discrimination"⁴²⁹, vise à empêcher les juridictions nationales d'imposer "des procédures inutilement compliquées" et des obstacles procéduraux insurmontables au stade de la reconnaissance et de l'exécution⁴³⁰.

34. Si la seconde phrase de l'article III interdit aux États contractants d'appliquer un traitement discriminatoire aux sentences étrangères, rien n'empêche en revanche les États d'assujettir la reconnaissance et l'exécution de ces sentences à des conditions moins rigoureuses que celles imposées aux sentences nationales. Les travaux préparatoires confirment que les rédacteurs de la Convention de New York ont volontairement rejeté l'idée selon laquelle les règles de procédure applicables aux

⁴²⁹Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 10^e séance, E/CONF.26/SR.10, p. 2 et 6. Les juridictions nationales ont employé d'autres expressions telles que "la disposition sur la non-discrimination", "l'interdiction de discrimination posée à l'article III" ou "le principe de l'équivalence". *OAO Rosneft (Fédération de Russie) c. Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg)*, Cour suprême (Pays-Bas), 25 juin 2010, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 423; *Catz International B.V. c. Gilan Trading KFT*, juge des référés du tribunal de district de Rotterdam et cour d'appel de La Haye (Pays-Bas), 28 février 2011 et 20 décembre 2011, XXXVII Y.B. Com. Arb. (2012), p. 271; Tribunal suprême de justice (Portugal), 19 mars 2009, 299/09; Tribunal suprême de justice (Portugal), 22 avril 2004, 04B705; *Gater Assets Ltd. c. Nak Naftogaz Ukrainiy*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007, A3/2007/0738; *Monégasque de Réassurances S.A.M. (Monde Re) c. Nak Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 novembre 2002, 01-7947, 01-9153.

⁴³⁰Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Note du Secrétaire général, E/CONF.26/2, p. 4; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères — Amendement à l'article II du projet de convention (Royaume-Uni), E/CONF.26/L.11; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 10^e séance, E/CONF.26/SR.10, p. 2; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères — Proposition de modification à l'amendement présenté par le Royaume-Uni à l'article II du projet de convention (Israël), E/CONF.26/L.21.

sentences étrangères doivent être identiques à celles applicables aux sentences nationales⁴³¹.

35. Ce point de vue est confirmé également par la jurisprudence rapportée. Ainsi, une cour d'appel italienne a estimé que l'article 825 du Code de procédure civile italien, lequel exige le dépôt d'une sentence nationale dans un délai de cinq jours après sa signature par les arbitres et une ordonnance d'exécution de la juridiction, ne devait pas s'appliquer aux sentences arbitrales étrangères⁴³².

36. Les principaux commentateurs confirment que la seconde phrase de l'article III ne signifie pas que les règles de procédure applicables à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères doivent nécessairement être identiques à celles qui régissent les sentences nationales⁴³³.

a) *Signification des termes "conditions" ou "frais de justice"*

37. La Convention ne définit pas les termes "conditions" ou "frais de justice". Très peu de juridictions ont été amenées à examiner le sens de ces termes dans leurs décisions.

38. Dans une affaire où une partie s'opposait à l'exécution d'une sentence au motif que les frais d'arbitrage imposés par le tribunal arbitral étaient "excessifs", une juridiction grecque a considéré que la notion de "frais de justice" dans la Convention renvoie aux "dépenses liées à la procédure de déclaration d'exécution de la sentence arbitrale étrangère", et non aux frais de procédure fixés par le tribunal arbitral étranger⁴³⁴.

39. Le terme "conditions" a été interprété comme désignant les règles procédurales et conditions auxquelles sont soumises la reconnaissance et l'exécution dans le droit interne de l'État contractant et non les raisons de fond justifiant un refus de reconnaître et d'exécuter une sentence en vertu de l'article V de la Convention⁴³⁵.

⁴³¹Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 10^e séance, E/CONF.26/SR.10, p. 4 et 5; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 11^e séance, E/CONF.26/SR.11, p. 5.

⁴³²*Ditte Frey, Milota et Seitelberger c. Ditte F. Cuccaro e figli*, cour d'appel de Naples (Italie), 13 décembre 1974, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 193.

⁴³³Voir, par exemple, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 982, par. 1671; Andreas Börner, "Article III", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 115, et plus précisément p. 119.

⁴³⁴*Propriétaire de navire (Malte) c. Sous-traitant*, Cour suprême (Grèce), 2007, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 565.

⁴³⁵Voir Maxi Scherer, "Article III (Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rule)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolf, dir. publ., 2012), p. 193, et plus précisément p. 205.

b) Application par les juridictions nationales

40. La seconde phrase de l'article III a été appliquée dans un certain nombre de décisions judiciaires⁴³⁶.

41. Dans certains cas, des juridictions ont refusé de soumettre la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères à certaines conditions qu'elles estimaient inapplicables aux sentences nationales. Ainsi, le Tribunal suprême du Portugal a jugé qu'une partie demandant l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère n'avait pas besoin d'obtenir préalablement la reconnaissance de ladite sentence, car cette exigence ne s'appliquait pas aux sentences nationales⁴³⁷. La Cour suprême des Pays-Bas a estimé que le fait d'imposer une règle autorisant les parties à se pourvoir en cassation pour obtenir l'annulation d'une décision d'exécution d'une sentence étrangère violerait l'article III, car ce pourvoi n'était pas ouvert aux parties pour les sentences nationales rendues aux Pays-Bas⁴³⁸. De même, une juridiction égyptienne a considéré que les dispositions régissant l'exécution des sentences étrangères dans le Code égyptien de procédure civile et commerciale imposaient des conditions plus rigoureuses que celles prévues dans la loi égyptienne sur l'arbitrage pour la reconnaissance et l'exécution des sentences nationales. Elle a donc décidé d'appliquer les dispositions de la loi égyptienne sur l'arbitrage à une sentence étrangère⁴³⁹. À Hong Kong, une juridiction a estimé que l'obligation faite à un créancier de fournir une garantie pour obtenir l'exécution d'une sentence étrangère revenait à lui imposer une condition plus stricte que celle à laquelle était assujéti un

⁴³⁶Voir, par exemple, *Glencore Grain Rotterdam B.V. c. Shivnath Rai Harnarain Company*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 26 mars 2002, 01-15539; *Société Y c. État X et société Z*, cour d'appel de Berlin (Allemagne), 10 août 2006, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 363; *B. c. A.*, cour d'appel de Lisbonne (Portugal), 12 juillet 2012, XXXVIII Y.B. Com. Arb. (2013), p. 443; *Xilam Films c. Lnk-Video S.A.*, cour d'appel de Lisbonne (Portugal), 12 juillet 2012, 7328/10.OTBOER.L1-1; Cour d'appel de Coimbra (Portugal), 19 janvier 2010, 70/09.6TBCBR.C1; Cour d'appel d'Évora (Portugal), 31 janvier 2008, 1141/06-2; Cour d'appel de Porto (Portugal), 26 octobre 2004, 0325170; Cour d'appel de Porto (Portugal), 2 octobre 2001, 0120965; *OAO Rosneft (Fédération de Russie) c. Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg)*, Cour suprême, 1^{re} chambre (Pays-Bas), 25 juin 2010, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 423; *S.A. (Belgique) c. B Sociedade Nacional, S.A.*, Tribunal suprême de justice (Portugal), 19 mars 2009, 299/09, XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 313.

⁴³⁷*S.A. (Belgique) c. B Sociedade Nacional, S.A.*, Tribunal suprême de justice (Portugal), 19 mars 2009, XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 313.

⁴³⁸*OAO Rosneft (Fédération de Russie) c. Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg)*, Cour suprême (Pays-Bas), 25 juin 2010, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 423.

⁴³⁹*Al Ahrām Beverages Company c. Société française d'études et de construction*, cour d'appel de Tanta (Égypte), 17 novembre 2009, 42/42; *Omnipol c. Samiram*, cour d'appel du Caire (Égypte), 30 mai 2005, 10/122; *Abdel Wahed Hassan Suleiman c. Danish Dairy and Agriculture Seelizer Company*, cour d'appel du Caire (Égypte), 25 septembre 2005; *El Nasr Company for Fertilizers & Chemical Industries (SEMADCO) c. John Brown Deutsche Engineering*, Cour de cassation (Égypte), 10 janvier 2005, 966/73; *John Brown Deutsche Engineering c. El Nasr Company for Fertilizers & Chemical Industries (SEMADCO)*, 32/119, cour d'appel du Caire (Égypte), 6 août 2003, 32/119; *United Engineering Industrial c. Mirco Trading SI*, cour d'appel du Caire (Égypte), 27 juillet 2003, 7/120.

créancier cherchant à obtenir l'exécution d'une sentence nationale, car "ce dernier [...] n'était pas soumis à une telle obligation"⁴⁴⁰.

42. Dans d'autres cas, des juridictions ont rejeté les arguments selon lesquels les conditions applicables à la reconnaissance et à l'exécution des sentences étrangères étaient plus strictes que celles applicables aux sentences nationales⁴⁴¹. Par exemple, une juridiction suisse a estimé que le recours à une procédure orale dans le cadre de l'exécution d'une sentence étrangère n'était pas contraire à l'article III au motif que ces débats oraux pouvaient aussi être utilisés pour l'exécution de sentences nationales⁴⁴². De même, selon une juridiction américaine, le fait que la législation interne applicable aux sentences nationales désigne automatiquement comme lieu de l'instance le district où la sentence arbitrale avait été rendue ne soumettait pas "[la reconnaissance ou l'exécution des sentences étrangères] à des conditions si rigoureuses que [la juridiction] doit ignorer l'esprit [de sa loi nationale] afin de respecter l'esprit de l'article III"⁴⁴³. La juridiction a noté que, en l'espèce, les parties pouvaient parvenir au même résultat en prévoyant le lieu de l'arbitrage dans leur convention.

⁴⁴⁰*T.K. Bulkhandling GmbH c. Meridian Success International Ltd.*, Court of First Instance, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong, 28 novembre 1990, 1998 n° MP 4765. Voir aussi *Shandong Hongri Acron Chemical Joint Stock Company Limited c. PetroChina International (Hong Kong) Corporation Limited*, Court of Appeal (Hong Kong), 13 juin 2011, 25 juillet 2011 et 11 août 2011, XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 287.

⁴⁴¹Voir, par exemple, *Monégasque de Réassurances S.A.M. (Monde Re) c. Nak Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 novembre 2002, 01-7947, 01-9153. Dans cette décision, la juridiction américaine a considéré que la règle du *forum non conveniens* n'imposait pas de conditions plus strictes aux sentences étrangères dès lors que les sentences nationales y étaient également soumises.

⁴⁴²*N. Z. c. I. (Roumanie)*, cour d'appel du canton de Bâle-Ville (Suisse), 27 février 1989, XVII Y.B. Com. Arb. (1992), p. 581. Pour d'autres exemples, voir aussi *Gouvernement de la Fédération de Russie c. Compagnie Noga d'importation et d'exportation*, cour d'appel de Paris (France), 22 mars 2001, 2001/208101.

⁴⁴³*Canada Inc. (f/k/a Nora Beverages, Inc.) c. North Country Natural Spring Water Ltd.*, District Court, Eastern District Pennsylvania (États-Unis d'Amérique), 21 octobre 2002, 02-1416.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article IV tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/CONF.26/3; E/CONF.26/3/Add.1;

- Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l'arbitrage commercial international: Rapport d'ensemble du Secrétaire général: E/CONF.26/4.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.17; E/CONF.26/L.31; E/CONF.26/L.34;
- Comparaison des divers textes proposés pour les articles III, IV et V: E/CONF.26/L.33/Rev.1;
- France, République fédérale d'Allemagne et Pays-Bas: document de travail sur les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.40;
- Texte proposé par le Groupe de travail n° 3 pour les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.43;
- Texte des articles III, IV et V de la Convention adopté par la Conférence à sa 17^e séance: E/CONF.26/L.48;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 11^e, 12^e, 13^e, 14^e, 17^e et 23^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.12; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.17; E/CONF.26/SR.23;
- Compte rendu analytique de la 7^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.7.
- (Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)
- (Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. L'article IV de la Convention régit les conditions de forme que doit remplir un demandeur pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence au titre de l'article III. Il vise à faire en sorte que la juridiction d'exécution dispose des

preuves nécessaires attestant que la demande de reconnaissance et d'exécution ainsi présentée "constitue l'état réel de la situation"⁴⁴⁴.

2. Conformément aux objectifs généraux de la Convention, l'article IV vise à aplanir les difficultés liées aux conditions de forme auxquelles devait satisfaire un demandeur, en application des régimes antérieurs, pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence.

3. Comme il est mentionné ailleurs dans le présent Guide⁴⁴⁵, l'exigence du "double *exequatur*" représentait, avant l'adoption de la Convention, l'un des principaux obstacles à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence⁴⁴⁶. La Convention de Genève de 1927 exigeait de la partie qui invoquait une sentence ou qui en demandait l'exécution qu'elle fournisse notamment "les pièces et renseignements de nature à établir que la sentence [était] devenue définitive [...] dans le pays où elle a [vait] été rendue"⁴⁴⁷. Dans les faits, dans la plupart des pays, la preuve du caractère définitif de la sentence ne pouvait être obtenue qu'en demandant la reconnaissance et l'exécution de cette sentence devant les juridictions nationales, et le demandeur qui en sollicitait l'exécution devait alors apporter la preuve de *l'exequatur* de la sentence dans le pays du siège de l'arbitrage⁴⁴⁸. Outre la preuve du caractère définitif de la sentence, la Convention de Genève de 1927 exigeait du demandeur qu'il produise diverses autres pièces justificatives⁴⁴⁹, si bien qu'une lourde charge incombait à la partie qui cherchait à obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence.

4. La Convention de New York a permis de supprimer l'obligation faite au demandeur de fournir la preuve du caractère définitif de la sentence. Si la première mouture de l'article IV énonçait des conditions très semblables à celles de la

⁴⁴⁴Emilia Onyema, "Formalities of the Enforcement Procedure (Articles III and IV)", dans *Enforcement Of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 597, et plus précisément p. 605.

⁴⁴⁵Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 e), par. 2 à 4.

⁴⁴⁶Voir Jan Kleinheisterkamp, "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par. 9 à 12 (www.mpepil.com, dernière mise à jour en 2008); Dirk Otto, "Article IV", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 143, et plus précisément p. 145.

⁴⁴⁷Article 4 de la Convention de Genève de 1927.

⁴⁴⁸Dirk Otto, "Article IV", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 143, et plus précisément p. 145; Reinmar Wolff, "Commentary on Article IV", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 207, et plus précisément p. 209.

⁴⁴⁹Voir l'article 4, paragraphe 3, de la Convention de Genève de 1927 (obligeant le demandeur à fournir des preuves documentaires attestant notamment que les conditions prévues à l'article premier, alinéas a) et c), étaient remplies. Ces alinéas, pour leur part, exigeaient que "la sentence [fût] rendue à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire valables d'après la législation qui leur [était] applicable" et que "la sentence [fût] prononcée par le tribunal arbitral prévu par le compromis ou la clause compromissoire, ou constitué conformément à l'accord des parties et aux règles de droit applicables à la procédure d'arbitrage").

Convention de Genève de 1927⁴⁵⁰, cette idée a été abandonnée au cours des négociations. L'initiative est venue en premier lieu du représentant des Pays-Bas, lequel avait fait remarquer qu'exiger du demandeur qu'il apportât la preuve que la sentence était finale, ou que son exécution n'avait pas été suspendue par une juridiction du pays dans lequel elle avait été rendue, revenait à ce que fût apportée la preuve de faits négatifs et, partant, à placer un lourd fardeau sur le demandeur⁴⁵¹. Le représentant des Pays-Bas a proposé que le demandeur ne soit obligé de fournir que la sentence arbitrale et la convention d'arbitrage (ainsi que leur traduction, le cas échéant), et que la charge de prouver que la sentence n'était pas finale dans le pays du lieu de l'arbitrage soit transférée à la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution. Lors des négociations, d'autres délégations ont appuyé la proposition néerlandaise⁴⁵² et l'obligation faite au demandeur d'apporter la preuve du caractère définitif de la sentence a été supprimée de la version finale de l'article IV⁴⁵³.

5. Conformément au paragraphe 1 de l'article IV, un demandeur sollicitant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence est tenu de fournir à la juridiction d'exécution deux documents: l'original dûment authentifié de la sentence (ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité) et l'original de la convention visée à l'article II (ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité). Conformément au paragraphe 2 du même article, si ces deux documents ne sont pas rédigés dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, le demandeur est tenu d'en produire une traduction.

6. Aussi l'article IV de la Convention impose-t-il des exigences nettement moins strictes que celles de la Convention de Genève de 1927. De cette façon, la Convention supprime les conditions de forme inutiles et garantit que les sentences arbitrales étrangères sont reconnues et exécutées le plus tôt possible⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, annexe, p. 1.

⁴⁵¹Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/CONF.26/3/Add.1, par. 7.

⁴⁵²Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 12^e séance, E/CONF.26/SR.12, p. 4; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 2.

⁴⁵³Cette suppression a été saluée comme une "révolution" et "l'un des acquis majeurs de la Convention de New York". Voir Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 247; Emmanuel Gaillard, "The Relationship of the New York Convention with other Treaties and with Domestic Law", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 69, et plus précisément p. 87.

⁴⁵⁴Il convient de noter que l'article 35-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui reprend l'article IV de la Convention, a été modifié en 2006 pour assouplir les conditions de forme: aucun original "dûment authentifié" de la sentence ni aucune "copie [de cet original] certifiée conforme" ne sont requis, et la présentation d'une copie de la convention d'arbitrage n'est plus nécessaire non plus.

Analyse

Principes généraux

A. Présomption de droit à la reconnaissance et à l'exécution

7. Les juridictions nationales estiment qu'une fois que le demandeur a fourni les documents visés à l'article IV, on considère qu'il s'est vu accorder une présomption de droit à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence.

8. Par exemple, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a conclu que, lorsqu'une partie demandant la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence a, conformément à l'article 102-1 de la loi de 1996 sur l'arbitrage — qui donne effet à l'article IV de la Convention —, produit l'original dûment authentifié de la sentence (ou une copie certifiée conforme) ainsi que l'original de la convention d'arbitrage (ou une copie certifiée conforme), elle obtient une présomption de droit à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence⁴⁵⁵. Par la suite, toujours selon la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles, la reconnaissance et l'exécution ne peuvent être refusées que si la partie qui s'y oppose prouve que la situation relève de l'article 103-2 de la loi sur l'arbitrage — qui reprend directement l'article V-1 de la Convention et dont le libellé équivaut à cet article⁴⁵⁶. La Cour de cassation italienne a jugé pareillement que la charge imposée à la partie demandant l'exécution se limite à la production des documents requis au titre de l'article IV, en conséquence de quoi le caractère exécutoire de la sentence est présumé⁴⁵⁷. Les juridictions d'autres pays, au nombre desquels l'Espagne, les États-Unis et le Japon ont retenu la même approche⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵*Yukos Oil Co. c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, [2002] EWCA Civ 543.

⁴⁵⁶*Id.*

⁴⁵⁷*WTB – Walter Thosti Boswau Bauaktiengesellschaft c. Costruire Coop. srl*, Cour de cassation (Italie), 7 juin 1995, 6426.

⁴⁵⁸Voir, par exemple, *Cominco France S. A. c. Soquiber S. L.*, Tribunal supérieur de justice (Espagne), 24 mars 1982, VIII Y.B. Com. Arb. (1983), p. 408; *Czarina, L.L.C. c. W.F. Poe Syndicate*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 4 février 2004, 358 F.3d 1286; *Acheteur c. Vendeur*, haute cour de Tokyo (Japon), 27 janvier 1994, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 742. Voir également Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 247 et 248; Emilia Onyema, "Formalities of the Enforcement Procedure (Articles III and IV)", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 597, et plus précisément p. 605.

B. Un ensemble exhaustif d'exigences

9. Le paragraphe 1 de l'article IV mentionne deux pièces que le demandeur doit fournir à la juridiction d'exécution afin de faire reconnaître et exécuter la sentence: l'original dûment authentifié de la sentence (ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité) et l'original de la convention visée à l'article II (ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité). Quelques décisions ont abordé la question de savoir si les documents visés à l'article IV-1 et, le cas échéant, leur traduction, sont les seuls documents que doit fournir un demandeur pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence.

10. La plupart des juridictions ont jugé que les documents requis au titre de l'article IV sont les seuls documents que doit fournir un demandeur pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence. Par exemple, la Cour de cassation italienne a estimé que la partie demandant l'exécution ne doit présenter, conformément à l'article IV, que l'original de la sentence et la convention d'arbitrage⁴⁵⁹. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal suprême espagnol a statué que l'article IV fait obligation à la partie demandant l'exécution de ne fournir, lorsqu'elle dépose sa demande, que la sentence et la convention d'arbitrage. Selon le Tribunal suprême espagnol, des documents complémentaires peuvent être déposés en réponse aux exceptions soulevées par la partie s'opposant à l'exécution, mais seulement après que celles-ci ont été soulevées⁴⁶⁰. La Cour suprême de Grèce a également considéré qu'un demandeur ne doit fournir, pour obtenir l'exécution, que les documents visés à l'article IV⁴⁶¹. Les juridictions d'autres pays, parmi lesquels l'Autriche, le Mexique et les Pays-Bas, ont suivi la même voie⁴⁶².

11. Pendant la rédaction de l'article IV, il avait été proposé que soit imposée au demandeur — comme au titre de la Convention de Genève de 1927 — l'obligation de fournir des “pièces et renseignements” supplémentaires pour obtenir le droit à

⁴⁵⁹*Tortora Amedeo c. Tolimar S.A.*, Cour de cassation (Italie), 27 juin 1983, 4399, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 470.

⁴⁶⁰*Kil Management A/S (Danemark) c. J. García Carrión, S.A.* (Espagne), Tribunal suprême, chambre civile (Espagne), 28 mars 2000, 1724 de 1998, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 518.

⁴⁶¹Voir Cour suprême (Grèce), 1973, décision n° 926, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 186. Voir également cour d'appel d'Athènes (Grèce), 1972, décision n° 2768, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 186.

⁴⁶²Voir Cour suprême (Autriche), 21 février 1978, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 418; *Presse Office S.A. c. Centro Editorial Hoy S.A.*, Tribunal supérieur de justice, 18^e chambre civile de première instance pour le district fédéral de Mexico (Mexique), 24 février 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 301; *Palm and Vegetable Oils SDN. BHD. c. Algemene Oliehandel International B.V.*, Président du tribunal d'Utrecht (Pays-Bas), 22 novembre 1984, XI Y.B. Com. Arb. (1986), p. 521. Pour un avis minoritaire selon lequel un refus de reconnaissance et d'exécution pourrait se fonder sur le défaut de présentation de documents supplémentaires, tels un certificat attestant que la sentence est entrée en vigueur ou les règles d'arbitrage applicables, voir, respectivement, *ECONERG Ltd. c. Compagnie nationale d'électricité AD*, Cour suprême de cassation, collège civil, 5^e chambre civile (Bulgarie), 23 février 1999, 356/99, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641; *Glencore Grain Ltd. c. TSS Grain Millers Ltd.*, High Court de Mombasa (Kenya), 5 juillet 2002, action civile n° 388 de 2000, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 666.

la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence⁴⁶³. Cette proposition fut rejetée. Il est donc clair que les rédacteurs de la Convention avaient envisagé la possibilité d'exiger des demandeurs qu'ils présentent d'autres documents, et qu'ils l'ont formellement rejetée.

12. Les commentateurs ont confirmé l'interprétation selon laquelle, pour faire reconnaître et exécuter une sentence, un demandeur n'est tenu de fournir que les documents visés à l'article IV⁴⁶⁴.

C. Les demandeurs peuvent-ils fournir une partie, et non l'intégralité, des documents visés à l'article IV?

13. L'article IV prévoit que le demandeur "doit fournir" les documents qui y sont spécifiés. La question s'est posée devant les juridictions de savoir si un demandeur devait se conformer strictement aux dispositions de l'article IV ou si une approche plus souple pouvait être appliquée.

a) Documents spécifiés à l'article IV-1

14. La jurisprudence dont il a été fait état montre que certaines juridictions ont insisté pour que les demandeurs fournissent tous les documents selon les modalités prescrites à l'article IV-1, tandis que d'autres ont octroyé la reconnaissance et accordé l'exécution d'une sentence bien que le demandeur n'eût pas présenté l'original dûment authentifié de la sentence ou l'original de la convention d'arbitrage (ou des copies certifiées conformes).

15. Dans certains cas, les juridictions ont refusé l'exécution, le demandeur n'ayant fourni ni l'un des documents ni les deux, comme l'exige l'article IV-1. Par exemple, les juridictions italiennes ont rejeté des demandes de reconnaissance et d'exécution au motif que le demandeur n'avait pas présenté l'original dûment authentifié de la

⁴⁶³Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 6 et 7 (il avait été proposé que soit imposée au demandeur l'obligation de fournir "les pièces et renseignements de nature à établir que les conditions prévues aux articles suivants sont remplies").

⁴⁶⁴Voir Emilia Onyema, "Formalities on the Enforcement Procedure (Articles III and IV)", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 597, et plus précisément p. 605; Dirk Otto, "Article IV", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 143, et plus précisément p. 148; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 248.

sentence ou une copie certifiée conforme de la convention d'arbitrage⁴⁶⁵. De même, le Tribunal suprême espagnol a refusé l'exécution au motif que le demandeur n'avait pas fourni les documents visés à l'article IV. Dans une affaire, l'exécution n'a pas été accordée du fait que le demandeur n'avait pas présenté la convention d'arbitrage visée à l'article IV-1 b) de la Convention⁴⁶⁶. Dans une autre, la juridiction a refusé l'exécution parce que le demandeur, au mépris des exigences de l'article IV, avait fourni des copies non authentifiées et non certifiées conformes des sentences et avait par ailleurs omis de présenter la convention d'arbitrage⁴⁶⁷. Des juridictions en Chine⁴⁶⁸ et aux États-Unis⁴⁶⁹ ont également refusé l'exécution, lorsqu'une partie avait omis de fournir un document comme l'exige l'article IV.

16. Les juridictions suisses ont suivi une approche plus souple et, lorsque le demandeur n'avait pas montré que le document requis était dûment authentifié ou certifié conforme, elles ont estimé que l'exécution devait être accordée si la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution ne contestait pas l'authenticité du document en question⁴⁷⁰. Dans une autre affaire portée devant le tribunal de commerce de Zurich, ce dernier a accordé l'exécution bien que le demandeur lui eût présenté une photocopie non certifiée conforme de la sentence⁴⁷¹. Il a jugé qu'une norme trop stricte ne devait pas s'appliquer aux conditions de forme à remplir pour la soumission des documents, lorsque les conditions de reconnaissance n'étaient pas remises en cause et ne faisaient l'objet d'aucun doute.

17. D'autres juridictions ont accordé l'exécution bien que le demandeur n'eût pas fourni l'original de la convention d'arbitrage (ou de copie certifiée conforme). Pour ce faire, des juridictions allemandes se sont souvent inspirées de la clause de

⁴⁶⁵*Jassica S.A. c. Ditta Polojaz*, Cour de cassation (Italie), 12 février 1987, 1526, XVII Y.B. Com. Arb. (1992), p. 525. Voir également *Israel Portland Cement Works (Nesher) Ltd. c. Moccia Irme SpA*, Cour de cassation (Italie), 19 décembre 1991, 13665, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 419; *Globtrade Italiana srl c. East Point Trading Ltd.*, Cour de cassation (Italie), 8 octobre 2008, 24856.

⁴⁶⁶*Glencore Grain Limited (Royaume-Uni) c. Sociedad Ibérica de Molturación, S.A.* (Espagne), Tribunal suprême (Espagne), 14 janvier 2003, 16508/2003, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 605.

⁴⁶⁷*Satico Shipping Company Limited (Chypre) c. Maderas Iglesias (Espagne)*, Tribunal suprême, chambre civile (Espagne), 1^{er} avril 2003, 2009 de 2001, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 582.

⁴⁶⁸*Hanjin Shipping Co., Ltd. c. Guangdong Fuhong Oil Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 2 juin 2006, [2005] Min Si Ta Zi n° 53; *Concordia Trading B.V. c. Nantong Gangde Oil Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 3 août 2009, [2009] Min Si Ta Zi n° 22.

⁴⁶⁹*Voir Czarina, L.L.C. c. W.F. Poe Syndicate*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 4 février 2004, 358 F.3d 1286; *Guang Dong Light Headgear Factory Co. c. ACI Int'l, Inc.*, District Court, District of Kansas (États-Unis d'Amérique), 10 mai 2005, 03-4165-JAR.

⁴⁷⁰Tribunal de commerce de Zurich (Suisse), 20 avril 1990, 21, XVII Y.B. Com. Arb. (1992), p. 584; *Inter Maritime Management S.A. c. Russin & Vecchi*, Tribunal fédéral (Suisse), 9 janvier 1995, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 789; Tribunal fédéral (Suisse), 4 octobre 2010, 4A_124/2010; Tribunal fédéral (Suisse), 10 octobre 2011, 5A_427/2011.

⁴⁷¹Tribunal de commerce de Zurich (Suisse), 20 avril 1990, 21, XVII Y.B. Com. Arb. (1992), p. 584.

faveur énoncée à l'article VII-1⁴⁷², estimant qu'il n'est pas nécessaire que le demandeur présente la convention d'arbitrage visée à l'article IV-1 b), dans la mesure où le droit interne allemand ne l'exige pas.

b) Documents spécifiés à l'article IV-2

18. Il est arrivé que les juridictions fassent preuve de souplesse par rapport à la disposition de l'article IV-2 obligeant le demandeur à fournir une traduction des pièces visées à l'article IV-1. Par exemple, les juridictions néerlandaises ont estimé les traductions inutiles lorsque les documents en question avaient été établis dans des langues qu'elles comprenaient⁴⁷³. Dans une affaire portée devant le tribunal de district d'Amsterdam, le demandeur avait présenté des copies certifiées conformes de la sentence et de la convention d'arbitrage, toutes deux rédigées en anglais, sans en fournir de traduction en néerlandais⁴⁷⁴. Faisant observer qu'il maîtrisait suffisamment la langue anglaise, le tribunal n'a pas exigé qu'une traduction lui soit remise et a conclu que les conditions prévues à l'article IV étaient remplies⁴⁷⁵.

19. Une juridiction norvégienne a également estimé, compte tenu du fait qu'elle maîtrisait suffisamment la langue dans laquelle la sentence avait été rédigée, qu'il n'y avait pas lieu d'en présenter une traduction⁴⁷⁶.

20. Comme dans le cas des pièces requises au titre de l'article IV-1, les juridictions allemandes se sont appuyées sur l'article VII-1 de la Convention et ont considéré qu'un demandeur n'était pas tenu de fournir une traduction pour que sa demande soit jugée recevable⁴⁷⁷. Elles ont estimé de la même manière que lorsque

⁴⁷²Voir Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 11 août 2000, 4 Z Sch 05/00; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 15 mars 2006, 34 Sch 06/05; Kammergericht [KG] (Allemagne), 10 août 2006, 20 Sch 07/04; Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 14 décembre 2006, 8 Sch 14/05; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 23 février 2007, 34 Sch 31/06. Pour une analyse plus détaillée des relations entre les articles IV et VII, voir le chapitre du Guide consacré à l'article VII, par. 36 à 38.

⁴⁷³*China Packaging Design Corporation c. SCA Recycling Reukema Trading B.V.*, tribunal de première instance de Zutphen (Pays-Bas), 11 novembre 1998, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 724. Voir également *LoJack Equipment Ireland Ltd. (Irlande) c. A*, tribunal de commerce d'Amsterdam (Pays-Bas), 18 juin 2009, 411230/KG RK 08-3652, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 715.

⁴⁷⁴*China Packaging Design Corporation c. SCA Recycling Reukema Trading B.V.*, tribunal de première instance de Zutphen (Pays-Bas), 11 novembre 1998, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 724.

⁴⁷⁵*SPP (Moyen-Orient) Ltd. c. République arabe d'Égypte*, Président du tribunal de district d'Amsterdam (Pays-Bas), 12 juillet 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 487.

⁴⁷⁶*Pulsarr Industrial Research B.V. (Pays-Bas) c. Nils H. Nilsen A.S. (Norvège)*, tribunal d'exécution de Vardo (Norvège), 10 juillet 2002, XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 821.

⁴⁷⁷Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 11 août 2000, 4 Z Sch 05/00; *Société commerciale K (Syrie) c. Bayerischen Motoren Werke AG (Allemagne)*, Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 23 septembre 2004, 4Z Sch 005-04; Kammergericht [KG] (Allemagne), 10 août 2006, 20 Sch 07/04.

des traductions sont fournies, elles ne sont pas soumises aux conditions de certification prévues à l'article IV-2⁴⁷⁸.

D. "[E]n même temps que la demande"

21. L'article IV prévoit expressément que le demandeur doit fournir les documents qui y sont visés "en même temps que la demande". La question s'est posée de savoir si, lorsqu'un demandeur n'avait pas fourni les pièces requises en même temps que la demande, il pouvait les présenter à un stade ultérieur de la procédure d'exécution.

22. Les juridictions italiennes ont estimé que le défaut de présentation des documents requis au titre de l'article IV au moment même où la demande est introduite entraînerait le rejet de la demande de reconnaissance et d'exécution⁴⁷⁹. L'approche des juridictions italiennes semble procéder de leur prise en compte de la production de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage en tant que condition préalable à l'ouverture de la procédure d'exécution⁴⁸⁰. Parallèlement, la Cour de cassation italienne a précisé que le rejet d'une demande pour défaut de production des pièces requises ne remet pas en cause le bien-fondé de la demande d'exécution et, dès lors, n'empêche pas qu'une nouvelle demande soit introduite ultérieurement⁴⁸¹.

23. La plupart des autres juridictions ont considéré qu'un demandeur pouvait fournir les documents requis au cours de la procédure d'exécution. Par exemple, dans une affaire portée devant les juridictions chinoises, la Cour populaire suprême a annulé une décision de la haute cour de la province de Shanxi refusant l'exécution d'une sentence au motif que le demandeur n'avait pas présenté une copie certifiée conforme de la convention d'arbitrage⁴⁸². La Cour populaire suprême a estimé que

⁴⁷⁸Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 15 juillet 2003, 16 Sch 01/03; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 25 septembre 2003, III ZB 68/02.

⁴⁷⁹Voir *Lezina Shipping Co. S.A. c. Casillo Grani snc*, cour d'appel de Bari (Italie), 19 mars 1991, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 585; *Israel Portland Cement Works (Nesher) Ltd. c. Moccia Irme SpA*, Cour de cassation (Italie), 19 décembre 1991, 13665, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 419; *s.r.l. Ditta Michele Tavella c. Palmco Oil Mill L.D.N. B.M.D.*, Cour de cassation (Italie), 12 novembre 1992, 12187, XIX Y.B. Com. Arb. (1994), p. 692; *srl Campomarzio Impianti c. Lampart Vegypary Gepgyar*, Cour de cassation (Italie), 20 septembre 1995, 9980, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 698; *Microwave s.r.l. en liquidation c. Indicia Diagnostics S.A.*, Cour de cassation (Italie), 23 juillet 2009, 17291.

⁴⁸⁰*Lezina Shipping Co. S.A. c. Casillo Grani snc*, cour d'appel de Bari (Italie), 19 mars 1991, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 585.

⁴⁸¹*s.r.l. Campomarzio Impianti c. Lampart Vegypary Gepgyar*, Cour de cassation (Italie), 20 septembre 1995, 9980, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 698 (qui marque un revirement par rapport à l'arrêt *Israel Portland Cement Works (Nesher) Ltd. c. Moccia Irme SpA*, Cour de cassation (Italie), 19 décembre 1991, 13665, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 419).

⁴⁸²*Wei Mao International (Hong Kong) Co. Ltd. (Région administrative spéciale de Hong Kong) c. Shanxi Tianli Industrial Co. Ltd. (République populaire de Chine)*, Cour populaire suprême (Chine), 5 juillet 2004.

la demande ne devait pas être rejetée au seul motif que les pièces transmises étaient incomplètes, et que ce caractère incomplet ne devait pas servir d'argument pour refuser de reconnaître et d'exécuter la sentence arbitrale. Elle a affirmé au contraire que le demandeur, en de telles circonstances, devait être tenu de fournir dans un délai raisonnable les pièces exigibles.

24. Les juridictions en Suisse⁴⁸³, aux États-Unis⁴⁸⁴ et en Inde⁴⁸⁵ ont aussi adopté cette approche et ont généralement accordé l'exécution d'une sentence lorsque la pièce requise qui n'avait pas été fournie avec la demande avait été produite pendant le déroulement de la procédure.

Article IV-1 a)

25. Le paragraphe 1 a) de l'article IV fait obligation au demandeur de présenter, afin d'obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence, "[l]'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité".

26. La jurisprudence dont il a été fait état concernant l'article IV-1 a) traite surtout des questions se rapportant au contenu de la sentence⁴⁸⁶ et à la forme sous laquelle elle est fournie par le demandeur, ainsi qu'aux processus d'authentification et de certification.

A. L'obligation faite au demandeur de fournir la "sentence"

a) *Le contenu de la sentence*

27. L'article IV ne prévoit aucune exigence spécifique précisant ce que doit contenir la sentence pour obtenir la reconnaissance et l'exécution. Plusieurs éléments, exposés ci-dessous, ont été pris en considération par les juridictions.

⁴⁸³Tribunal fédéral (Suisse), 8 décembre 2003, 4P.173/2003/ech.

⁴⁸⁴*China National Building Material Investment Co. Ltd. c. BNK International LLC*, District Court, Western District of Texas, Austin Division (États-Unis d'Amérique), 3 décembre 2009, A-09-CA-488-SS.

⁴⁸⁵*Renusagar Power Company c. General Electric Company*, High Court de Bombay (Inde), 12 octobre 1989.

⁴⁸⁶La question de savoir ce qui constitue une sentence est traitée plus haut et ne sera pas abordée ici.

28. *Intégralité de la sentence.* Dans un *obiter dictum*, une juridiction autrichienne a indiqué que le terme “sentence”, au sens de l'article IV, se rapportait à l'intégralité de la sentence, à savoir l'introduction, le *dictum* et les motifs de la décision⁴⁸⁷.

29. *Noms des parties.* Dans une affaire, la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud a estimé que les noms des parties devaient figurer dans la sentence. Dans ladite affaire, la partie s'opposant à l'exécution avait fait valoir que le nom utilisé pour le défendeur dans la sentence n'était pas le sien. La Cour suprême a examiné la sentence et a constaté que celle-ci se référait bien à la partie s'opposant à l'exécution, même si un nom inexact avait été employé⁴⁸⁸.

30. Un commentateur a affirmé que les noms des parties doivent figurer dans la sentence fournie par le demandeur pour que cette dernière soit exécutoire⁴⁸⁹.

31. *Noms et signatures des arbitres.* Ont fait l'objet de plus amples discussions au sein des juridictions la question de savoir si la sentence fournie par le demandeur devait comporter les noms et signatures de tous les arbitres et celle de savoir si les signatures de ceux-ci devaient être authentifiées.

32. Dans des décisions rendues par le passé, deux juridictions — dans deux contextes différents — ont exigé que la sentence produite porte la signature (authentifiée) de chacun des trois arbitres. Ainsi, dans la première affaire, une juridiction italienne avait estimé que les signatures de tous les arbitres devaient être authentifiées sur la copie fournie par le demandeur⁴⁹⁰. Dans ladite affaire, le demandeur cherchait à faire exécuter une sentence rendue à Londres. Ayant constaté que seules deux signatures d'arbitres sur trois avaient été authentifiées, la juridiction a refusé l'exécution de la sentence. Elle a fait observer que, tandis que l'authentification de deux signatures aurait suffi en droit anglais pour que la sentence soit considérée comme authentique, en droit italien — qui, d'après la juridiction d'exécution, régissait l'authentification — toutes les signatures devaient être authentifiées. La décision de la juridiction ne se fonde donc pas sur l'article IV, mais procède plutôt de l'application par celle-ci du droit italien.

33. Dans la seconde affaire, une juridiction allemande a rejeté une demande d'exécution d'une sentence rendue conformément au règlement du Comité d'arbitrage de Copenhague pour le commerce des céréales et fourrages (Copenhague

⁴⁸⁷*D S.A. (Espagne) c. W GmbH (Autriche)*, Cour suprême (Autriche), 26 avril 2006, 3Ob211/05h, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 259.

⁴⁸⁸*LKT Industrial Berhad (Malaisie) c. Chun*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 13 septembre 2004, 50174.

⁴⁸⁹Dirk Otto, “Article IV”, dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento *et al.*, dir. publ., 2010), p. 143, et plus précisément p. 154.

⁴⁹⁰*SODIME – Società Distillerie Meridionali c. Schuurmans & Van Ginneken BV*, Cour de cassation (Italie), 14 mars 1995, 2919, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 607.

Arbitration Committee for Grain and Feedstuff Trade), notamment au motif que la copie de la sentence présentée par le demandeur ne comportait pas les noms des arbitres⁴⁹¹. La juridiction a relevé qu'en application dudit règlement alors en vigueur, les parties à une procédure arbitrale se voyaient fournir un extrait de la sentence qui ne comportait que le nom du Président du Comité, pas celui des arbitres. La juridiction a estimé que ces règles ne changeaient rien le fait qu'une copie d'une sentence devait, au titre de l'article IV, rigoureusement correspondre à l'original de la sentence et que les noms et les signatures des arbitres devaient y figurer.

34. À l'inverse, dans une décision de 2010, le Tribunal fédéral suisse a accordé l'exécution bien qu'il manquât une signature ou plus sur la sentence fournie par le demandeur. Il a rejeté l'argument de la partie s'opposant à l'exécution, selon lequel le demandeur n'avait pas rempli les conditions de l'article IV puisqu'il avait présenté une sentence qui n'avait été signée que par le Président du tribunal arbitral. Le Tribunal fédéral a jugé que les conditions de forme visées à l'article IV ne devaient pas être interprétées de manière restrictive, la Convention ayant pour objet de faciliter l'exécution des sentences arbitrales⁴⁹².

b) La forme de la sentence

i) Sentences partielles

35. Dans deux affaires portées devant des juridictions italiennes, la question s'est posée de savoir si, en sus de fournir la sentence définitive sur les dommages-intérêts, le demandeur devait présenter la sentence partielle sur la responsabilité afin d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de la sentence.

36. Dans la première, la cour d'appel de Bologne a refusé l'exécution après avoir estimé que, dans les circonstances de l'espèce, la sentence finale était indissociable de la sentence partielle. La cour d'appel a considéré que cette dernière était nécessaire, la sentence finale n'ayant ni établi la responsabilité ni ordonné à la partie contre laquelle l'exécution était demandée de procéder à quelque paiement que ce fût⁴⁹³.

37. Dans la seconde, la cour de cassation a annulé la décision de la juridiction inférieure écartant une demande d'exécution au motif que le demandeur n'avait

⁴⁹¹Oberlandesgericht [OLG] de Cologne (Allemagne), 10 juin 1976, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 258.

⁴⁹²Tribunal fédéral (Suisse), 4 octobre 2010, 4A_124/2010. La Cour suprême autrichienne a estimé qu'une sentence signée par la majorité des arbitres peut être reconnue du moment qu'il y est expliqué pourquoi un arbitre n'a pas signé la sentence. Voir Cour suprême (Autriche), 13 avril 2011, 3 Ob 154/10h.

⁴⁹³Cour d'appel de Bologne (Italie), 4 février 1993, XIX Y.B. Com. Arb. (1994), p. 700.

pas fourni de copie de la sentence partielle avec la sentence finale⁴⁹⁴. La Cour de cassation a estimé que, dès l'instant où le demandeur présentait la sentence finale, il satisfaisait aux conditions de l'article IV, et que la juridiction inférieure aurait plutôt dû déterminer si l'exécution de la sentence finale séparément de la sentence partielle pouvait entrer dans le champ d'application de l'un des motifs de refus de l'exécution, énumérés de manière exhaustive à l'article V-1 ou à l'article V-2.

ii) *Opinions dissidentes*

38. Les juridictions ont toujours considéré que le demandeur satisfait aux conditions de l'article IV, même s'il n'a pas fourni l'opinion dissidente lorsqu'une telle opinion existe⁴⁹⁵.

39. La Cour suprême autrichienne s'est penchée sur un argument de la partie s'opposant à l'exécution selon lequel, afin d'obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence rendue sous les auspices de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, le demandeur était aussi tenu de fournir l'opinion dissidente de l'un des arbitres. En rejetant l'argument, la Cour suprême a estimé qu'une opinion dissidente constituait un document distinct de la sentence, qui n'est pas approuvé par la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, et qu'il n'était pas obligatoire de présenter ladite opinion dissidente puisqu'elle ne faisait pas partie de la sentence arbitrale⁴⁹⁶.

40. La haute cour de Bombay a également considéré qu'il n'était pas indispensable que le demandeur fournisse l'"opinion minoritaire"⁴⁹⁷. La partie s'opposant à l'exécution a argué que le demandeur ne s'était pas conformé à l'article 8-1 a) de la loi indienne de 1961 relative aux sentences étrangères (*Indian Foreign Awards Act*) —qui, tout comme l'article IV, exige que le requérant présente l'original ou une copie de la sentence—, étant donné qu'il n'avait pas fourni l'opinion minoritaire formulée par l'un des arbitres. La haute cour a rejeté cet argument, faisant observer que, conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI alors en vigueur, la sentence devait être rendue à la majorité et que, dès lors, seule la sentence majoritaire était exécutoire⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴WTB – *Walter Thosti Boswau Bauaktiengesellschaft c. Costruire Coop. srl*, Cour de cassation (Italie), 7 juin 1995, 6426.

⁴⁹⁵À moins que les règles d'arbitrage applicables n'en disposent autrement, une opinion dissidente ne fait pas partie de la sentence. Voir *Foucard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 768, par. 1404.

⁴⁹⁶D S.A. (*Espagne*) c. *W GmbH (Autriche)*, Cour suprême (Autriche), 26 avril 2006, 3Ob211/05h, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 259.

⁴⁹⁷La haute cour de Bombay semble avoir employé les termes "opinion minoritaire" et "sentence minoritaire" indifféremment, tandis qu'elle n'a pas utilisé le terme "opinion dissidente".

⁴⁹⁸*General Electric Company c. Renuagar Power Company*, High Court de Bombay (Inde), 21 octobre 1988.

iii) Fusion d'un jugement et d'une sentence

41. Une juridiction suisse a examiné la question de savoir si le jugement d'une juridiction des États-Unis confirmant une sentence pouvait constituer une base suffisante pour l'exécution⁴⁹⁹. La Camera di Esecuzione e Fallimenti del Tribunale d'Appello (Chambre des poursuites et des faillites du tribunal d'appel) a considéré qu'une décision d'exécution ne pouvait pas être prononcée sur la base du jugement rendu par la juridiction des États-Unis. Elle a relevé qu'en vertu de la "doctrine de la fusion" applicable dans ce pays, une juridiction étatique pouvait confirmer une sentence rendue aux États-Unis, si bien que le jugement de la juridiction américaine et la sentence ne faisaient plus qu'un. Elle a ensuite estimé qu'il n'y avait pas de doctrine de la fusion dans le droit suisse et que l'exécution, en vertu de ce dernier, devait se fonder sur une sentence exécutoire. Le tribunal d'appel a également relevé que le créancier de la sentence n'avait pas satisfait aux conditions de l'article IV, puisqu'il n'avait fourni ni l'original de la convention arbitrale ni une copie certifiée conforme de la sentence.

B. Authentification et certification

42. Ni le texte de l'article IV ni les travaux préparatoires relatifs à la disposition ne donnent de définition des termes "authentifié" et "réunissant les conditions requises pour son authenticité" (ou certifié conforme).

43. La jurisprudence dans laquelle il est discuté d'une définition expresse desdits termes est très peu abondante. Une juridiction autrichienne a jugé que l'authentification revenait à la confirmation que les signatures des arbitres étaient authentiques⁵⁰⁰. La même juridiction a estimé que la certification était le processus par lequel une copie d'une pièce était authentifiée comme étant la copie conforme de l'original⁵⁰¹.

44. Les commentateurs s'accordent à dire que le processus d'authentification implique une confirmation de l'authenticité des signatures des arbitres et que la

⁴⁹⁹Chambre des poursuites et des faillites du tribunal d'appel de la République et canton du Tessin (Suisse), 27 novembre 2008, 14.2008.78.

⁵⁰⁰*O Limited (Chypre) c. M Corp. (anciennement A, Inc.) (États-Unis) et autres*, Cour suprême (Autriche), 3 septembre 2008, 3Ob35/08f, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 409.

⁵⁰¹*Ibid.*, voir également *Glencore Grain Ltd. c. TSS Grain Millers Ltd.*, High Court de Mombasa (Kenya), 5 juillet 2002, action civile n° 388 de 2000, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 666; Tribunal fédéral (Suisse), 4 octobre 2010, 4A_124/2010.

certification est la confirmation que le document fourni est la copie conforme de l'original⁵⁰².

45. Au titre de l'article IV-1 a), les juridictions ont examiné un certain nombre de questions, parmi lesquelles, au premier chef, la loi applicable au processus d'authentification et/ou de certification, l'autorité habilitée à procéder à l'authentification et/ou à la certification, et la question de savoir si la certification d'une sentence authentifiée doit être effectuée.

a) *Loi applicable*

46. Alors que la Convention de Genève de 1927 imposait qu'il fût procédé à l'authentification d'une sentence conformément à la législation du pays où la sentence avait été rendue⁵⁰³, l'article IV-1 a) ne prévoit pas de loi applicable à l'authentification et à la certification. Lors de la rédaction de la Convention de New York, le Comité spécial du Conseil économique et social avait jugé qu'une approche différente devrait être adoptée. Il avait expliqué qu'"[il était] préférable de laisser à cet égard une plus grande latitude au tribunal du pays où la reconnaissance ou l'exécution [était] demandée"⁵⁰⁴. Il avait estimé que les termes "réunissant les conditions requises pour son authenticité" permettaient une telle approche⁵⁰⁵. Cependant, certains représentants étaient d'avis que les termes "réunissant les conditions requises pour son authenticité" et "dûment certifiée conforme" n'indiquaient pas assez clairement qu'une telle latitude était reconnue à la juridiction d'exécution⁵⁰⁶. Le texte final de la Convention a conservé les termes "dûment authentifié" et "conditions requises pour son authenticité" et aucune loi applicable n'a été spécifiée.

⁵⁰²Voir Fouchard Gaillard *Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 970, par. 1675; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 251; Dirk Otto, "Article IV", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 143, et plus précisément p. 177; *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 77 et 79; Maxi Scherer, "Article IV (Formal Requirements for the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 207, et plus précisément p. 210.

⁵⁰³Voir article 4, paragraphe 1, de la Convention de Genève de 1927.

⁵⁰⁴Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 14.

⁵⁰⁵Ibid.

⁵⁰⁶Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/CONF.26/3, p. 3; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l'arbitrage commercial international, Rapport d'ensemble du Secrétaire général, E/CONF.26/4, p. 31.

47. Cette absence de référence à une loi applicable a permis aux juridictions d'adopter des approches différentes. Certaines juridictions ont considéré que la loi de l'État où la sentence avait été rendue devrait être appliquée au processus d'authentification, alors que d'autres ont souligné le fait que l'authentification effectuée conformément à la loi de l'État d'exécution ou à la loi de l'État où la sentence avait été rendue serait conforme à l'article IV-1.

48. Une juridiction allemande a été d'avis que l'authentification devrait être régie, par souci de commodité, par la loi du pays où l'exécution était demandée⁵⁰⁷. De la même manière, les juridictions italiennes ont jugé que les règles applicables devraient être celles de l'État d'exécution⁵⁰⁸.

49. Une autre juridiction a estimé que, la Convention de New York ne spécifiant pas la loi applicable, la partie qui demande l'exécution est libre de soumettre une sentence authentifiée en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ou de celle du pays où l'exécution a été demandée⁵⁰⁹. La juridiction a précisé que l'authentification par des agents diplomatiques ou consulaires de l'État d'exécution pourrait permettre d'éviter les difficultés sur le plan pratique.

50. Un certain nombre d'auteurs ont considéré qu'un demandeur peut, au titre de l'article IV et dans la logique des travaux préparatoires⁵¹⁰, satisfaire aux exigences d'authentification conformément à la loi du pays où la sentence a été rendue ou à celle du pays où l'exécution est demandée⁵¹¹.

b) Autorité compétente

⁵⁰⁷Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 15 juillet 2003, 16 Sch 01/03.

⁵⁰⁸Voir *Globtrade Italiana srl c. East Point Trading Ltd.*, Cour de cassation (Italie), 8 octobre 2008, 24856. Voir *SODIME – Società Distillerie Meridionali c. Schuurmans & Van Ginneken BV*, Cour de cassation (Italie), 14 mars 1995, 2919, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 607. Auparavant, une juridiction italienne avait jugé que la loi applicable à l'authentification devait être celle de l'État où la sentence avait été rendue, voir *Renato Marino Navegacio s.a. c. ChimMetal s.r.l.*, cour d'appel de Milan (Italie), 21 décembre 1979, VII Y.B. Com. Arb. (1982), p. 338. Voir également *ECONERG Ltd. c. Compagnie nationale d'électricité AD*, décision n° 356/99, Cour suprême de cassation, collège civil, 5^e chambre civile (Bulgarie), 23 février 1999, 356/99, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641; *Renusagar Power Company c. General Electric Company*, High Court de Bombay (Inde), 12 octobre 1989.

⁵⁰⁹Cour suprême (Autriche), 11 juin 1969, 3, II Y.B. Com. Arb. (1977), p. 232.

⁵¹⁰Voir Dirk Otto, "Article IV", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 143, et plus précisément p. 145.

⁵¹¹Voir Fouchard Gaillard *Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 970, par. 1675; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 252 à 254; Dirk Otto, "Article IV", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 143, et plus précisément p. 178 et 179; Maxi Scherer, "Article IV (Formal Requirements for the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 207, et plus précisément p. 212.

51. Le paragraphe 1 a) de l'article IV ne désigne pas l'autorité compétente qui doit s'acquitter de l'authentification ou de la certification. Lors de la rédaction, la proposition selon laquelle l'autorité habilitée à authentifier une sentence devrait être le consulat du pays où la sentence est invoquée n'a pas été retenue⁵¹².

52. Aussi les juridictions ont-elles estimé que différentes autorités étaient compétentes pour authentifier une sentence ou certifier conforme la copie d'une sentence.

53. En fonction des contextes, les agents consulaires⁵¹³, les notaires⁵¹⁴, le Président du tribunal⁵¹⁵ ainsi que les juridictions nationales⁵¹⁶ ont tous été considérés comme des autorités habilitées à procéder à une authentification.

54. Dans le même ordre d'idées, les représentants consulaires⁵¹⁷ ou les notaires⁵¹⁸ ont été considérés comme étant également habilités à certifier conforme la copie d'une sentence. Certaines juridictions ont jugé que l'institution d'arbitrage qui avait rendu la sentence était apte à la certifier⁵¹⁹. Les membres du tribunal arbitral⁵²⁰

⁵¹²Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 7.

⁵¹³*Guang Dong Light Headgear Factory Co. c. ACI Int'l, Inc.*, District Court, District of Kansas (États-Unis d'Amérique), 10 mai 2005, 03-4165-JAR; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 16 décembre 2010, III ZB 100/09.

⁵¹⁴Oberlandesgericht [OLG] de Rostock (Allemagne), 28 octobre 1999; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 16 décembre 2010, III ZB 100/09.

⁵¹⁵*Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Banque arabe et internationale d'investissements*, cour d'appel de Bruxelles (Belgique), 24 janvier 1997, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 643.

⁵¹⁶*ECONERG Ltd. c. Compagnie nationale d'électricité AD*, décision n° 356/99, Cour suprême de cassation, collège civil, 5^e chambre civile (Bulgarie), 23 février 1999, 356/99, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641.

⁵¹⁷*Guang Dong Light Headgear Factory Co. c. ACI Int'l, Inc.*, District Court, District of Kansas (États-Unis d'Amérique), 10 mai 2005, 03-4165-JAR; *Press Office S.A. c. Centro Editorial*, Cour suprême de justice (Mexique), 24 février 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 301; Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 23 septembre 2004, 4Z Sch 005-04.

⁵¹⁸*Transpac Capital Pte Limited c. Buntoro*, Supreme Court of New South Wales, Common Law Division (Australie), 7 juillet 2008, 2008/11373; Oberlandesgericht [OLG] de Rostock (Allemagne), 28 octobre 1999; *Trans-Pacific Shipping Co. c. Atlantic & Orient Shipping Corporation (BVI)*, Cour fédérale (Canada), 27 avril 2005, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 601.

⁵¹⁹*Continental Grain Company*, et al. c. *Foremost Farms Incorporated*, et al., District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 23 mars 1998, 98 Civ. 0848 (DC), XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641; Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 27 juillet 1978, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 266; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 16 décembre 2010, III ZB 100/09.

⁵²⁰Voir, par exemple, *Bergesen c. Joseph Müller Corp.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 17 juin 1983, 710 F.2d 928, IX Y.B. Com. Arb. (1984), p. 487 (s'il est vrai, en l'espèce, que le Président du tribunal a certifié la sentence, la décision n'exclut pas qu'il soit possible que les autres membres du tribunal fassent de même: "les copies de la sentence et de la convention qui ont été certifiées par un membre du tribunal d'arbitrage constituent une base suffisante pour exécuter la sentence").

ou son président⁵²¹, ainsi que les avocats⁵²², ont aussi été considérés comme étant habilités à procéder à la certification d'une sentence.

55. Une juridiction canadienne a estimé que, dans les circonstances de l'espèce, une personne physique était habilitée à certifier la copie de la sentence⁵²³. Le titulaire de l'original de la sentence — une personne physique — avait présenté un affidavit attestant de l'exactitude de la copie fournie à la juridiction. Ayant constaté que la partie s'opposant à l'exécution ne contestait ni l'exactitude ni l'authenticité de la copie mais élevait des objections uniquement contre l'attestation, la juridiction a accepté l'affidavit comme preuve suffisante de l'exactitude de la copie de la sentence.

56. D'autres juridictions ont considéré que le demandeur n'avait pas démontré que la personne ayant procédé à l'authentification ou à la certification de la copie de la sentence pouvait, en l'occurrence, être jugée habilitée à le faire en vertu de la loi applicable⁵²⁴.

c) *La certification doit-elle concerner l'original authentifié d'une sentence?*

57. Le paragraphe 1 a) de l'article IV exige du demandeur qu'il fournisse soit "[l']original dûment authentifié de la sentence" soit "une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité". La question s'est posée de savoir si, lorsqu'une copie certifiée conforme de la sentence était fournie, cette copie devait être celle d'une sentence préalablement authentifiée ou si une copie

⁵²¹*Bergesen c. Joseph Müller Corp.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 17 juin 1983, 710 F.2d 928, IX Y.B. Com. Arb. (1984), p. 487; *Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Banque arabe et internationale d'investissements*, cour d'appel de Bruxelles (Belgique), 24 janvier 1997, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 643.

⁵²²*Overseas Cosmos, Inc. c. NR Vessel Corp.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 8 décembre 1997, 97 Civ. 5898 (CD), XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 1096. Le tribunal de district avait précédemment fait observer que l'authenticité de la sentence arbitrale n'était pas contestée. Voir également *Guangdong c. Chiu Shing Trading*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 23 août 1991, procédures diverses n° 1625 de 1991.

⁵²³*Trans-Pacific Shipping Co. c. Atlantic & Orient Shipping Corporation (BVI)*, Cour fédérale (Canada), 27 avril 2005, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 601.

⁵²⁴*Glencore Grain Ltd. c. TSS Grain Millers Ltd.*, High Court de Mombasa (Kenya), 5 juillet 2002, action civile n° 388 de 2000, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 666 (concluant que le demandeur n'avait pas démontré que le directeur général de l'institution qui avait rendu la sentence était habilité à authentifier des sentences); *O Limited (Chypre) c. M Corp. (anciennement A, Inc.)* (États-Unis) et autres, Cour suprême (Autriche), 3 septembre 2008, 3Ob35/08f, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 409 (concluant que "l'on ne saurait déduire du Règlement d'arbitrage de la LCIA qu'[il] établit que les certifications seront délivrées par un secrétaire"); *ECONERG Ltd. c. Compagnie nationale d'électricité AD*, Cour suprême de cassation, collège civil, 5^e chambre civile (Bulgarie), 23 février 1999, 356/99, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641 (concluant que la sentence n'avait été authentifiée ni par l'autorité compétente conformément à la loi applicable à la convention d'arbitrage ni en vertu de la loi appliquée par la juridiction d'exécution).

certifiée conforme de la sentence, sans authentification des signatures des arbitres, suffisait. Les travaux préparatoires relatifs à l'article IV révèlent que, pendant une grande partie des négociations, le texte de l'article IV-1 a) avait fait obligation au demandeur de fournir ou l'original de la sentence ou une copie certifiée conforme de celle-ci, sans qu'aucune authentification ne fût exigée⁵²⁵. L'obligation d'authentification a été ajoutée par la suite⁵²⁶. En d'autres termes, l'obligation de certification avait été insérée par les rédacteurs indépendamment de l'obligation d'authentification.

58. La jurisprudence dont il a été fait état sur ce point est peu abondante, deux juridictions ayant suivi des approches différentes.

59. Une juridiction a estimé que, lorsqu'un demandeur produit des copies certifiées conformes de la sentence, les signatures des arbitres sur la sentence doivent avoir été préalablement authentifiées⁵²⁷.

60. En revanche, une autre juridiction a considéré que, lorsque l'authenticité de l'original de la sentence n'est pas contestée, une copie certifiée conforme d'une sentence qui n'a pas été préalablement authentifiée répond aux conditions de l'article IV-1 a)⁵²⁸.

61. Les commentateurs ont avancé qu'exiger la certification d'une sentence authentifiée ne serait pas conforme à l'esprit de l'article IV, qui est, soutiennent-ils, de supprimer tout formalisme inutile⁵²⁹.

Article IV-1 b)

62. Le paragraphe 1 b) de l'article IV prévoit qu'un demandeur, afin d'obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence, doit aussi transmettre à la juridiction d'exécution "[l]'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité". À cet égard, les juridictions se sont

⁵²⁵Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Groupe de travail n° 3, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Texte proposé pour les articles III, IV et V du projet de convention, E/CONF.26/L.43, p. 1.

⁵²⁶Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 7.

⁵²⁷*O Limited (Chypre) c. M Corp. (anciennement A, Inc.) (États-Unis) et autres*, Cour suprême (Autriche), 3 septembre 2008, 3Ob35/08f, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 409.

⁵²⁸Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 22 février 2001, III ZB 71/99; Oberlandesgericht [OLG] de Rostock (Allemagne), 28 octobre 1999.

⁵²⁹Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 256 et 257; Maxi Scherer, "Article IV (Formal Requirements for the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 207, et plus précisément p. 215.

souvent penchées sur la question de savoir si une convention d'arbitrage fournie par le demandeur était conforme aux dispositions de l'article II. Ce point, qui a fait l'objet d'une étude détaillée dans le chapitre relatif à l'article II, ne sera pas réexaminé ici.

A. L'obligation faite au demandeur de fournir la convention d'arbitrage "visée à l'article II"

63. Le paragraphe 1 b) de l'article IV fait obligation au demandeur de fournir "[l]'original de la convention visée à l'article II". Aussi les juridictions ont-elles souvent analysé les questions découlant de l'article II en rapport avec l'article IV-1 b), notamment celles de la preuve exigée pour satisfaire à l'obligation de produire "[l]'original de la convention visée à l'article II".

64. Les juridictions ont estimé qu'il incombe au demandeur de fournir les pièces valant "convention écrite" au sens de l'article II-2. Par exemple, le Tribunal fédéral suisse a considéré qu'il incombe au demandeur, conformément à l'article IV-1 b), de produire une convention d'arbitrage qui remplit les conditions de forme de l'article II de la Convention⁵³⁰. Dans la même veine, les juridictions espagnoles ont jugé qu'il revient au demandeur de prouver que les conditions de l'article IV-1 b) sont remplies, notamment en fournissant une convention d'arbitrage "selon les modalités fixées par l'article IV-1 b) ainsi que par l'article II"⁵³¹. La cour d'appel de la onzième circonscription des États-Unis a également estimé que le demandeur doit "satisfaire à l'exigence de la convention écrite visée à l'article II"⁵³².

65. D'autres juridictions ont précisé qu'il suffit au demandeur, aux fins de l'article IV-1 b), de fournir une présomption simple pour la convention d'arbitrage⁵³³. Par exemple, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a estimé qu'un demandeur peut produire "des clauses écrites, contenant une clause

⁵³⁰Tribunal fédéral (Suisse), 31 mai 2002, 4P.102/2001.

⁵³¹*Glencore Grain Limited (Royaume-Uni) c. Sociedad Ibérica de Molturación, S.A.* (Espagne), Tribunal suprême (Espagne), 14 janvier 2003, 16508/2003, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 605. Voir également *Shaanxi Provincial Medical Health Products I/E Corporation (République populaire de Chine) c. Olpesa, S.A.* (Espagne), Tribunal suprême (Espagne), 7 octobre 2003, 112/2002, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 617; *Satico Shipping Company Limited (Chypre) c. Maderas Iglesias (Espagne)*, Tribunal suprême, chambre civile, assemblée plénière (Espagne), 1^{er} avril 2003, 2009 de 2001, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 582.

⁵³²*Czarina, L.L.C. c. W.F. Poe Syndicate*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 4 février 2004, 358 F.3d 1286. Voir également *Guang Dong Light Headgear Factory Co. c. ACI Int'l, Inc.*, District Court, District of Kansas (États-Unis d'Amérique), 10 mai 2005, 03-4165-JAR.

⁵³³*Aloe Vera of America, Inc. (États-Unis) c. Asianic Food (S) Pte Ltd. (Singapour) and Another*, Supreme Court, High Court de Singapour, 10 mai 2006, OS 762/2004, RA 327/2005, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 489 (la haute cour a considéré qu'à ce stade, l'"examen [...] est de forme et non de fond"); *Vendeur c. Acheteur*, Cour suprême (Autriche), 22 mai 1991, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 521; *Denmark Skibstekniske Konsulenter A/S I Likvidation (formerly known as Knud E Hansen A/S) c. Ultrapolis 3000 Investments Ltd. (formerly known as Ultrapolis 3000 Theme Park Investments Ltd.)*, High Court de Singapour, 9 avril 2010, 108, 2010 S.L.R. 661.

compromissoire” ou des “éléments faisant état” d’une convention d’arbitrage établie par écrit, expliquant que “tout ce qui est probablement requis dans un premier temps [...] est un document apparemment valable contenant une clause compromissoire”⁵³⁴. De même, la Haute Cour de Singapour a jugé qu’“un document produit devant une juridiction conformément à [l’article de la loi singapourienne sur l’arbitrage international (*International Arbitration Act*) transposant l’article IV-1 b) de la Convention] est, dès sa production, accepté par la juridiction en tant que présomption simple pour les questions sur lesquelles il porte”⁵³⁵.

66. Comme mentionné plus haut et ailleurs dans le présent Guide⁵³⁶, les juridictions allemandes se sont souvent fondées sur la clause de faveur énoncée à l’article VII-1 pour conclure à l’inutilité, pour le demandeur, de produire la convention d’arbitrage⁵³⁷.

67. Les commentateurs ont aussi estimé qu’il suffit au demandeur, en vertu de l’article IV-1 b), de fournir une présomption simple que la convention d’arbitrage est conforme aux conditions de forme de l’article II⁵³⁸.

B. Pas d’obligation de prouver la validité de la convention d’arbitrage

68. À la question de savoir si un demandeur doit ou non établir que la convention d’arbitrage qu’il a produite remplit les conditions d’une “convention écrite” se rattache étroitement celle de savoir si, au titre de l’article IV, il doit démontrer la validité de la convention d’arbitrage.

69. Les juridictions d’exécution s’accordent pour dire qu’un demandeur, au regard de l’article IV-1 b), n’a pas à prouver la validité d’une convention d’arbitrage et qu’il appartient à la partie s’opposant à l’exécution de soulever cette question au titre de l’article V⁵³⁹.

⁵³⁴*Yukos Oil Co. c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, [2002] EWCA Civ 543.

⁵³⁵*Denmark Skibstekniske Konsulenter A/S I Likvidation (formerly known as Knud E Hansen A/S) c. Ultrapolis 3000 Investments Ltd. (formerly known as Ultrapolis 3000 Theme Park Investments Ltd.)*, High Court de Singapour, 9 avril 2010, 108, 2010 S.L.R. 661.

⁵³⁶Voir le chapitre du Guide consacré à l’article IV, par. 17, et le chapitre consacré à l’article VII, par. 36 à 38.

⁵³⁷Voir également Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 11 août 2000, 4 Z Sch 05/00; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 15 mars 2006, 34 Sch 06/05; Kammergericht [KG] de Berlin (Allemagne), 10 août 2006, 20 Sch 07/04; Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 14 décembre 2006, 8 Sch 14/05; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 23 février 2007, 34 Sch 31/06.

⁵³⁸*Guide de l’ICCA pour l’interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l’intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 80.

⁵³⁹Pour une analyse plus détaillée de la charge de la preuve au regard de l’article V, voir le chapitre du Guide relatif à l’introduction de l’article V, par. 13 à 16, et celui consacré à l’article V-1 a), par. 43 à 47.

70. Par exemple, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a considéré que, lorsqu'un demandeur fournit une convention d'arbitrage qui remplit les conditions de l'article IV-1 b), la charge de la preuve se reporte sur le défendeur, qui doit prouver que la convention d'arbitrage n'est pas valable au regard de l'article V-1 a)⁵⁴⁰. La Cour d'appel des Bermudes a également estimé qu'un demandeur est tenu de ne fournir que la convention d'arbitrage, la partie s'opposant à l'exécution supportant la charge de prouver que la convention n'est pas valable⁵⁴¹.

71. La même approche a été appliquée par les juridictions d'autres pays, au nombre desquels l'Italie⁵⁴², l'Espagne⁵⁴³ et l'Autriche⁵⁴⁴.

72. Cette approche s'appuie sur les travaux préparatoires relatifs à l'article IV 1 b)⁵⁴⁵ ainsi que sur les commentaires⁵⁴⁶.

⁵⁴⁰*Yukos Oil Co. c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, [2002] EWCA Civ 543. L'approche adoptée dans l'affaire *Dardana* a été suivie par la Haute Cour de justice d'Angleterre et du pays de Galles dans *Dallah c. Pakistan* et par la Haute Cour de Singapour dans *Ultrapolis*. Voir *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 1^{er} août 2008, [2008] EWHC 1901, annexe 6; *Denmark Skibstekniske Konsulenter A/S I Likvidation (formerly known as Knud E Hansen A/S) c. Ultrapolis 3000 Investments Ltd. (formerly known as Ultrapolis 3000 Theme Park Investments Ltd.)*, High Court de Singapour, 9 avril 2010, 108, 2010 S.L.R. 661.

⁵⁴¹*Sojuznefteexport (SNE) c. Joc Oil Ltd.*, Court of Appeal (Bermudes), 7 juillet 1989, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 384.

⁵⁴²*Jassica S.A. c. Ditta Polojaz*, Cour de cassation (Italie), 12 février 1987, 1526, XVII Y.B. Com. Arb. (1992), p. 525.

⁵⁴³*Union Générale de Cinéma, S.A. (France) c. X Y Z Desarrollos, S.A. (Espagne)*, Tribunal suprême, chambre civile (Espagne), 11 avril 2000, 3536 de 1998, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 525; *Strategic Bulk Carriers Inc. (Libéria) c. Sociedad Ibérica de Molturación, S.A. (Espagne)*, Tribunal suprême, chambre civile (Espagne), 26 février 2002, 153 de 2001, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 550.

⁵⁴⁴*Vendeur c. Acheteur*, Cour suprême (Autriche), 22 mai 1991, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 521.

⁵⁴⁵Le représentant de la CCI à la Conférence a fait observer que "lorsqu'il est établi a priori que les parties étaient convenues de soumettre leur litige à l'arbitrage, c'est le défendeur qui devrait avoir à fournir la preuve contraire". Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 11^e séance, E/CONF.26/SR.11, p. 12.

⁵⁴⁶*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 968, par. 1673; *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 80; Dirk Otto, "Article IV", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 143, et plus précisément p. 167.

C. Pas d'obligation d'authentifier la convention d'arbitrage

73. Si le paragraphe 1 a) de l'article IV fait obligation au demandeur de fournir une copie authentifiée (ou une copie certifiée conforme) de la sentence, le paragraphe 1 b) n'impose pas l'authentification de la convention d'arbitrage.

74. Lors de la rédaction de l'article IV, le représentant de la Belgique a proposé que la convention d'arbitrage soit aussi authentifiée⁵⁴⁷. Le représentant de la France s'y est opposé, considérant que la production de l'original de la convention d'arbitrage ne devait pas être soumise à des formalités excessives, d'autant que, dans bien des cas, l'arbitrage était fondé simplement sur une clause compromissoire convenue dans un échange de lettres entre les deux parties⁵⁴⁸. Le texte final de l'article IV-1 b) ne prévoit pas d'obligation d'authentification.

75. Aucune des décisions judiciaires examinées ne comporte de discussion sur ce point.

Article IV-2

76. Le paragraphe 2 de l'article IV fait obligation au demandeur de produire une traduction de la sentence ou de la convention d'arbitrage si celles-ci ne sont pas rédigées dans une langue officielle du pays où sont demandées la reconnaissance et l'exécution. La traduction doit être fournie en sus des documents originaux et non à la place de ces derniers⁵⁴⁹. Ce paragraphe 2 prévoit en outre que la traduction doit être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire.

77. Dans le cadre de l'article IV-2, les juridictions d'exécution ont été amenées à examiner des questions qui se rapportent à la loi applicable à la traduction, aux autorités habilitées à assurer la traduction et à l'objet de la traduction.

A. Loi applicable

78. À l'instar de l'article IV-1 qui ne prévoit pas de loi applicable en matière d'authentification et de certification, l'article IV-2 ne prévoit pas de loi applicable en matière de traduction.

⁵⁴⁷Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 6 et 7.

⁵⁴⁸Id., p. 8.

⁵⁴⁹*Inter Maritime Management SA c. Russin & Vecchi, Tribunal fédéral (Suisse)*, 9 janvier 1995, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 789.

79. La jurisprudence sur cette question de loi applicable est très limitée. Une juridiction suisse a précisé, dans une affaire, que la certification de la traduction par un traducteur ou par un agent consulaire ou diplomatique devait satisfaire à la loi du siège de l'arbitrage et que cette loi pouvait imposer des conditions de certification moins rigoureuses voire n'en imposer aucune⁵⁵⁰.

80. La Cour suprême autrichienne a considéré que le demandeur était libre de choisir entre la loi de l'État où la sentence avait été rendue et la loi de l'État où l'exécution était demandée⁵⁵¹.

B. Certification "par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire"

81. À la différence du paragraphe 1, le paragraphe 2 de l'article IV désigne l'autorité habilitée à certifier la traduction: un traducteur officiel ou un traducteur juré ou encore un agent diplomatique ou consulaire.

82. Appliquant cette disposition, une juridiction suisse a refusé l'exécution dans une affaire où la traduction n'était pas certifiée par un traducteur officiel ni par un agent diplomatique ou consulaire mais par un notaire. Elle a cependant constaté que ce dernier n'avait certifié que l'authenticité de la copie de la sentence arbitrale utilisée pour la traduction⁵⁵². La même juridiction a ajouté qu'une traduction effectuée par une tierce partie et certifiée par un notaire comprenant la langue de la traduction pouvait, en règle générale, satisfaire aux critères énoncés à l'article IV-2.

83. L'article IV-2 ne précise pas si le traducteur officiel ou le traducteur juré ou l'agent diplomatique ou consulaire doit être du pays où la sentence a été rendue ou du pays où l'exécution est demandée. La jurisprudence dont il a été fait état sur ce point est peu abondante. Conformément à sa décision sur la loi applicable en matière de traduction⁵⁵³, la Cour suprême autrichienne a observé que le demandeur était libre de choisir un traducteur originaire de l'État d'exécution ou de l'État où la sentence avait été rendue⁵⁵⁴. De la même manière, des juridictions françaises ont estimé que les demandeurs n'avaient pas besoin de produire une traduction opérée

⁵⁵⁰Cour d'appel du canton de Zoug (Suisse), 27 février 1998, JZ 1997/104.161.

⁵⁵¹Cour suprême (Autriche), 11 juin 1969, 3, II Y.B. Com. Arb. (1977), p. 232.

⁵⁵²Cour d'appel du canton de Zoug (Suisse), 27 février 1998, JZ 1997/104.161.

⁵⁵³Cour suprême (Autriche), 13 avril 2011, 3 Ob 154/10h.

⁵⁵⁴Cour suprême (Autriche), 11 juin 1969, 3, II Y.B. Com. Arb. (1977), p. 232.

par un traducteur inscrit sur la liste des experts judiciaires de la juridiction d'exécution⁵⁵⁵.

C. L'objet de la traduction

84. Le paragraphe 2 de l'article IV précise que l'objet de la traduction est la sentence et la convention d'arbitrage. À cet égard, les juridictions ont examiné la question de savoir si un demandeur satisfaisait ou non aux dispositions de l'article IV s'il produisait une traduction d'extraits de ces pièces.

85. Une juridiction autrichienne a jugé que le demandeur devrait fournir une traduction complète du document pertinent⁵⁵⁶. Néanmoins, elle n'a pas refusé l'exécution au demandeur mais a renvoyé l'affaire devant la juridiction inférieure, en donnant instruction à cette dernière d'accorder au demandeur la possibilité de produire une traduction complète du document⁵⁵⁷.

86. Les juridictions suisses ont adopté une approche pragmatique sur la question. Par exemple, une juridiction de Zurich a estimé que la partie devant produire une traduction de la convention arbitrale avait répondu aux exigences de l'article IV en fournissant une traduction de la clause compromissoire et non du contrat dans son intégralité⁵⁵⁸.

87. Qui plus est, le Tribunal fédéral suisse a jugé qu'une traduction partielle d'une sentence répondait aux exigences de l'article IV-2⁵⁵⁹. Il a fait observer qu'en se fondant sur une interprétation souple, pragmatique et non formaliste de l'article IV-2, la remise d'une traduction uniquement partielle de la sentence arbitrale suffisait et qu'une interprétation plus restrictive irait à l'encontre de l'objectif et de l'esprit de la Convention, qui vise à favoriser la reconnaissance et l'exécution. Le Tribunal fédéral a conclu qu'il serait par trop formaliste d'exiger une traduction de l'intégralité de la sentence, attendu que le demandeur lui avait remis une traduction qui comprenait le dispositif de la sentence et la section sur les sommes en litige entre les parties.

⁵⁵⁵S.A.R.L. *Synergie* c. *Société SC Conect S.A.*, cour d'appel de Paris (France), 18 mars 2004, 2001/18372, 2001/18379, 2001/18382; *Société GFI Informatique — SA* c. *Société Engineering Ingegneria Informatica S.P.A. et Société Engineering Sanita Enti Locali S.P.A. (ex-GFI SANITÀ S.P.A.)*, cour d'appel de Paris (France), 27 novembre 2008, 07/11672.

⁵⁵⁶*D SA (Espagne)* c. *W GmbH (Autriche)*, Cour suprême (Autriche), 26 avril 2006, 3Ob211/05h, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 259.

⁵⁵⁷*Ibid.* La même juridiction a indiqué en outre que les opinions dissidentes n'ont pas à être traduites, étant donné qu'elles ne font en principe pas partie de la sentence.

⁵⁵⁸Cour d'appel de Zurich (Suisse), 17 juillet 2003, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 819. Voir également *R S.A. c. A Ltd*, cour de justice de Genève (Suisse), 15 avril 1999.

⁵⁵⁹Tribunal fédéral (Suisse), 2 juillet 2012, 5A_754/2011.

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.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article V tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I; E/2822/Add.2, annexe I; E/2822/Add.4, annexe I; E/2822/Add.5, annexe; E/2822/Corr.1; E/2840; E/CONF.26/3; E/CONF.26/3/Add.1;
- Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l'arbitrage commercial international: Rapport d'ensemble du Secrétaire général: E/CONF.26/4;
- Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: Note du Secrétaire général: E/CONF.26/2.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.8; E/CONF.26/L.15; E/CONF.26/L.15/Rev.1; E/CONF.26/L.16; E/CONF.26/L.17; E/CONF.26/L.23; E/CONF.26/L.24; E/CONF.26/L.30; E/CONF.26/L.31; E/CONF.26/L.32; E/CONF.26/L.34; E/CONF.26/L.35;
- Comparaison des divers textes proposés pour les articles III, IV et V: E/CONF.26/L.33; E/CONF.26/L.33/Rev.1;
- Amendements supplémentaires au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.37/rev.1; E/CONF.26/L.38; E/CONF.26/L.39; E/CONF.26/L.40;
- Texte proposé par le Groupe de travail n° 3 pour les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.43;
- Yougoslavie: amendement à l'article IV du projet de convention proposé par le Groupe de travail (E/CONF.26/L.43): E/CONF.26/L.45;
- Texte des articles III, IV et V de la Convention adopté par la Conférence à sa 17^e séance: E/CONF.26/L.48;

- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Nouveau texte adopté par la Conférence, à sa 23^e séance, pour l'article premier, paragraphe 3, et l'article V, paragraphes 1 a), 1 b) et 1 e): E/CONF.26/L.63;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 2^e, 3^e, 4^e, 5^e, 6^e, 7^e, 9^e, 10^e, 11^e, 12^e, 13^e, 14^e, 16^e, 17^e, 20^e, 21^e, 23^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.2; E/CONF.26/SR.3; E/CONF.26/SR.4; E/CONF.26/SR.5; E/CONF.26/SR.6; E/CONF.26/SR.7; E/CONF.26/SR.9; E/CONF.26/SR.10; E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.12; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.16; E/CONF.26/SR.17; E/CONF.26/SR.20; E/CONF.26/SR.21; E/CONF.26/SR.23; E/CONF.26/SR.24;
- Comptes rendus analytiques des 1^e, 2^e, 4^e, 5^e, 6^e, 7^e et 8^e séances du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.1; E/AC.42/SR.2; E/AC.42/SR.4; E/AC.42/SR.5; E/AC.42/SR.6; E/AC.42/SR.7; E/AC.42/SR.8.

Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales:

- L'exécution des sentences arbitrales internationales: Exposé présenté par la Chambre de commerce internationale, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif dans la catégorie A: E/C.2/373;
- Observations des gouvernements relatives au projet de convention sur l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/1.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. L'article V de la Convention de New York énonce, de manière restrictive et exhaustive, les motifs pour lesquels la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale peuvent être refusées par une autorité compétente de l'État contractant où cette reconnaissance et cette exécution sont demandées. Le paragraphe 1 de cet article énumère les motifs de refus qui doivent être soulevés "sur requête de la partie contre laquelle [la sentence] est invoquée". Le paragraphe 2 de l'article énumère les motifs pour lesquels une juridiction étatique peut refuser d'office d'accorder l'exécution.

2. Les rédacteurs de la Convention de New York ont cherché à aplanir les obstacles que le régime antérieur en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences étrangères dressait sur le chemin de tout requérant. En effet, la Convention de Genève de 1927 exigeait de la partie invoquant la sentence arbitrale qu'elle prouve cinq conditions cumulatives pour obtenir la reconnaissance et l'exécution de cette sentence, et notamment qu'elle établisse le "caractère définitif" de la sentence, ce qui dans les faits l'obligeait à obtenir deux décisions d'*exequatur*, l'une dans le pays où la sentence avait été rendue et l'autre au lieu d'exécution⁵⁶⁰. La Convention de Genève dressait un obstacle supplémentaire en exigeant de toute juridiction étatique qu'elle refuse la reconnaissance et l'exécution si la sentence avait été annulée dans le pays d'origine, si le défendeur n'avait pas été dûment informé de la procédure d'arbitrage ou était frappé d'une quelconque incapacité juridique ou si la sentence portait sur des différends non visés dans la convention d'arbitrage conclue entre les parties⁵⁶¹. En outre, la Convention de Genève autorisait la partie contestant la reconnaissance et l'exécution à soulever d'autres motifs de refus prévus dans les règles de droit applicables à la procédure d'arbitrage⁵⁶².

3. Alors que sa version initiale suivait de près le libellé de la Convention de Genève de 1927⁵⁶³, le projet d'article V a été considérablement modifié pendant le processus de rédaction de la Convention de New York. Le texte final de l'article reprend les recommandations formulées par la délégation néerlandaise de supprimer l'exigence de double *exequatur*, de restreindre autant que possible les motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution et d'imposer à la partie contestant

⁵⁶⁰Article premier de la Convention de Genève de 1927. Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V1 e) de la Convention de New York, par. 2 à 4.

⁵⁶¹Article 2 de la Convention de Genève de 1927.

⁵⁶²Article 3 de la Convention de Genève de 1927.

⁵⁶³Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, annexe, p. 3.

la reconnaissance et l'exécution la charge de prouver ces motifs⁵⁶⁴. De plus, alors que la Convention de Genève disposait que la reconnaissance et l'exécution "seront refusées" si l'un des motifs d'inexécution prévus à l'article 2 est constaté, le texte final de l'article V de la Convention de New York s'abstient d'employer toute formule conférant un caractère impératif au refus d'accorder la reconnaissance et l'exécution.

4. Comme on le verra dans les chapitres suivants du Guide consacrés à l'article V, les juridictions des États contractants ont généralement interprété les motifs de refus prévus dans la Convention de New York de manière restrictive et n'ont exercé leur pouvoir d'appréciation pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence étrangère au titre de la Convention que dans des situations exceptionnelles⁵⁶⁵.

A. Pouvoir d'appréciation conféré aux juges par l'article V

5. L'objectif de la Convention de New York est de faciliter dans toute la mesure possible la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales et d'établir le niveau maximal de contrôle que les États contractants peuvent exercer sur les sentences arbitrales. Aussi, dans la Convention, les juridictions des États contractants ont-elles le pouvoir, mais non l'obligation, de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence pour les motifs énumérés à l'article V⁵⁶⁶.

6. Dans certains États contractants, les juridictions ont exercé ce pouvoir d'appréciation en se référant au caractère facultatif des dispositions tel qu'il ressort de la version anglaise de la Convention (ou de la formulation équivalente employée dans la législation donnant effet à la Convention sur leur territoire), selon laquelle la reconnaissance et l'exécution "peuvent être refusées" ("may be refused") si l'un

⁵⁶⁴Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/CONF.26/3/Add.1, par. 7. Voir également Pieter Sanders, "L'élaboration de la Convention", dans *L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: Expérience et perspectives* (Nations Unies, 1999).

⁵⁶⁵Voir, par exemple, les chapitres du Guide consacrés aux articles V-1 a), V-1 b), V-1 c), V-1 d), V-2 a) et V-2 b).

⁵⁶⁶Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 265; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3428 à 3433; Teresa Cheng, "Celebrating the Fiftieth Anniversary of the New York Convention", dans *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference* (A.J. van den Berg, dir. publ., 2009), p. 679, et plus précisément p. 680.

des motifs de refus prévus à l'article V est établi⁵⁶⁷. De même, certains commentateurs notent que le libellé des versions officielles de la Convention, à l'exception de la version française qui emploie le futur, autorise les juridictions étatiques à exercer leur pouvoir d'appréciation pour reconnaître et faire exécuter des sentences⁵⁶⁸.

7. Selon d'autres commentateurs, le libellé de la version française de la Convention revêt un caractère tout aussi facultatif, comme le montre la clause de faveur prévue à l'article VII-1, qui confirme l'intention des rédacteurs d'établir un "plafond", autrement dit un niveau maximal de contrôle sur la sentence arbitrale, et de laisser à chaque État la liberté d'agir de manière moins restrictive⁵⁶⁹. En application de cet article VII-1, les juridictions françaises ont reconnu et fait exécuter des sentences arbitrales en se fondant sur le droit français qui contient une liste de motifs plus limitée que celle de l'article V⁵⁷⁰.

B. Caractère exhaustif de la liste de motifs figurant à l'article V

8. La Convention de New York contient une liste exhaustive de motifs sur lesquels les juridictions des États contractants peuvent s'appuyer pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale. Le paragraphe 1 de l'article V dispose que la reconnaissance et l'exécution ne seront refusées "que si" le requérant prouve l'existence d'un des motifs énumérés dans ce paragraphe. Le paragraphe 2 du même article énonce quant à lui que la reconnaissance et l'exécution "pourront aussi être refusées" si la juridiction d'exécution constate l'existence de l'un des deux motifs énumérés dans ce paragraphe.

9. L'erreur de droit ou de fait dans la décision du tribunal arbitral ne figure pas parmi les motifs de refus prévus à l'article V. Une juridiction saisie d'une demande

⁵⁶⁷*China Agribusiness Development Corporation c. Balli Trading*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 20 janvier 1997, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 732; *Nigerian National Petroleum Corporation c. IPCO (Nigeria) Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 21 octobre 2008, [2008] EWCA Civ 1157; *Chromalloy Aeroservices c. Arab Republic of Egypt*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 31 juillet 1996, 94-2339; *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 13 juillet 1994, 1992, n° MP 2411.

⁵⁶⁸Jan Paulsson, "May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics", 14 Arb. Int'l (1998), p. 227; Gary H. Sampliner, "Enforcement of Foreign Arbitral Awards After Annulment in their Country of Origin", 11(9) Int'l Arb. Rep. (1996), p. 22 et plus précisément p. 23; Fifi Junita, "Public Policy Exception in International Commercial Arbitration — Promoting Uniform Model Norms", 5 Contem. Asia Arb. J (2012), p. 45, et plus précisément p. 59 et 60.

⁵⁶⁹Emmanuel Gaillard, "Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience", dans *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series n° 9 (1998), p. 505, et plus précisément p. 517; Thomas Clay, "La Convention de New York vue par la doctrine française", 27 ASA Bull. (2009), p. 50, et plus précisément p. 54 à 56.

⁵⁷⁰Voir les chapitres du Guide consacrés à l'article V-1 e), par. 29, note 992, et à l'article VII, par. 42 à 44.

de reconnaissance et d'exécution en vertu de la Convention n'est pas autorisée à examiner la sentence arbitrale sur le fond. Ce principe est unanimement confirmé dans la jurisprudence⁵⁷¹ et dans les commentaires⁵⁷² sur la Convention de New York.

10. Les juridictions des États contractants considèrent invariablement que la Convention ne les autorise pas à refuser la reconnaissance et l'exécution pour des motifs procéduraux autres que ceux énumérés à l'article V. Par exemple, une juridiction d'appel suisse a rejeté une demande de refus de reconnaissance et d'exécution dans laquelle le requérant alléguait qu'il avait été invité à participer à l'arbitrage dans une langue qu'il ne comprenait pas peu avant le début de la procédure arbitrale. La juridiction a considéré que ce motif ne figurait pas parmi ceux énumérés à l'article V⁵⁷³. Des juridictions en Belgique⁵⁷⁴, au Royaume-Uni⁵⁷⁵, en Colombie⁵⁷⁶, au Luxembourg⁵⁷⁷, en Israël⁵⁷⁸, au Canada⁵⁷⁹, en Allemagne⁵⁸⁰, à

⁵⁷¹Voir, par exemple, *Société commerciale (Israël) c. Acheteur (Allemagne)*, Oberlandesgericht [OLG] de Cologne (Allemagne), 23 avril 2004, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 557; *Kotraco, Inc. c. V/O Rosvneshtorg*, tribunal de district de Moscou (Fédération de Russie) 31 octobre 1995, XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 735; *AB Götaverken (Suède) c. General National Maritime Transport Company (Libye)*, Cour suprême (Suède), 13 août 1979, VI Y.B. Com. Arb. (1981), p. 237; *Generica Ltd. c. Pharmaceutical Basics, Inc. et al.*, District Court, Northern District of Illinois, Illinois (États-Unis d'Amérique), 18 septembre 1996, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 1029; *Xiamen Xinjindi Group Ltd. c. Eton Properties Ltd.*, High Court (Hong Kong), 14 juin 2012, HCLL 13/2011.

⁵⁷²Voir, par exemple, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 983, par. 1693; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3707; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 269 à 273; Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (2003), par. 26 à 66; Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (2015), par. 11.56; Pieter Sanders, "A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 13 Int'l Law (1979), p. 269; Michael Hwang et Amy Lai, "Do Egregious Errors Amount to a Breach of Public Policy?", 71 Arbitration (2005), p. 1.

⁵⁷³N.Z. c. I, Appellationsgericht, Basel-Stadt (Suisse), 27 février 1989, XVII Y.B. Com. Arb. (1992), p. 581.

⁵⁷⁴*Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Banque arabe et internationale d'investissements*, cour d'appel de Bruxelles (Belgique), 25 janvier 1996, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 643.

⁵⁷⁵*Rossee NV c. Oriental Commercial Shipping*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 16 novembre 1990, XVI Y.B. Com. Arb. (1991), p. 615.

⁵⁷⁶*Petrotesting Colombia S.A. c. Southeast Investment Corporation*, Corte Suprema de Justicia (Colombie), 27 juillet 2011; *Drummond Ltd. c. Instituto Nacional de Concesiones*, Corte Suprema de Justicia (Colombie), 3 mai 2012, XXXVII Y.B. Com. Arb. (2012), p. 205.

⁵⁷⁷*Sovereign Participations International S.A. c. Chadmore Developments Ltd.*, Cour d'appel (Luxembourg), 28 janvier 1999, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 714.

⁵⁷⁸*Zeevi Holdings Ltd. (sous administration judiciaire) (Israël) c. République de Bulgarie*, tribunal de district de Jérusalem (Israël), 13 janvier 2009, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 632.

⁵⁷⁹*Abener Energia, S.A. et Sunopta Inc. c. Suopta Inc. et Abener Energia, S.A.*, Cour supérieure de justice de l'Ontario (Canada), 15 juin 2009, 2009 CanLII 30678.

⁵⁸⁰X c. Y, Oberlandesgericht [OLG] de Hamm (Allemagne), 2 novembre 1983, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 629.

Hong Kong⁵⁸¹, aux Pays-Bas⁵⁸², en Italie⁵⁸³ et aux Bermudes⁵⁸⁴ ont avancé le même argument. Les principaux commentateurs de la Convention de New York confirment eux aussi que les motifs de refus énumérés à l'article V sont exhaustifs⁵⁸⁵.

11. Dans certaines affaires plus anciennes, des juridictions américaines ont considéré que l'inobservation manifeste de la loi ("manifest disregard of the law") de la part de l'arbitre, qui constitue un motif d'annulation d'une sentence arbitrale nationale au regard de la loi fédérale sur l'arbitrage, pouvait également constituer un motif de refus d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère en vertu de la Convention⁵⁸⁶. Dans des affaires plus récentes, en revanche, des juridictions américaines ont estimé que le caractère exhaustif de la liste figurant à l'article V interdit d'appliquer ce principe aux sentences relevant du champ d'application de la Convention. Selon une juridiction d'appel américaine, "[i] existe à présent une jurisprudence abondante selon laquelle, dans toute action en homologation d'une sentence rendue dans un État étranger, ou conformément au droit d'un État étranger, les motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention sont les seuls motifs applicables pour annuler une sentence arbitrale"⁵⁸⁷. Les commentateurs confirment ce point de vue⁵⁸⁸.

⁵⁸¹*Karaha Bodas Company LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, Court of Final Appeal (Hong Kong), 5 décembre 2008, FACV 6/2008.

⁵⁸²*Partie allemande c. Partie néerlandaise*, Président du Rechtbank, La Haye (Pays-Bas), 26 avril 1973, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 305.

⁵⁸³*C.G. Impianti SpA (Italie) c. B.M.A.A.B. et Sons International Contracting Company WLL (Koweït)*, Corte di Appello, Milan (Italie), 29 avril 2009, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 415.

⁵⁸⁴*Sojuznefteexport c. Joc Oil Ltd.*, Court of Appeal (Bermudes), 7 juillet 1989, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 384.

⁵⁸⁵Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3426 et 3427; Roy Goode, "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration", 17 *Arb. Int'l* (2001), p. 19, et plus précisément p. 22; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 265; Julian Lew et Loukas Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration* (2003), par. 26 à 70; Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (2015), par. 11.57; Marike R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* (2016), p. 166.

⁵⁸⁶*Wilko c. Swan*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 7 décembre 1953, 346 United States 427; *Office of Supply, Government of the Republic of Korea c. New York Navigation Company, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 8 novembre 1972, 469 F.2d 377 (1972); *American Construction Machinery & Equipment Corp. Ltd. c. Mechanised Construction of Pakistan Ltd.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 23 mars 1987, 659 F. Supp. 426 (S.D.N.Y. 1987).

⁵⁸⁷*Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, WLL c. Toys "R" Us, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 10 septembre 1997, XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 1058. Voir aussi *Brandeis Intsel Ltd. c. Calabrian Chemicals*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 5 janvier 1987, 656 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1987).

⁵⁸⁸Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3711; Kenneth R. Davis, "Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 37 *Tex. Int'l L.J.* (2002), p. 43, et plus précisément p. 70 et 71; Ray Y. Chan, "The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of Chromalloy", 17 *Boston U. Int'l L.J.* (1999), p. 141, et plus précisément p. 160; Eric A. Schwartz, "A Comment on Chromalloy: Hilmarton, à l'américaine", 14(2) *J. Int'l Arb.* (1997), p. 126, et plus précisément p. 132; Stephen T. Ostrowski et Yuval Shany, "Chromalloy: United States Law and International Arbitration at the Crossroads", 73 *N.Y.U. L. Rev.* (1998), p. 1650, et plus précisément p. 1675.

12. Une juridiction australienne a interprété la législation qui donnait initialement effet à la Convention en Australie, laquelle n'avait pas repris les mots "que si" ("only") figurant dans le chapeau de l'article V⁵⁸⁹, comme lui conférant un pouvoir d'appréciation résiduel qui l'autorisait à refuser la reconnaissance et l'exécution pour des motifs non énumérés dans la Convention⁵⁹⁰. En 2010, la législation a été modifiée et prévoit désormais que "[l]a juridiction ne peut refuser l'exécution de la sentence étrangère que dans les cas" énumérés à l'article V⁵⁹¹.

C. Charge de la preuve prévue à l'article V

13. L'article premier de la Convention de Genève de 1927 exigeait expressément que la partie invoquant une sentence prouve qu'un certain nombre de conditions avaient été remplies avant de se voir accorder la reconnaissance et l'exécution. Cependant, la Convention était muette sur la question de savoir si la juridiction saisie de la demande de reconnaissance et d'exécution devait examiner les motifs de refus visés à l'article 2 d'office ou uniquement à la demande de la partie s'opposant à ladite reconnaissance ou exécution. La Convention ne disait pas non plus à quelle partie incombait en définitive la charge de prouver les motifs de refus.

14. S'inspirant d'une proposition présentée par la délégation allemande lors de la rédaction de la Convention de New York⁵⁹², l'article V énonce une règle claire concernant la charge de la preuve des motifs de refus.

15. Le début du paragraphe 1 de l'article V dispose que la reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, "sur requête de la partie contre laquelle [la sentence] est invoquée", que si cette partie "fournit [...] la preuve" des motifs énumérés dans ce paragraphe. S'appuyant sur ce libellé, les juridictions des États contractants ont invariablement estimé qu'il incombait à la partie s'opposant

⁵⁸⁹Voir l'article 8(5) de la loi de 1974 sur l'arbitrage international (*International Arbitration Act*) (Cth), qui, avant d'énumérer les motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution, disposait que "la juridiction peut, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, refuser l'exécution de la sentence si cette partie lui fournit la preuve que [...]".

⁵⁹⁰*Resort Condominiums International Inc. c. Ray Bowell*, Supreme Court of Queensland (Australie), 29 octobre 1993, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 628.

⁵⁹¹Voir la loi de 1974 sur l'arbitrage international (Cth), article 8(3A), tel que modifié par la loi de 2010 sur l'arbitrage international (Cth), article 7.

⁵⁹²Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Comparaison des divers textes proposés pour les articles III, IV et V, E/CONF.26/L.33/Rev.1, p. 3.

à la reconnaissance et l'exécution d'invoquer et de prouver les motifs de refus énumérés au paragraphe 1⁵⁹³.

16. Le paragraphe 2 de l'article V prévoit que les motifs qu'il énumère peuvent être examinés d'office par une juridiction étatique. Les juridictions des États contractants ont confirmé qu'il n'est pas nécessaire que les motifs de refus visés dans ce paragraphe soient plaidés par la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution⁵⁹⁴. Bien que ce paragraphe n'attribue pas expressément la charge de la preuve à l'une ou l'autre partie, les juridictions des États contractants ont estimé qu'il revient en définitive à la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution de prouver l'existence de ces motifs⁵⁹⁵. Les principaux commentateurs de la Convention ont exprimé le même point de vue⁵⁹⁶.

⁵⁹³Voir, par exemple, *Propriétaire de navire néerlandais c. Négociant allemand en bétail et en viande*, Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 1^{er} février 2001, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 700; *Trans World Film SpA c. Film Polski Import and Export of Films*, Corte di Cassazione (Italie), 22 février 1992, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 433; *Europcar Italia S.p.A. c. Maiellano Tours Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 2 septembre 1998, 97-7224, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 860; *Encyclopedia Universalis SA c. Encyclopedia Britannica Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 31 mars 2005, 04-0288-cv, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 1136.

⁵⁹⁴Voir, par exemple, *Efxinos Shipping Co. Ltd. c. Rawi Shipping Lines Ltd.*, Corte Di Appello Genova (Italie), 2 mai 1980, VIII Y.B. Com. Arb. (1983), p. 381; *Rossee NV c. Oriental Commercial Shipping*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 16 novembre 1990, XVI Com. Arb. (1991), p. 615; *Sovereign Participations International S.A. c. Chadmore Developments Ltd.*, Cour d'appel (Luxembourg), 28 janvier 1999, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 714.

⁵⁹⁵Voir, par exemple, *Preneur de licence c. Donneur de licence*, Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne), 21 juillet 2004 XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 315; *Gater Assets Ltd. c. Nak Naftogaz Ukrainiy*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007, [2007] EWCA Civ 988; *Hebei Import & Export Corp. c. Polytek Engineering Co. Ltd.*, Court of Final Appeal (Hong Kong), 9 février 1999, [1999] 2 HKC 205; *NTT Docomo Inc. c. Ultra D.O.O.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 12 octobre 2010, 10 Civ. 3823 (RMB)(JCF). Voir aussi le chapitre du Guide consacré à l'article V-2 b), par. 57.

⁵⁹⁶Voir, par exemple, Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3418 et 3419; Dirk Otto, Omaia Elwan, "Article V(2)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 345, et plus précisément p. 348.

Article V-1 a)

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 [...]

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article V-1 a) tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/CONF.26/3; E/CONF.26/3/Add.1;
- Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: Note du Secrétaire général: E/CONF.26/2.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.17; E/CONF.26/L.34;

- Comparaison des divers textes proposés pour les articles III, IV et V: E/CONF.26/L.33/Rev.1;
- France, République fédérale d'Allemagne et Pays-Bas: document de travail sur les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.40;
- Texte proposé par le Groupe de travail n° 3 pour les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.43;
- Texte des articles III, IV et V de la Convention adopté par la Conférence à sa 17^e séance: E/CONF.26/L.48;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Nouveau texte adopté par la Conférence, à sa 23^e séance, pour l'article premier, paragraphe 3, et l'article V, paragraphes 1 a), 1 b) et 1 e): E/CONF.26/L.63;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 11^e, 13^e, 14^e, 17^e, 23^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.17; E/CONF.26/SR.23; E/CONF.26/SR.24;
- Compte rendu analytique de la 6^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.6.

Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales:

- L'exécution des sentences arbitrales internationales: Exposé présenté par la Chambre de commerce internationale, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif dans la catégorie A: E/C.2/373;
- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/4.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. Le paragraphe 1 a) de l'article V énonce le premier moyen susceptible d'être invoqué pour s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Il habilite les juridictions d'un État contractant à refuser la reconnaissance et l'exécution dans deux cas: premièrement, si "les parties à la convention [d'arbitrage] [...] étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité" et, deuxièmement, si la "convention [d'arbitrage] 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".

2. La Convention de Genève de 1927 traitait ces deux motifs de refus différemment. Aux termes de son article 1 a), il revenait à la partie demandant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence de prouver que la convention d'arbitrage était valable d'après la législation qui lui était applicable. L'article 2 b) de cette convention, quant à lui, faisait obligation à la juridiction d'exécution de refuser la reconnaissance et l'exécution "si le juge constate [...] que la partie contre laquelle la sentence est invoquée [...], [...] étant incapable, [...] n' [...] a pas été régulièrement représentée" à la procédure arbitrale.

3. Dans le projet initial, le Comité spécial du Conseil économique et social n'avait repris que la disposition relative à l'incapacité juridique d'une partie, mais non celle concernant la validité de la convention d'arbitrage⁵⁹⁷. Toutefois, pendant la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international convoquée pour l'élaboration et l'adoption de la Convention, les représentants des États ont décidé d'abandonner cette disposition, considérant, comme l'avait dit le représentant de la Norvège, qu'il serait rare en pratique qu'une partie ne soit pas dûment représentée pendant une procédure arbitrale⁵⁹⁸. En outre, durant la Conférence, les rédacteurs de la Convention ont introduit une disposition relative à la validité de la convention d'arbitrage. Cette disposition a été, dans un premier temps, ajoutée comme moyen indépendant d'obtenir la reconnaissance et l'exécution, puis modifiée pour offrir un moyen de refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale⁵⁹⁹. Elle a été révisée pour préciser que la "loi applicable" à la convention

⁵⁹⁷Voir Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, annexe, p. 2. L'article IV c) du projet du Conseil économique et social prévoyait que la reconnaissance et l'exécution pourraient être refusées "si l'autorité compétente du pays dans lequel la reconnaissance ou l'exécution est demandée constate: [...] que, la partie contre laquelle la sentence est invoquée étant incapable, elle n'a pas été légalement représentée".

⁵⁹⁸Voir Travaux préparatoires, Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction le 6 juin 1958, E/CONF.26/L.61, p. 3; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 10.

⁵⁹⁹Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 3; Travaux préparatoires, Texte proposé pour les articles III, IV et V du projet de convention, E/CONF.26/L.43, p. 1.

d'arbitrage devait être la “loi nationale à laquelle les parties [1]’ont subordonné[e] [...] ou, à défaut d’indications à cet égard, [...] la loi du pays où la sentence a été rendue⁶⁰⁰.”

4. C’est au tout dernier jour de la Conférence que l’article V-1 a) est apparu sous sa forme actuelle, sur la recommandation du représentant des Pays-Bas, qui a proposé de réintroduire un moyen de défense fondé sur l’incapacité des parties⁶⁰¹.

5. L’article V-1 a) étend les principes inscrits dans l’article II à l’étape de la reconnaissance et de l’exécution. De même que les parties ne sauraient être renvoyées à l’arbitrage au titre de l’article II si elles ne sont pas liées par une convention d’arbitrage valable⁶⁰², de même les juridictions nationales peuvent refuser la reconnaissance et l’exécution d’une sentence au titre de l’article V-1 a) si le consentement des parties n’est pas valable du fait de l’incapacité de celles-ci de convenir de recourir à l’arbitrage ou du fait que la convention d’arbitrage n’est pas valable en vertu de la loi qui lui est applicable.

6. Si l’exception d’incapacité prévue à l’article V-1 a) est peu utilisée en pratique, celle fondée sur l’invalidité de la convention d’arbitrage est souvent invoquée par les parties qui s’opposent à la reconnaissance et à l’exécution d’une sentence arbitrale⁶⁰³. Toutefois, dans la majorité des affaires signalées, les juridictions étatiques ont rejeté les requêtes en refus de reconnaissance et d’exécution fondées sur l’article V-1 a).

Analyse

Incapacité des parties

7. La première partie du paragraphe 1 a) de l’article V prévoit, que la reconnaissance et l’exécution peuvent être refusées si “les parties à la convention visée à l’article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d’une incapacité [...]”.

⁶⁰⁰Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 23^e séance, E/CONF.26/SR.23, p. 15.

⁶⁰¹Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 24^e séance, E/CONF.26/SR.24, p. 7.

⁶⁰²Pour plus de précisions, voir le chapitre du Guide consacré à l’article II, par. 13 à 23.

⁶⁰³Voir, par exemple, Stefan Kröll, “Recognition and Enforcement of Awards”, dans *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (K. H. Böckstiegel, S. Kröll et P. Nacimiento, dir. publ., 2007), p. 506, et plus précisément p. 530.

A. Signification des termes “les parties à la convention visée à l’article II”

8. Le paragraphe 1 a) de l’article V fait référence aux “parties à la convention visée à l’article II”. Il se distingue en cela de la formulation de la Convention de Genève de 1927, qui mentionnait la “partie contre laquelle la sentence est invoquée”⁶⁰⁴. La nouvelle formulation laisse supposer que l’incapacité peut être invoquée à l’encontre de la partie contestant l’exécution ou de la partie demandant l’exécution⁶⁰⁵. La Cour de cassation italienne a confirmé que la partie s’opposant à l’exécution pouvait exciper de l’incapacité des parties demandant l’exécution⁶⁰⁶.

9. Bien que le paragraphe 1 a) fasse référence à l’incapacité “[des] parties” (au pluriel), les juges considèrent que l’incapacité d’une partie est suffisante pour que la juridiction chargée de l’exécution refuse la reconnaissance et l’exécution⁶⁰⁷. Les commentateurs appuient généralement la lecture de l’article V-1 a) selon laquelle la preuve de l’incapacité de l’une des parties (et pas nécessairement des deux) suffit pour refuser la reconnaissance et l’exécution d’une sentence arbitrale⁶⁰⁸.

B. Notion d’incapacité

10. L’“incapacité” n’est définie ni dans la Convention ni dans les travaux préparatoires.

11. La “capacité” est habituellement définie comme l’aptitude juridique d’une personne à agir et à conclure des accords en son propre nom et pour son propre

⁶⁰⁴Voir article 2 b) de la Convention de Genève de 1927. Voir également Ignacio Suarez Anzorena, “The Incapacity Defence Under the New York Convention”, dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard et D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 615, et plus précisément p. 616 à 618.

⁶⁰⁵Voir Patricia Nacimiento, “Article V(1)(a)”, dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 205, et plus précisément p. 218; Todd J. Fox, Stephan Wilske, “Commentary of Article V(1)(a)”, dans *New York Convention: Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 267, et plus précisément p. 271.

⁶⁰⁶*Société Arabe des Engrais Phosphatés et Azotés — SAEPA et Société Industrielle d’Acide Phosphorique et d’Engrais — SIAPE c. Gemanco srl*, Cour de cassation (Italie), 9 mai 1996, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 737.

⁶⁰⁷Voir, par exemple, *Sokofl Star Shipping Co. Inc. c. GPVO Technopromexport*, tribunal de district de Moscou (Département civil) (Fédération de Russie), 11 avril 1997, XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 742; *Agrimpex S.A. c. J.F. Braun & Sons, Inc.*, Cour suprême (Grèce), 14 janvier 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 269.

⁶⁰⁸Voir Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 275, qui intitule la section relative à l’incapacité “Incapacity of a party”; Patricia Nacimiento, “Article V(1)(a)”, dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 205, et plus précisément p. 218; Todd J. Fox, Stephan Wilske, “Commentary of Article V(1)(a)”, dans *New York Convention: Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 267, et plus précisément p. 271 et 272.

compte⁶⁰⁹. Le texte de l'article V-1 a) confirme que l'incapacité fait référence à une limitation juridique empêchant une partie de nouer une relation juridique et contraignante, en l'occurrence une convention d'arbitrage, en son propre nom et pour son propre compte⁶¹⁰. Dans les quelques affaires signalées, les parties ont fait valoir l'incapacité de personnes physiques et de personnes morales.

12. En ce qui concerne l'incapacité des personnes physiques, une partie s'est opposée, dans une affaire jugée au Canada, à la reconnaissance et à l'exécution en avançant qu'elle n'avait pas eu la possibilité d'obtenir un conseil juridique indépendant pendant la négociation et la conclusion du contrat en question, qui comprenait la convention d'arbitrage⁶¹¹. Dans son interprétation de la loi canadienne incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui renferme une disposition analogue à celle de l'article V-1 a), la juridiction n'a pas contesté le fait que l'exception d'incapacité puisse s'appliquer en l'occurrence. Toutefois, elle l'a finalement rejetée, considérant que le défendeur n'avait pas apporté la preuve qu'il avait été victime d'un abus d'autorité, de mesures de pression particulières ou de déclarations mensongères.

13. Dans aucune des affaires signalées, la reconnaissance n'a été contestée au titre de l'article V-1 a) au motif qu'une convention d'arbitrage avait été conclue par un mineur ou une personne handicapée. Toutefois, les commentateurs s'accordent à penser que le moyen de défense fondé sur l'incapacité devrait viser les cas dans lesquels une personne n'est pas en mesure de juger quels sont ses propres intérêts⁶¹².

14. S'agissant de l'incapacité des personnes morales, des juridictions nationales ont examiné ce moyen de défense en rapport avec des personnes morales de droit public et de droit privé. Le texte de la Convention confirme cette approche,

⁶⁰⁹Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 242, par. 453. Voir également Ignacio Suarez Anzorena, "The Incapacity Defence Under the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard et D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 615, et plus précisément p. 621.

⁶¹⁰Ignacio Suarez Anzorena, "The Incapacity Defence Under the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard et D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 615, et plus précisément p. 621.

⁶¹¹Grow Biz International Inc. c. D.L.T. Holdings Inc., Supreme Court de l'Île-du-Prince-Édouard (Canada), 23 mars 2001, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 450. Voir également une affaire dans laquelle la juridiction a refusé la reconnaissance et l'exécution, une partie n'ayant pas été dûment informée en vertu de l'article 103-2 c) de la loi anglaise de 1996 sur l'arbitrage (donnant effet à l'article V-1 b) de la Convention) à cause d'un cancer grave mettant sa vie en danger: *Ajay Kanoria, Esols Worldwide Limited, Indekka Software PVT Ltd. c. Tony Francis Guinness, Court of Appeal* (Angleterre et pays de Galles), 21 février 2006, [2006] EWCA Civ 222.

⁶¹²Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'attention des juges (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 90; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 317, par. 539; voir également Ignacio Suarez Anzorena, "The Incapacity Defence Under the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard et D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 615, et plus précisément p. 621, 625 et 628.

l'article V-1 a) faisant seulement référence aux "parties", sans distinguer les entités publiques et les entités privées. En outre, l'article premier, qui définit le champ d'application de la Convention, fait référence aux "personnes physiques ou morales"⁶¹³. Dans ce contexte, des parties se sont, dans un certain nombre d'affaires, opposées à la reconnaissance et à l'exécution sur le fondement de l'incapacité d'une personne morale, mais les juridictions ont généralement rejeté ce moyen de défense.

15. *Premièrement*, le tribunal de district de Moscou a fait droit à une requête en refus d'exécution sur le fondement de l'article V-1 a), dans une affaire où une sentence avait été rendue en faveur d'une société qui n'existait pas, celle-ci n'ayant jamais été enregistrée au siège supposé de sa constitution⁶¹⁴.

16. *Deuxièmement*, des personnes morales ont contesté l'exécution au titre de l'article V-1 a) au motif qu'une partie faisait l'objet d'une restriction juridique. Par exemple, en se fondant d'une manière générale sur la Convention de New York, une juridiction syrienne a refusé d'exécuter une sentence rendue contre le Ministère syrien de la défense parce que la convention d'arbitrage avait été conclue en violation d'une mesure syrienne d'ordre public selon laquelle le Conseil d'État syrien devait rendre un avis préliminaire avant qu'un litige puisse être renvoyé à l'arbitrage⁶¹⁵. À l'inverse, une juridiction russe a confirmé la reconnaissance et l'exécution d'une sentence en se fondant sur la Convention, considérant qu'aucune restriction juridique n'interdisait au directeur général d'une société de signer une convention d'arbitrage et d'engager la société⁶¹⁶.

17. *Troisièmement*, dans un petit nombre d'affaires plus anciennes, des juridictions ont confirmé que l'allégation d'un défaut de pouvoir de représentation relevait de l'exception d'incapacité visée à l'article V-1 a)⁶¹⁷.

⁶¹³Voir, par exemple, Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 276 à 279; Domenico Di Pietro, Martin Platte, *Enforcement of International Arbitration Awards — the New York Convention of 1958* (Cameron May, 2001), p. 138; Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 984, par. 1695; Ignacio Suarez Anzorena, "The Incapacity Defence Under the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard et D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 615, et plus précisément p. 622; Todd J. Fox, Stephan Wilske, "Commentary of Article V(1)(a)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 267, et plus précisément p. 271.

⁶¹⁴*Sokofl Star Shipping Co. Inc. c. GPVO Technopromexport*, tribunal de district de Moscou (Département civil) (Fédération de Russie) 11 avril 1997, XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 742. Voir également *Sojuznefteexport c. Joc Oil Ltd., Court of Appeal (Bermudes)*, 7 juillet 1989, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 384.

⁶¹⁵*Fougerollem S.A. c. le Ministère de la défense de la République arabe syrienne*, tribunal administratif de Damas (Syrie), 31 mars 1988, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 515. Voir également *Société Arabe des Engrais Phosphatés et Azotés — SAEPA et Société Industrielle d'Acide Phosphorique et d'Engrais — SIAPE c. Gemanco srl*, cour d'appel de Bari (Italie), 2 novembre 1993, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 737.

⁶¹⁶*Dana Feed A/S c. OOO Arctic Salmon*, cour fédérale d'arbitrage du district du Nord-Ouest (Fédération de Russie), 9 décembre 2004, XXXII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 658.

⁶¹⁷Voir, par exemple, *Ltd. "R.L." c. JSC "Z. Factory"*, Cour suprême (Géorgie), 2 avril 2004, a-204-sh-43-03; *Agrimex S.A. c. J.F. Braun & Sons, Inc.*, Cour suprême (Grèce), 14 janvier 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 269.

Par exemple, le Tribunal suprême espagnol a confirmé que les questions liées à des pouvoirs prétendument conférés par le conseil d'administration d'une société ou les questions liées à de supposés pouvoirs contractuels de représentation, tels que ceux conférés par procuration, relevaient du moyen de défense fondé sur l'incapacité au titre de l'article VI a). Dans cette affaire, il a considéré que la partie s'opposant à la reconnaissance et l'exécution n'avait pas prouvé que la procuration n'était pas valable en vertu de la loi applicable⁶¹⁸. Dans l'affaire *Dalmine*, la Cour de cassation italienne a estimé que l'exception d'incapacité au titre de l'article V-1 a) recouvrait la question de savoir si une personne physique avait la capacité d'agir au nom d'une société en vertu des documents constitutifs de celle-ci, mais elle a finalement rejeté ce moyen de défense dans la mesure où les personnes qui avaient signé la convention d'arbitrage avaient le pouvoir nécessaire pour la conclure⁶¹⁹. Dans une autre affaire, la Cour suprême autrichienne a considéré que l'absence de pouvoir de représentation adéquat pouvait être constatée lorsque la procuration qui autorisait la signature du contrat comprenant la convention d'arbitrage n'était pas valable. Toutefois, en l'occurrence, elle a considéré que la partie s'opposant à l'exécution n'avait pas prouvé que la partie qui avait signé l'accord en son nom n'était pas dotée du pouvoir requis⁶²⁰.

18. Bien que les questions de représentation et de pouvoir adéquats diffèrent de celle de la capacité *stricto sensu*⁶²¹, les commentateurs appuient l'idée que l'exception d'incapacité devrait s'étendre aux situations dans lesquelles des personnes morales auraient commis un excès de pouvoir en s'écartant de leurs documents constitutifs ou dans lesquelles le pouvoir de représentation ne serait pas valable⁶²².

⁶¹⁸ *Unión de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre c. La Palentina SA*, Tribunal suprême (Espagne), 17 février 1998, XXXVII Y.B. Com. Arb. (2002), p. 533.

⁶¹⁹ *Dalmine S.p.A. c. M. & M. Sheet Metal Forming Machinery A.G.*, Cour de cassation (Italie), 23 avril 1997, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 709. Voir également Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 23 avril 1998, III ZR 194/96.

⁶²⁰ *K c. F AG*, Oberster Gerichtshof (Autriche), 23 octobre 2007, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 354. Voir également *O Limited c. S GmbH*, Oberster Gerichtshof (Autriche), 24 août 2005, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 254.

⁶²¹ Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé* (Economica 1985), p. 48, par. 64.

⁶²² Ignacio Suarez Anzorena, "The Incapacity Defence Under the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard et D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 615, et plus précisément p. 623 et 624; *Russell on Arbitration* (D. Sutton, J. Gill, M. Gearing, dir. publ., 2007), p. 463.

C. Signification des termes “la loi à elles applicable”

19. Aux termes de l'article V-1 a), l'incapacité des parties doit être appréciée au regard de “la loi à elles applicable”⁶²³. Il est toutefois clair, selon cet article, que la loi applicable pour déterminer la capacité d'une partie se distingue de celle régissant la validité d'une convention d'arbitrage, comme il est précisé dans la deuxième partie de la disposition⁶²⁴.

20. Comme le montrent les travaux préparatoires, la “loi à elles applicable” devait être déterminée “d'après la loi régissant [le] statut personnel [des parties]”⁶²⁵. Toutefois, la Convention est silencieuse sur les moyens permettant de déterminer la loi applicable.

21. Les juridictions étatiques qui appliquent l'article V-1 a) suivent différentes méthodes pour choisir la loi permettant de déterminer la capacité d'une partie, en fonction de ce qui est allégué par la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution: i) l'incapacité d'une partie *stricto sensu* ou ii) le fait qu'une partie n'a pas le pouvoir de conclure une convention au nom d'une autre partie.

22. Dans les quelques affaires concernant la question de l'incapacité d'une personne physique ou morale *stricto sensu*, les juridictions ont généralement déterminé la loi applicable à la capacité de cette partie en fonction de leur propre système juridique. Par exemple, pour se prononcer sur une requête en refus d'exécution au titre de l'article V-1 a), le Tribunal suprême espagnol a appliqué la règle espagnole de conflit de lois pour établir que la capacité d'une partie devait être appréciée en fonction de la loi personnelle, à savoir la loi du pays dont cette partie avait la nationalité⁶²⁶. En ce qui concerne la capacité d'une personne physique, les commentateurs établissent une distinction entre les pays de droit romano-germanique, dans lesquels la capacité est généralement régie par la loi du pays dont la personne a la nationalité, et les pays de *common law*, dans lesquels elle est généralement régie

⁶²³L'expression “en vertu de la loi à elles applicable” a été supprimée des articles 34 et 36 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international car, comme l'a expliqué le secrétariat de la CNUDCI, “on a estimé qu'[elle] contenait une règle de conflit [...] susceptible d'induire en erreur”. Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 telle qu'amendée en 2006, par. 54. Voir également compte rendu analytique de la 317^e séance de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international consacrée à l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, A/CN.9/246, annexe, *Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, 1985, Vol. XVI, p. 463.

⁶²⁴Voir, par exemple, Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 984, par. 1695; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 277.

⁶²⁵Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 24^e séance, E/CONF.26/SR.24, p. 7.

⁶²⁶*Unión de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre c. La Palentina SA*, Tribunal suprême (Espagne), 17 février 1998, XXVII Y.B. Com. Arb. (2002), p. 533.

par la loi du pays où la personne a son domicile ou sa résidence habituelle⁶²⁷. En ce qui concerne la capacité *stricto sensu* des personnes morales, la loi applicable est, dans de nombreux pays, la loi du lieu de leur constitution ou de leur établissement⁶²⁸.

23. S'agissant des affaires dans lesquelles le pouvoir d'une partie de conclure une convention d'arbitrage au nom d'une autre partie était contesté, certaines juridictions ont apprécié la validité de ce pouvoir en vertu de la loi personnelle à laquelle était soumise la partie censée être liée par la convention⁶²⁹. Par exemple, dans l'affaire *La Palentina*, le Tribunal suprême espagnol a considéré que, lorsque l'acte de représentation était accompli par les organes d'une société, la loi nationale de cette entité s'appliquait⁶³⁰. Dans une affaire où le pouvoir qu'avait une partie de conclure une convention d'arbitrage au nom d'une autre partie était fondé sur une procuration, une juridiction allemande a considéré que sa validité devait être évaluée en fonction de la loi de l'État où la procuration devait produire ses effets⁶³¹.

D. Date à prendre en compte en ce qui concerne l'incapacité

24. Le paragraphe 1 a) de l'article V de la Convention ne précise pas à quel moment une partie doit être frappée d'incapacité. Toutefois, l'emploi du passé ("[...] [q]ue les parties [...] étaient [...] frappées d'une incapacité") montre que l'incapacité devrait être appréciée à la date à laquelle [le contrat contenant] la

⁶²⁷ Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 276; Patricia Nacimiento, "Article V(1)(a)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 205, et plus précisément p. 219; Stefan Kröll, "Recognition and Enforcement of Awards", dans *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (K. H. Böckstiegel, S. Kröll et P. Nacimiento, dir. publ., 2007), p. 506, et plus précisément p. 528 et 529.

⁶²⁸ Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 276; Patricia Nacimiento, "Article V(1)(a)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 205, et plus précisément p. 220; Stefan Kröll, "Recognition and Enforcement of Awards", dans *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (K. H. Böckstiegel, S. Kröll et P. Nacimiento, dir. publ., 2007), p. 528 et 529 en ce qui concerne la position adoptée en Allemagne.

⁶²⁹ Voir, par exemple, *Dana Feed A/S c. OOO Arctic Salmon*, cour fédérale d'arbitrage du district du Nord-Ouest (Fédération de Russie), 9 décembre 2004, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 658.

⁶³⁰ *Unión de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre c. La Palentina SA*, Tribunal suprême (Espagne), 17 février 1998, XXXVII Y.B. Com. Arb. (2002), p. 533. Voir également *Dalmine S.p.A. c. M. & M. Sheet Metal Forming Machinery A.G.*, Cour de cassation (Italie), 23 avril 1997, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 709.

⁶³¹ *Oberlandesgericht [OLG] de Celle* (Allemagne), 4 septembre 2003, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 528.

convention d'arbitrage a été conclu[e]⁶³². Les rédacteurs de la Convention de New York ont cherché à se départir de l'approche suivie dans la Convention de Genève de 1927, qui était centrée sur le défaut de représentation régulière pendant la procédure arbitrale⁶³³.

25. À de rares exceptions près⁶³⁴, les juridictions étatiques se réfèrent à la date de la conclusion de la convention d'arbitrage pour apprécier la capacité d'une partie. Par exemple, la Cour de cassation italienne a considéré que la date à laquelle la capacité de représentation devait être examinée au titre de l'article V-1 a) était celle de la conclusion de la convention d'arbitrage⁶³⁵. Plus récemment, des juridictions des États-Unis⁶³⁶, de la Fédération de Russie⁶³⁷ et du Canada⁶³⁸ ont suivi le même raisonnement dans leurs décisions.

Invalidité de la convention d'arbitrage

26. Aux termes de la deuxième partie du paragraphe 1 a) de l'article V, la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées au motif que la convention d'arbitrage "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".

27. Les juridictions étatiques déterminent généralement la validité d'une convention d'arbitrage au sens de l'article V-1 a) en suivant la règle de conflit de lois énoncée dans cette disposition. Certaines considèrent toutefois que la référence

⁶³²Voir Ignacio Suarez Anzorena, "The Incapacity Defence Under the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard et D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 615, et plus précisément p. 631; Patricia Nacimiento, "Article V(1)(a)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 205, et plus précisément p. 218; Todd J. Fox, Stephan Wilske, "Commentary of Article V(1)(a)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 267, et plus précisément p. 272.

⁶³³Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 9 et 10.

⁶³⁴Voir *James p. Corcoran, Superintendent of Insurance of the State of New York et al. c. Ardra Insurance Co. Ltd., Richard A. and Jeanne S. DiLoreto*, Supreme Court of New York County (États-Unis d'Amérique), 10 avril 1990, XVI Y.B. Com. Arb. (1991), p. 663.

⁶³⁵*Dalmine S.p.A. c. M. & M. Sheet Metal Forming Machinery A.G.*, Cour de cassation (Italie), 23 avril 1997, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 709.

⁶³⁶*Seung Woo Lee, as Co-Receiver for Medison Co. Ltd. a Korean corporation and others c. Imaging3, Inc. and others*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 19 juin 2008, 06-55993, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 1180; *China National Building Material Investment Co. Ltd. c. BNK International LLC*, District Court, Western District of Texas, Austin Division (États-Unis d'Amérique), 3 décembre 2009, A-09-CA-488-SS.

⁶³⁷*Dana Feed A/S c. OOO Arctic Salmon*, cour fédérale d'arbitrage du district du Nord-Ouest (Fédération de Russie), 9 décembre 2004, XXXII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 658.

⁶³⁸*Grow Biz International Inc. c. D.L.T. Holdings Inc.*, Supreme Court de l'Île-du-Prince-Édouard (Canada), 23 mars 2001, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 450.

faite, dans l'article V-1 a), à l'article II implique que la validité de la convention d'arbitrage soit déterminée conformément aux conditions de forme prévues à l'article II.

A. Choix de la règle de droit en vertu de l'article V-1 a)

28. Aux termes de l'article V-1 a), la validité d'une convention d'arbitrage doit être déterminée "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".

a) *Primauté de la loi choisie par les parties*

29. Selon l'article V-1 a), l'invalidité d'une convention d'arbitrage doit, en premier lieu, être appréciée au regard de la loi choisie par les parties⁶³⁹. En conséquence, les juridictions étatiques appliquent souvent la loi à laquelle les parties ont subordonné l'accord principal ou la procédure d'arbitrage, en tant que choix implicite de la loi régissant la convention d'arbitrage.

30. Dans la pratique, il est rare que les parties choisissent expressément la loi devant régir la convention d'arbitrage. Dans les affaires signalées, les juridictions ont examiné divers autres facteurs pour établir que les parties avaient implicitement choisi la loi régissant la convention d'arbitrage. Par exemple, une juridiction des États-Unis a considéré que le choix des parties concernant la loi régissant la procédure d'arbitrage équivalait à un choix implicite de la loi concernant la validité de la convention d'arbitrage⁶⁴⁰. Dans une autre affaire, la Cour de cassation égyptienne a établi que la loi régissant l'accord principal des parties devait également régir la validité de la convention d'arbitrage⁶⁴¹. Les parties ayant décidé que la loi suédoise

⁶³⁹Voir, par exemple, *Mabofi Holdings Limited c. RosGas A.G.*, cour fédérale d'arbitrage du district de Moscou (Fédération de Russie), 24 janvier 2012, A40-65888/11-8/553; Tribunal suprême (Espagne), 10 février 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 493. Voir également Patricia Nacimiento, "Article V(1)(a)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 205, et plus précisément p. 227; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981) p. 282; Todd J. Fox, Stephan Wilske, "Commentary of Article V(1)(a)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 267, et plus précisément p. 275.

⁶⁴⁰*Telenor Mobile Communications AS c. Storm LLC*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 2 novembre 2007, 524 F. Supp. 2d 332.

⁶⁴¹*Egyptian Company for Concrete & Hashem Ali Maher c. STC Finance & Ismail Ibrahim Mahmoud Thabet & Sabishi Trading and Contracting Company*, Cour de cassation (Égypte), 27 mars 1996, 2660/59. Voir également *Stena RoRo AB c. OAO Baltiysky Zavod*, Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 13 septembre 2011, A56-60007/2008; *Ltd. "R.L." c. JSC "Z. Factory"*, Cour suprême (Géorgie), 2 avril 2004, a-204-sh-43-03.

régirait leur contrat, la Cour a estimé que cette loi devait s'appliquer à la convention d'arbitrage et permettre de déterminer la validité de celle-ci au sens de l'article V-1 a).

b) *Loi applicable à défaut de choix des parties*

31. Dans les cas où les parties n'ont choisi ni expressément ni implicitement la loi régissant leur convention d'arbitrage, les juges appliquent la règle subsidiaire et évaluent la validité d'une convention d'arbitrage au regard "de la loi du pays où la sentence a été rendue" conformément à l'article V-1 a)⁶⁴².

32. Par exemple, pour apprécier la validité d'une convention d'arbitrage au titre de l'article V-1 a), la Cour suprême autrichienne a estimé que, puisque aucune des parties n'avait fait valoir que la convention d'arbitrage était régie par une loi particulière, la validité de la convention serait évaluée en vertu de la loi du pays où la sentence arbitrale avait été rendue⁶⁴³.

33. Dans un petit nombre d'affaires rapportées, les juridictions étatiques ont directement appliqué la loi du pays où la sentence avait été rendue sans examiner expressément si les parties avaient choisi une loi applicable à la convention d'arbitrage⁶⁴⁴. Dans ces affaires, la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution ne s'était expressément fondée sur aucune loi choisie par les parties pour régir la validité de la convention d'arbitrage. Par exemple, pour évaluer la validité d'une convention d'arbitrage, la Cour d'appel de Svea a appliqué la loi du pays où la sentence avait été rendue, sans examiner expressément au préalable si les parties avaient explicitement ou implicitement choisi une loi régissant la convention d'arbitrage⁶⁴⁵.

34. La Convention est silencieuse sur les moyens permettant de déterminer où la sentence "a été rendue". Sauf dans une des affaires signalées⁶⁴⁶, les juridictions étatiques ont estimé que le siège de l'arbitrage tel qu'établi dans la convention

⁶⁴²Voir, par exemple, *Rocco Giuseppe e Figli s.n.c. c. Federal Commerce and Navigation Ltd.*, Cour de cassation (Italie), 15 décembre 1982, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 464; *Curateur de Lanificio Walter Banci S.a.s. c. Bobbie Brooks Inc.*, Cour de cassation (Italie), 15 avril 1980, VI Y.B. Com. Arb. (1981), p. 233; Tribunal suprême (Espagne), 10 février 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 493.

⁶⁴³K c. F AG, Oberster Gerichtshof (Autriche), 23 octobre 2007, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 354.

⁶⁴⁴G. A. *Pap-KG Holzgrosshandlung c. Ditta Giovanni G. Pecoraro*, cour d'appel de Naples (Section de Salerne) (Italie), 13 février 1978, VI Y.B. Com. Arb. (1981), p. 228. Voir également la décision ci-après, dans laquelle il n'est fait aucune référence à la convention des parties: *U.S. VOEST ALPINE International Trade Company c. Jiangsu Provincial Foreign Trade Corporation*, tribunal populaire intermédiaire de Nanjing (Chine), 13 avril 2009, (2008) Ning Min Wu Chu Zi n° 43.

⁶⁴⁵*Planaverge S.A., Fontanes c. Kalle Bergander i Stockholm AB*, cour d'appel de Svea (Suède), 7 septembre 2001, T 4645-99.

⁶⁴⁶*Richard Henry Moffit Outhwaite c. Robert Ralph Scrymegeour Hiscox*, House of Lords (Angleterre et pays de Galles), 24 juillet 1991, XVII Y.B. Com. Arb. (1992), p. 599. Dans cette affaire, la Chambre des lords a considéré que la sentence était "rendue" là où elle avait été signée et non au siège de l'arbitrage indiqué par les parties.

d'arbitrage était le lieu où la sentence avait été “rendue”⁶⁴⁷. Par exemple, dans l'affaire *Dallah*, la Haute Cour d'Angleterre a indiqué que la validité de la convention d'arbitrage devait être évaluée au regard de la loi du pays où la sentence avait été rendue, à savoir la loi du pays où se trouvait le siège de l'arbitrage⁶⁴⁸. Elle a conclu que le siège de l'arbitrage se trouvant en France, la validité de la convention d'arbitrage devait être évaluée en vertu de la loi française. De même, une juridiction néerlandaise a considéré que, du fait que la loi régissant la convention d'arbitrage n'était pas déterminée et que la clause compromissoire désignait l'Angleterre comme siège de l'arbitrage, la loi anglaise s'appliquerait pour déterminer la validité de la convention d'arbitrage⁶⁴⁹.

35. Le principe voulant qu'une sentence soit rendue au siège de l'arbitrage est bien établi dans la pratique arbitrale et se retrouve dans les règlements des institutions arbitrales et les lois sur l'arbitrage⁶⁵⁰.

B. Signification du terme “invalidité”

36. Les affaires signalées montrent que les parties obtiennent rarement gain de cause lorsqu'elles s'opposent à la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale au titre de l'article V-1 a) en alléguant l'invalidité de la convention d'arbitrage.

37. Dans un certain nombre d'affaires, la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution a fait valoir qu'un vice entachant l'accord principal invalidait la convention d'arbitrage. Les juridictions étatiques ont généralement rejeté cet argument en application du principe de l'autonomie de la clause compromissoire, selon

⁶⁴⁷Voir, par exemple, *K c. F AG*, Oberster Gerichtshof (Autriche), 23 octobre 2007, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 354; Tribunal suprême (Espagne), 10 février 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 493; *Shandong Textiles Import and Export Corporation c. Da Hua Non-ferrous Metals Company Limited*, Court of First Instance, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Hong Kong), 6 mars 2002, HCCT 80/1997.

⁶⁴⁸*Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 1^{er} août 2008, [2008] EWHC 1901, décision confirmée dans *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 20 juillet 2009, 2008/2613; *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Supreme Court (Royaume-Uni), 3 novembre 2010, UKSC 2009/0165.

⁶⁴⁹*Société d'études et de commerce SA c. Weyl Beef Products BV, Arrondissementsrechtbank*, tribunal de première instance d'Almelo (Pays-Bas), 19 juillet 2000, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001), p. 827.

⁶⁵⁰Voir, par exemple, l'article 31-3 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (2012) (“La sentence est réputée rendue au siège de l'arbitrage et à la date qu'elle mentionne”); l'article 31-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (“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.”); l'article 53 de la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 (“À moins qu'il n'en soit décidé autrement par les parties, lorsque le siège de l'arbitrage se trouve en Angleterre et au pays de Galles, ou en Irlande du Nord, toute sentence rendue dans la procédure doit être considérée comme y ayant été rendue, quel que soit le lieu où elle a été signée, expédiée ou remise à l'une quelconque des parties.”)

lequel une convention d'arbitrage est juridiquement indépendante du contrat principal dans lequel elle figure si bien que la nullité d'un contrat n'emporte pas l'invalidité de la convention d'arbitrage⁶⁵¹.

38. Dans certaines affaires, les parties ont fait valoir que la convention d'arbitrage n'était pas valable au titre de l'article V-1 a), au motif qu'une des parties ne l'avait pas signée. Par exemple, dans l'affaire *Dallah*, la Cour suprême du Royaume-Uni a refusé l'exécution d'une sentence au motif que l'une des parties à la sentence n'était pas valablement liée par la convention d'arbitrage⁶⁵². En revanche, dans l'affaire *IMC Mining Solutions*, la Cour suprême de Victoria, saisie d'une requête en refus d'exécution fondée sur l'article 8-5 a) de la loi australienne de 1974 sur l'arbitrage international (donnant effet à l'article V-1 a) de la Convention), a estimé que la partie qui prétendait ne pas avoir signé la convention d'arbitrage était valablement liée par celle-ci en vertu de la loi applicable en l'espèce, qui était distincte de la loi applicable à l'accord principal⁶⁵³. De même, une juridiction suisse a exécuté une sentence arbitrale rendue sur le fondement d'une convention d'arbitrage, bien que celle-ci n'eût pas été signée par l'une des parties⁶⁵⁴. Dans certains pays, des juges ont estimé qu'une convention d'arbitrage pouvait être valable au sens de l'article V-1 a) compte tenu du comportement d'une partie pendant la procédure d'arbitrage, y compris sa participation à celle-ci, en dépit du fait que cette partie n'avait pas signé la convention⁶⁵⁵.

⁶⁵¹Voir, par exemple, *Altain Khuder LLC c. IMC Mining Inc and IMC Mining Solutions Pty Ltd*, Supreme Court of Victoria (Australie), 28 janvier 2011; *China Minmetals Materials Import & Export Co. c. Chi Mei Corp.*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 26 juin 2003, 02-2897 et 02-3542; *International Investor Kcsc c. Sanghi Polyesters Ltd.*, High Court d'Andhra (Inde), 9 septembre 2002, recours en révision civile n° 331 et 1441 de 2002; Oberlandesgericht [OLG] de Coblenz (Allemagne), 28 juillet 2005, 2 Sch 4/05; Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 12 mars 1998, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 663; Oberlandesgericht [OLG] de Sarrebruck (Allemagne), 30 mai 2011, 4 Sch 03/10. Pour une analyse détaillée de la question de la séparabilité ou autonomie de la clause compromissoire, voir le chapitre du Guide consacré à l'article II, par. 105 à 107.

⁶⁵²*Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Supreme Court (Royaume-Uni), 3 novembre 2010, UKSC 2009/0165.

⁶⁵³*Altain Khuder LLC c. IMC Mining Inc and IMC Mining Solutions Pty Ltd*, Supreme Court of Victoria (Australie), 28 janvier 2011.

⁶⁵⁴Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello, Repubblica e Cantone Ticino (Suisse), 22 février 2010, 14.2009.104.

⁶⁵⁵*Converse Inc. c. American Telecommunications do Brazil Ltda*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 14 juin 2012, SEC 3.709; *China National Building Material Investment Co. Ltd. c. BNK International LLC*, District Court, Western District of Texas, Austin Division (États-Unis d'Amérique), 3 décembre 2009, A-09-CA-488-SS. Voir également les affaires citées dans le chapitre du Guide consacré à l'article II, par. 22.

C. Validité formelle d'une convention d'arbitrage

39. Bien que l'article V-1 a) énonce les règles sur le choix de la loi pour évaluer la validité de la convention d'arbitrage, des parties s'opposant à l'exécution font souvent valoir que cette dernière devrait être refusée au motif que la convention ne répond pas aux conditions de forme énoncées à l'article II⁶⁵⁶.

40. Dans une des affaires signalées, la Cour de cassation italienne a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer les conditions énoncées à l'article II pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage au titre de l'article V-1 a)⁶⁵⁷. Elle a considéré qu'une convention d'arbitrage qui ne répondait pas aux conditions de forme énoncées à l'article II pouvait être jugée valable au titre de l'article V-1 a), étant donné que l'article V traitait de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales, alors que l'article II portait sur la reconnaissance et l'exécution des conventions d'arbitrage.

41. Toutefois, dans un certain nombre d'affaires, les juges ont évalué la validité d'une convention d'arbitrage en tenant compte des conditions de forme énoncées à l'article II⁶⁵⁸. Comme l'a expliqué une cour d'appel des États-Unis dans l'affaire *China Minmetals*, les articles II, IV-1 b) et V-1 a) de la Convention prévoient, dans leur globalité, qu'une juridiction chargée de l'exécution ne devrait exécuter que les conventions d'arbitrage valables et les sentences fondées sur ces conventions⁶⁵⁹.

42. Dans ce contexte, les juridictions étatiques considèrent généralement que, si une convention d'arbitrage ne satisfait pas aux conditions de forme fixées à l'article II, l'exécution sera tout de même ordonnée si, compte tenu de la clause de faveur énoncée à l'article VII-1, la convention satisfait aux règles plus souples du

⁶⁵⁶Pour une étude plus détaillée des conditions de forme énoncées à l'article II-2, voir le chapitre du Guide consacré à l'article II, par. 36 à 57.

⁶⁵⁷*Curateur de Lanificio Walter Banci S.a.s. c. Bobbie Brooks Inc.*, Cour de cassation (Italie), 15 avril 1980, VI Y.B. Com. Arb. (1981), p. 233. Voir également G. Haight, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Summary Analysis of Record of United Nations Conference* (1958), p. 51.

⁶⁵⁸Voir, par exemple, *Concordia Trading B.V. c. Nantong Gangde Oil Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 3 août 2009, [2009] MinSiTaZi n° 22; *Misr Foreign Trade Co. c. R.D Harboties (Mercantile)*, Cour de cassation (Égypte), 22 janvier 2008, 2010/64; *Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne)*, 18 septembre 2003, 8 Scg 12/02; *C.S.A. c. E. Corporation*, cour de justice de Genève (Suisse), 14 avril 1983, 187; *Agrimex S.A. c. J.F. Braun & Sons, Inc.*, Cour suprême (Grèce), 14 janvier 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 269; *Landgericht [LG] de Brême (Allemagne)*, 8 juin 1967, 11-OH 11/1966. Voir également une décision rendue en Fédération de Russie, dans laquelle le même raisonnement a été suivi, sans que l'article II soit mentionné: *Lugana Handelsgesellschaft mbH (Allemagne) c. OAO Ryazan Metal Ceramics Instrumentation Plant (Fédération de Russie)*, *Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie)*, 2 février 2010, A54-3028/2008-S10. Pour une étude plus détaillée des conditions de forme énoncées à l'article II-2, voir le chapitre du Guide consacré à l'article II, par. 36 à 57.

⁶⁵⁹*China Minmetals Materials Import & Export Co. c. Chi Mei Corp.*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 26 juin 2003, 02-2897 et 02-3542.

pays où cette exécution est demandée⁶⁶⁰. Dans une série de décisions, des juridictions allemandes ont appliqué les dispositions plus favorables prévues dans le Code allemand de procédure civile au stade de l'exécution des sentences pour évaluer la validité de conventions d'arbitrage au titre de l'article V-1 a)⁶⁶¹.

Questions procédurales découlant de l'article V-1 a)

A. Charge de la preuve

43. Le paragraphe 1 de l'article V prévoit que la partie contre laquelle une sentence arbitrale est invoquée doit fournir la preuve du motif justifiant le refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence.

44. En ce qui concerne l'alinéa a) de ce paragraphe 1, les juridictions étatiques considèrent généralement qu'il revient à la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution de fournir la preuve soit qu'une des parties était frappée d'une incapacité juridique à la date de la conclusion de la convention d'arbitrage, soit que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi applicable⁶⁶². La partie demandant la reconnaissance et l'exécution est seulement tenue de présenter la preuve documentaire de la convention d'arbitrage conformément à l'article IV-1 b), selon lequel elle doit fournir l'original de la convention ou une copie de celle-ci⁶⁶³.

⁶⁶⁰Voir, par exemple, *Société Bomar Oil NV. c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, cour d'appel de Versailles (France), 23 janvier 1991, Rev. Arb. (1994), p. 108; *Ste A.B.S. American Bureau of Shipping c. Copropriété maritime Jules Verne et autres*, cour d'appel de Paris (France), 4 décembre 2002, 2001/17293, Rev. Arb. (2006), p. 945.

⁶⁶¹Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 14 décembre 2006, 8 Sch 14/05. Voir également Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 18 septembre 2003, 8 Sch 12/02; Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 18 octobre 2007, 26 Sch 1/07; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 30 septembre 2010, III ZB 69/09; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 21 septembre 2005, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 679. Voir *contra* Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 30 mars 2000, 16 SchH 05/99. Pour une étude plus détaillée de la relation entre l'article II et l'article VII, voir le chapitre du Guide consacré à l'article VII, par. 31 à 35.

⁶⁶²Voir, d'une manière générale, *O Limited c. S GmbH, Oberster Gerichtshof (Autriche)*, 24 août 2005, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 254. Pour des affaires concernant le moyen de défense fondé sur l'incapacité, voir, par exemple, *Dalmine S.p.A. c. M. & M. Sheet Metal Forming Machinery A.G.*, Cour de cassation (Italie), 23 avril 1997, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 709; *Grow Biz International Inc. c. D.L.T. Holdings Inc.*, Supreme Court de l'Île-du-Prince-Édouard (Canada), 23 mars 2001, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 450; *China National Building Material Investment Co. Ltd. c. BNK International LLC*, District Court for the Western District of Texas, Austin Division (États-Unis d'Amérique), 3 décembre 2009, A-09-CA-488-SS. Pour des affaires concernant l'invalidité de la convention d'arbitrage, voir, par exemple, *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Supreme Court (Royaume-Uni), 3 novembre 2010, UKSC 2009/0165; *Altain Khuder LLC c. IMC mining Inc and IMC Mining Solutions Pty Ltd*, Supreme Court of Victoria (Australie), 28 janvier 2011.

⁶⁶³Pour une étude plus détaillée de l'article IV-1 b), voir le chapitre du Guide consacré à l'article IV, par. 62 à 75.

45. Par exemple, dans l'affaire *Yukos Oil Company c. Dardana Ltd.*, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a estimé que, à compter du moment où la partie demandant l'exécution avait fourni un commencement de preuve de l'existence de la convention d'arbitrage, la charge de la preuve retombait sur la partie s'opposant à l'exécution, laquelle devait fournir la preuve de tout motif de refus prévu à l'article V-1, y compris en démontrant que les parties n'avaient jamais conclu de convention d'arbitrage valide au titre de l'article V-1 a)⁶⁶⁴. Des juridictions d'autres pays, notamment d'Italie⁶⁶⁵, d'Espagne⁶⁶⁶, d'Autriche⁶⁶⁷, d'Australie⁶⁶⁸ et des Bermudes⁶⁶⁹, ont suivi le même raisonnement.

46. Toutefois, certaines juridictions ont exigé de la partie demandant l'exécution qu'elle fournisse la preuve de la validité de la convention d'arbitrage pour pouvoir l'invoquer. Se fondant sur la référence faite dans l'article V-1 a) à la "convention visée à l'article II", certaines juridictions allemandes ont considéré qu'il revenait à la partie invoquant la convention d'arbitrage de prouver que celle-ci satisfaisait aux conditions énoncées à l'article II⁶⁷⁰.

47. Le texte et les travaux préparatoires de la Convention montrent que la partie demandant l'exécution devrait seulement fournir un commencement de preuve de l'existence de la convention d'arbitrage, tandis que la partie contestant la reconnaissance et l'exécution est tenue d'en prouver l'invalidité⁶⁷¹. Les commentateurs ont généralement appuyé ce raisonnement⁶⁷².

⁶⁶⁴*Yukos Oil Company c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, A3/2001/1029. Voir également *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Supreme Court (Royaume-Uni), 3 novembre 2010, UKSC 2009/0165.

⁶⁶⁵*Jassica S.A. c. Ditta Gioacchino Polojaz*, Cour de cassation (Italie), 12 février 1987, XVII Y.B. Com. Arb. (1992), p. 525.

⁶⁶⁶*Union Générale de Cinéma, SA (France) c. X Y Z Desarrollos, SA (Espagne)*, Tribunal suprême (Espagne), 11 avril 2000, 3536 de 1998, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 525; *Strategic Bulk Carriers Inc. (Libéria) c. Sociedad Ibérica de Molturación, SA (Espagne)*, Tribunal suprême (Espagne), 26 février 2002, 153 de 2001, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 550.

⁶⁶⁷*Vendeur c. Acheteur*, Cour suprême (Autriche), 22 mai 1991, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 521.

⁶⁶⁸Voir également *Altain Khuder LLC c. IMC mining Inc and IMC Mining Solutions Pty Ltd*, Supreme Court of Victoria (Australie), 28 janvier 2011.

⁶⁶⁹*Sojuznefteexport (SNE) c. Joc Oil Ltd.*, Court of Appeal (Bermudes), 7 juillet 1989, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 384.

⁶⁷⁰Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 12 octobre 2009, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 383; Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 4 septembre 2003, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 528. Voir également en ce qui concerne la Suisse: Tribunal fédéral (Suisse), 31 mai 2002, 4P.102/2001; *C.S.A. c. E. Corporation*, cour de justice de Genève (Suisse), 14 avril 1983, 187.

⁶⁷¹Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 11^e séance, E/CONF.26/SR.11, p. 11 et 12.

⁶⁷²*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 968, par. 1673; Todd J. Fox, Stephan Wilske, "Commentary of Article V(1)(a)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 267, et plus précisément p. 278, par. 126; Patricia Nacimiento, "Article V(1)(a)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 205, et plus précisément p. 211.

B. Pertinence des décisions des instances arbitrales

48. L'article V-1 a) est silencieux en ce qui concerne la nature de l'examen judiciaire que doivent réaliser les juridictions chargées de l'exécution.

49. Lorsqu'elles ont eu à connaître de requêtes en refus de reconnaissance et d'exécution au titre de l'article V-1 a), certaines juridictions ont examiné *de novo* des problèmes relatifs à la compétence du tribunal arbitral et à la validité de la convention d'arbitrage. Par exemple, dans l'affaire *China Minmetals*, une cour d'appel des États-Unis a considéré qu'elle "doit procéder à une évaluation indépendante de la validité de la convention [...] du moins en l'absence de renonciation à ce moyen de défense"⁶⁷³. Dans l'affaire *Dallah*, la Cour suprême du Royaume-Uni s'est référée à l'affaire *China Minmetals* et a noté que l'article V-1 a) ne limitait pas la nature de l'examen que devait réaliser le juge auquel il était demandé d'exécuter la sentence⁶⁷⁴. De même, en Allemagne, certaines juridictions ont considéré qu'elles n'étaient pas liées par les décisions des tribunaux arbitraux concernant la compétence, y compris les questions relatives à l'incapacité d'une partie et à l'invalidité de la convention d'arbitrage⁶⁷⁵.

50. Aux États-Unis, certaines juridictions considèrent que, au titre de l'article V-1 a), un juge ne peut ou ne doit pas examiner *de novo* les décisions du tribunal arbitral concernant sa propre compétence⁶⁷⁶. D'autres juridictions considèrent au contraire qu'elles ont le pouvoir d'examiner les questions de fait et de droit pour déterminer la compétence, à moins que ne soit faite la preuve "claire et incontestable" que les parties entendaient soumettre cette question aux arbitres⁶⁷⁷. Elles font montre de souplesse dans la constatation de cette "preuve claire et incontestable" et considèrent que la volonté des parties de soumettre la question de la compétence au tribunal arbitral est démontrée dans les règles arbitrales choisies par les parties. Par exemple, dans le cadre d'une sentence rendue sur le fondement d'un traité d'investissement bilatéral, une cour d'appel des États-Unis a considéré que le choix des parties de recourir au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (prévoyant que

⁶⁷³*China Minmetals Materials Import & Export Co. c. Chi Mei Corp.*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 26 juin 2003, 02-2897 et 02-3542.

⁶⁷⁴*Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Supreme Court (Royaume-Uni), 3 novembre 2010, UKSC 2009/0165.

⁶⁷⁵Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 30 mars 2000, 16 SchH 5/99; Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 18 septembre 2003, 8 Sch 12/02. Voir également Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 4 septembre 2003, 8 Sch 11/02, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 528 (bien que la cour ne se soit pas fondée sur l'article V-1 a) de la Convention) et, en ce qui concerne la deuxième partie de l'article V-1 a), voir Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 14 décembre 2006, 8 Sch 14/05.

⁶⁷⁶*Thai-Lao Lignite Co. Ltd. et al. c. Government of the Lao People's Democratic Republic*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 3 août 2011, 10 Civ. 5256 (KMW); *Joseph Walker and Company, LLC. c. Oceanic Fats and Oil(s) Pte, Ltd.*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 11 septembre 2002, 01-2693.

⁶⁷⁷*Sarhank Group c. Oracle Corporation*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 14 avril 2005, 02-9383.

le tribunal pouvait statuer sur les exceptions prises de son incompétence) constituait une “preuve claire et incontestable” de leur volonté de soumettre à un arbitrage les questions concernant la compétence du tribunal arbitral⁶⁷⁸.

51. D'autres juridictions étatiques s'appuient directement sur la décision par laquelle le tribunal arbitral statue sur sa compétence au titre d'une convention d'arbitrage⁶⁷⁹. Par exemple, la cour d'appel de Svea s'est fondée sur la décision du tribunal arbitral pour établir que la convention d'arbitrage était valable au sens de l'article V-1 a). Pour ce faire, elle n'a examiné ni les arguments juridiques ni les arguments factuels présentés par la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution⁶⁸⁰.

52. Certaines juridictions vont un peu plus loin en s'abstenant d'examiner les questions de fait ou de droit, car il leur est interdit d'examiner une sentence sur le fond. Par exemple, la Cour supérieure d'arbitrage de la Fédération de Russie a estimé qu'au titre de l'article V-1 de la Convention, elle n'était pas habilitée à réexaminer une sentence arbitrale étrangère sur le fond. En conséquence, elle s'est fondée sur la décision du tribunal arbitral concernant la question de savoir si la partie demandant la reconnaissance et l'exécution était dûment liée par la convention d'arbitrage en vertu de la loi applicable⁶⁸¹. De même, la Haute Cour de Singapour, se fondant sur l'article 31-2 a) et b) de la loi singapourienne sur l'arbitrage international (donnant effet à l'article V-1 a) de la Convention), a estimé qu'une juridiction étatique ne saurait réexaminer les décisions du tribunal arbitral concernant la compétence, sauf circonstances exceptionnelles. En conséquence, elle a conclu que la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution n'avait pas fourni de nouvel élément de preuve et elle l'a déboutée⁶⁸².

53. Certaines juridictions se considèrent même liées par les décisions de l'arbitre concernant la compétence et la validité de la convention d'arbitrage⁶⁸³.

⁶⁷⁸Werner Schneider, acting in his capacity as insolvency administrator of Walter Bau AG (*In Liquidation*) c. *The Kingdom of Thailand*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 8 août 2012, 11-1458-cv. Voir également *Republic of Ecuador c. Chevron Corp.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 17 mars 2011, 10-1020-cv (L), 10-1026 (Con).

⁶⁷⁹Voir, par exemple, *Four Seasons Hotels and Resorts, B.V., et al. c. Consórcio Barr, S.A.*, District Court, Southern District of Florida, Miami Division (États-Unis d'Amérique), 4 juin 2003, 02-23249.

⁶⁸⁰*Planavergne S.A., Fontanes c. Kalle Bergander i Stockholm AB*, cour d'appel de Svea (Suède), 7 septembre 2001, T 4645-99.

⁶⁸¹*Stena RoRo AB c. OAO Baltiysky Zavod*, Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 13 septembre 2011, A56-60007/2008.

⁶⁸²*Aloe Vera of America, Inc. c. Asianic Food (S) Pte Ltd. and another*, High Court de Singapour, 10 mai 2006, [2006] SGHC 78.

⁶⁸³*Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne)*, 24 juin 1999, 16 SchH 01/99.

C. Forclusion

54. La Convention ne dit pas si les actes ou l'absence d'acte de la part d'une partie pendant l'arbitrage ou la procédure judiciaire peuvent empêcher cette partie de soulever ultérieurement un moyen de défense au titre de l'article V en général, et de son paragraphe 1 a) en particulier.

55. Certaines juridictions étatiques considèrent qu'une partie est forclosée de soulever un moyen de défense qu'elle n'a pas soulevé pendant la procédure d'arbitrage, y compris l'exception d'incapacité ou d'invalidité de la convention d'arbitrage. Par exemple, la Cour suprême grecque a jugé qu'une partie s'opposant à l'exécution ne pouvait invoquer un vice quelconque de la convention d'arbitrage si elle n'avait pas invoqué ce vice pendant la procédure d'arbitrage⁶⁸⁴. Le même principe a été appliqué dans plusieurs autres pays, notamment en Allemagne⁶⁸⁵, en Australie⁶⁸⁶ et aux États-Unis⁶⁸⁷. En France, la loi sur l'arbitrage prévoit expressément qu'une partie qui s'abstient d'invoquer une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir devant le tribunal chargé de l'exécution⁶⁸⁸.

56. À l'inverse, certaines juridictions ont considéré qu'une partie n'était pas forclosée de soulever un moyen de défense au titre de l'article V-1 a) au motif qu'elle n'avait pas participé à la procédure d'arbitrage⁶⁸⁹ ou n'avait pas soulevé ce moyen dans une procédure en annulation⁶⁹⁰.

57. Dans un contexte différent, certaines juridictions ont confirmé la validité de conventions d'arbitrage qui, bien que présentant initialement des vices, avaient été régularisées pendant l'arbitrage. Par exemple, une juridiction italienne a considéré que la signature de l'acte de mission dans une procédure d'arbitrage tenue sous les auspices de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI permettait de régulariser

⁶⁸⁴*Agrimpep S.A. c. J.F. Braun & Sons, Inc.*, Cour suprême (Grèce), 14 janvier 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 269.

⁶⁸⁵Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 11 juillet 2011, 34 Sch 15/10; Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 18 octobre 2007, 26 Sch 1/07; Oberlandesgericht [OLG] de Hamm (Allemagne), 27 septembre 2005, 29 Sch 01/05; Oberlandesgericht [OLG] de Coblenz (Allemagne), 28 juillet 2005, 2 Sch 4/05; Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 30 mars 2000, 16 SchH 05/99.

⁶⁸⁶*Altain Khuder LLC c. IMC mining Inc and IMC Mining Solutions Pty Ltd*, Supreme Court of Victoria (Australie), 28 janvier 2011.

⁶⁸⁷*China National Building Material Investment Co. Ltd. c. BNK International LLC*, District Court, Western District of Texas, Austin Division (États-Unis d'Amérique), 3 décembre 2009, A-09-CA-488-SS; *China Minmetals Materials Import & Export Co. c. Chi Mei Corp.*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 26 juin 2003, 02-2897 et 02-3542; *Joseph Walker and Company LLC c. Oceanic Fats and Oil(s) Ptd, Ltd.*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 11 septembre 2002, 01-2693.

⁶⁸⁸Article 1466 du Code français de procédure civile, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 dudit code.

⁶⁸⁹*Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Supreme Court (Royaume-Uni), 3 novembre 2010, UKSC 2009/0165.

⁶⁹⁰Voir, par exemple, *Bundesgerichtshof [BGH]* (Allemagne), 16 décembre 2010, III ZB 100/09.

la convention d'arbitrage présentait des vices par ailleurs⁶⁹¹. Dans le même ordre d'idées, des juridictions se sont fondées sur le comportement des parties pendant la procédure arbitrale pour établir l'existence d'une convention d'arbitrage valable au sens de l'article V-1 a)⁶⁹². Par exemple, le Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage de la Fédération de Russie a considéré que la participation des parties à une procédure d'arbitrage tenait lieu de confirmation de la convention d'arbitrage écrite au titre de l'article V-1 a) de la Convention, malgré l'absence d'une convention d'arbitrage en bonne et due forme entre les parties⁶⁹³.

⁶⁹¹*Société Arabe des Engrais Phosphatés et Azotés — SAEPA et Société Industrielle d'Acide Phosphorique et d'Engrais — SIAPE c. Gemanco srl*, cour d'appel de Bari (Italie), 2 novembre 1993, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 737. La Cour de cassation italienne a ultérieurement cassé la décision de la cour d'appel de Bari pour un motif sans rapport avec la Convention de New York. Voir également *Commonwealth Development Corp. c. Montague*, Supreme Court of Queensland (Australie), 27 juin 2000, recours n° 8159 de 1999; DC n° 29 de 1999.

⁶⁹²*CTA Lind & Co. Scandinavia AB in Liquidation's bankruptcy Estate c. Erik Lind*, District Court, Middle District of Florida, Tampa Division (États-Unis d'Amérique), 7 avril 2009, 8:08-cv-1380-T-30TGW; *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co. Ltd*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 13 juillet 1994, 1992 n° MP 2411; *Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne)*, 30 mars 2000, 16 SchH 05/99; *Landgericht [LG] de Brême (Allemagne)*, 8 juin 1967, 11-OH 11/1966; *Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne)*, 30 juillet 1998, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641; *L'Aiglon S/A c. Têxtil União S/A*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 18 mai 2005, SEC 856 (faisant fond sur la pratique des contrats internationaux en matière de commerce du coton pour évaluer la validité de la convention d'arbitrage).

⁶⁹³*Lugana Handelsgesellschaft mbH c. OAO Ryazan Metal Ceramics Instrumentation Plant*, Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 2 février 2010, A54-3028/2008-S10.

Article V-1 b)

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:

[...]

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;

[...]

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article V-1 b) tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/CONF.26/3; E/CONF.26/3/Add.1;
- Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: Note du Secrétaire général: E/CONF.26/2.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.17; E/CONF.26/L.34;
- Comparaison des divers textes proposés pour les articles III, IV et V: E/CONF.26/L.33/Rev.1;

- France, République fédérale d'Allemagne et Pays-Bas: document de travail sur les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.40;
- Texte proposé par le Groupe de travail n° 3 pour les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.43;
- Texte des articles III, IV et V de la Convention adopté par la Conférence à sa 17^e séance: E/CONF.26/L.48;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Nouveau texte adopté par la Conférence, à sa 23^e séance, pour l'article premier, paragraphe 3, et l'article V, paragraphes 1 a), 1 b) et 1 e): E/CONF.26/L.63;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 11^e, 13^e, 14^e, 17^e, 23^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.17; E/CONF.26/SR.23; E/CONF.26/SR.24;
- Compte rendu analytique de la 6^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.6.

Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales:

- L'exécution des sentences arbitrales internationales: Exposé présenté par la Chambre de commerce internationale, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif dans la catégorie A: E/C.2/373;
- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/4.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. Le paragraphe 1 b) de l'article V porte sur la question du respect des garanties procédurales dans le cadre d'un arbitrage. Plus précisément, il dispose que les parties doivent avoir été dûment informées de la désignation des arbitres et de la procédure d'arbitrage et, plus généralement, doivent avoir eu la possibilité de faire valoir leurs moyens.

2. Les irrégularités de procédure visées à l'article V-1 b) doivent être soulevées et prouvées par la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence et ne peuvent être invoquées d'office par une juridiction étatique⁶⁹⁴.

3. Les rédacteurs de la Convention de New York ont repris la formulation de la Convention de Genève de 1927⁶⁹⁵, mais sont allés plus loin pour faciliter l'exécution des sentences⁶⁹⁶. À cette fin, même si l'article V-1 b) s'inspire de l'article 2 b) de la Convention de Genève, sa portée est plus limitée et il fait l'objet d'une interprétation plus restrictive⁶⁹⁷.

4. L'article V-1 b) prévoit également des obligations différentes de celles fixées par la Convention de Genève. Comme le montrent les travaux préparatoires, l'une des versions initiales du projet d'article V-1 b), inspirée de l'article 2 b) de la Convention de Genève, disposait que l'exécution d'une sentence pouvait être refusée lorsqu'une partie "n'a pas été informée, en bonne et due forme et en temps utile, [...] de la procédure d'arbitrage, de manière à faire valoir ses moyens"⁶⁹⁸. Les rédacteurs de la Convention de New York ont conservé l'obligation de notification qu'impose le respect des garanties procédurales telle que cette obligation apparaissait à l'article 2 b) de la Convention de Genève. Cependant, ils ont également

⁶⁹⁴Travaux préparatoires, Observations des gouvernements relatives au projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/2822/Add.1, annexe I, p. 2. Voir aussi, Travaux préparatoires, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Suède: amendements au projet de convention, E/CONF.26/L.8.

⁶⁹⁵L'article 2, alinéa b), de la Convention de Genève de 1927 dispose que "[...] la reconnaissance et l'exécution de la sentence seront refusées si le juge constate: [...] que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas eu, en temps utile, connaissance de la procédure arbitrale, de manière à pouvoir faire valoir ses moyens ou, qu'étant incapable, elle n'y a pas été régulièrement représentée".

⁶⁹⁶Voir, par exemple, Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Mémoire du Secrétaire général, E/2840, p. 2, par. 4. Voir aussi Albert Jan van den Berg, "Summary of Court Decisions on the N.Y. Convention", dans *The New York Convention of 1958, ASA Special Series n° 9* (M. Blessing, dir. publ., 1996), par. 508. *Consorcio Rive S.A. de C.V. (Mexique) c. Briggs of Cancun, Inc. (États-Unis)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 26 novembre 2003, 01-30553 (citant *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969, 975).

⁶⁹⁷Voir Maxi Scherer, "Violation of Due Process, Article V(1)(b)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolf, dir. publ., 2012), p. 279. par. 132 à 135.

⁶⁹⁸Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe, p. 2.

souhaité prendre en compte d'autres graves irrégularités de procédure et ont donc inclus l'impossibilité pour une partie de faire valoir ses moyens comme un motif distinct. La proposition du représentant des Pays-Bas à la Conférence de rédiger l'article V-1 b) tel qu'il se présente aujourd'hui a finalement été adoptée⁶⁹⁹.

5. L'article V-1 b) est souvent invoqué par les parties qui s'opposent à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence. Toutefois, dans la grande majorité des cas, elles n'arrivent pas à établir l'existence d'une irrégularité⁷⁰⁰.

6. Les juges ne sont généralement pas formalistes dans leur manière d'aborder l'article V-1 b), et s'intéressent plutôt aux faits et au comportement des parties, ce qui conduit à une application restrictive de cette disposition⁷⁰¹.

7. Il existe des relations et des recouvrements entre l'article V-1 b) et l'article V-2 b), ce dernier prévoyant qu'une juridiction pourra refuser de reconnaître ou d'exécuter une sentence si celle-ci est "contraire à l'ordre public" du pays. À bien des égards, le respect des garanties procédurales est étroitement lié à l'ordre public⁷⁰². Il n'est donc pas rare que les parties invoquent ces deux dispositions lorsqu'elles s'opposent à l'exécution d'une sentence. Cependant, les juridictions étatiques ne peuvent pas invoquer d'office l'article V-1 b) pour soulever d'éventuelles irrégularités, alors qu'elles peuvent invoquer l'article V-2 b) en ce qui concerne l'ordre public⁷⁰³.

⁶⁹⁹Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 23^e séance, E/CONF.26/SR.23, p. 15.

⁷⁰⁰Voir Fouchard Gaillard *Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard et J. Savage, dir. publ. 1999), p. 1001 à 1003, par. 1698; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 297; Andrés Jana, Angie Armer et al., "Article V(1)(b)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 231, et plus précisément p. 233; Pierre A. Karrer, "Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable?", dans *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (G. Asken et al., dir. publ., 2005), p. 431.

⁷⁰¹Voir, par exemple, *X c. Y*, Bundesgericht [BLG] (Suisse), 4 octobre 2010, 4A_124/2010; *OOO Sandora (Ukraine) c. OOO Euro-Import Group (Fédération de Russie)*, cour fédérale d'arbitrage du district de Moscou (Fédération de Russie), 12 novembre 2010, A40-51459/10-63-440; *Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello, Repubblica e Cantone Ticino (Suisse)*, 22 février 2010, 14.2009.104; *OAO Byrezastroyaterialy (Bélarus) c. Entrepreneur individuel D. V. Goryelov (Fédération Russie)*, cour fédérale d'arbitrage du district du Nord du Caucase (Fédération de Russie), 14 septembre 2009, n° A01-342/2009; *Consorcio Rive S.A. de c. V. (Mexique) c. Briggs of Cancun, Inc. (États-Unis)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 26 novembre 2003, 01-30553; *Geotech Lizenz A.G. c. Evergreen Systems, Inc.*, District Court, Eastern District of New York (États-Unis d'Amérique), 27 octobre 1988, CV 88-1406 (697 F. Supp 1248 (E.D.N.Y. 1988)); *Union Générale de Cinéma, SA (France) c. XYZ Desarrollos, SA (Espagne)*, Tribunal suprême (Espagne), 11 avril 2000, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 525; *R.M.F. Global, Inc., et al. c. Elio D. Cattani, et al.*, District Court, Western District of Pennsylvania (États-Unis d'Amérique), 6 mars 2006, 04cv0593; *Karaha Bodas Co. (îles Caïmanes) c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonésie)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 mars 2004, 02-20042, 03-20602.

⁷⁰²Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-2 b), par. 42.

⁷⁰³*X SA c. Y Ltd.*, Tribunal fédéral (Suisse), 8 février 1978, p. 217/76. Voir aussi Andrés Jana, Angie Armer et al., "Article V(1)(b)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 231, et plus précisément p. 235.

Analyse

A. Les parties doivent avoir été “dûment informée[s]”

8. L'article V-1 b), dispose que les parties contre lesquelles la sentence est invoquée doivent avoir été dûment informées, faute de quoi la reconnaissance et l'exécution de la sentence pourront être refusées.

a) *Les juges s'intéressent à la connaissance et au comportement des parties pour déterminer si elles ont été “dûment informée[s]”*

9. L'obligation d'informer dûment les parties a été interprétée de manière étroite par les juges, lesquels appliquent généralement des critères plus souples que ceux fixés par le droit interne en matière de notification. Par exemple, une juridiction mexicaine a estimé que les parties, en décidant de se soumettre à l'arbitrage, avaient renoncé aux formalités de notification prévues par les règles de procédure mexicaines. Par conséquent, le non-respect desdites formalités ne rendait pas la notification insuffisante et n'empêchait pas la reconnaissance et l'exécution de la sentence⁷⁰⁴.

10. Certaines juridictions ont été réticentes à greffer des obligations externes concernant l'information des parties à l'article V-1 b). Ainsi, dans deux affaires, les juridictions chinoises ont refusé d'appliquer les dispositions supplémentaires relatives aux notifications qui figurent dans les traités d'entraide judiciaire conclus entre la Chine et la Corée. Elles ont considéré que la notification était suffisante aux fins de la Convention de New York, même si elle ne correspondait pas à la définition de la notification qu'en donnent ces traités⁷⁰⁵. Après examen des informations qui avaient été communiquées aux parties, une juridiction égyptienne a conclu que la notification était suffisante au motif qu'elle était appropriée au regard du droit suédois, lequel régissait l'arbitrage⁷⁰⁶. Une juridiction allemande a suivi un raisonnement similaire et a appliqué le droit régissant l'arbitrage, en l'espèce le droit ukrainien, pour déterminer si une partie avait été dûment informée⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ *Presse Office S.A. c. Centro Editorial Hoy S.A.*, Tribunal supérieur de justice, 18^e chambre civile de première instance pour le district fédéral de Mexico (Mexique), 24 février 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 301.

⁷⁰⁵ *TS Haimalu Co., Ltd. c. Daqing PoPeyes Food Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 3 mars 2006, Min Si Ta Zi n° 46; *Boertong Corp. (Group) c. Beijing Liantaichang Trade Co. Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 14 décembre 2006, Min Si Ta Zi n° 36.

⁷⁰⁶ *Egyptian Concrete Company & Hashem Ali Maher c. STC Finance & Ismail Ibrahim Mahmoud Thabet & Sabishi Trading and Contracting Company*, Cour de cassation (Égypte), 27 mars 1996, 2660/59.

⁷⁰⁷ *Kammergericht [KG] de Berlin (Allemagne)*, 17 avril 2008, 20 Sch 02/08.

11. Il incombe à la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence de prouver qu'elle n'a pas été dûment informée. Elle doit en fournir la preuve⁷⁰⁸ et cette preuve doit être manifeste⁷⁰⁹.

12. Les juges ont appliqué des critères rigoureux en ce qui concerne les preuves devant être apportées sur le défaut de notification. Par exemple, une juridiction australienne a rejeté l'argument d'une partie selon lequel elle n'avait jamais été informée de l'arbitrage. En l'espèce, les fichiers du service de messagerie montraient qu'une personne avait apposé sa signature pour prendre livraison d'une lettre, bien que le destinataire se trouvât lui-même à l'étranger au moment de la remise⁷¹⁰. Par ailleurs, dans une affaire où un demandeur affirmait qu'une notification avait été envoyée et reçue et où la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution n'avait pu apporter la preuve du contraire, une juridiction australienne et une juridiction égyptienne ont refusé de conclure à une violation des garanties procédurales⁷¹¹.

13. Des juridictions ont accordé la reconnaissance et l'exécution en dépit des allégations de défaut de notification. Pour ce faire, elles ont non seulement étudié la notification mais sont également allées plus loin pour évaluer dans quelle mesure les parties avaient eu accès à la procédure arbitrale et y avaient participé. Tel était le cas lorsque les parties avaient connaissance de la tenue d'une procédure ou d'une audience et pouvaient donc participer à la procédure d'arbitrage⁷¹². Une juridiction russe a, par exemple, rejeté l'argument d'une partie selon lequel la notification était insuffisante au motif que le représentant de ladite partie assistait à la procédure d'arbitrage⁷¹³. Alors qu'une partie affirmait n'avoir pas été dûment informée, une juridiction suisse a rejeté la demande de refus de reconnaissance et d'exécution

⁷⁰⁸*Egyptian Saudi Hotels Company c. Kurt & Daves Corporation*, Cour de cassation (Égypte), 16 juillet 1990, 2994/57.

⁷⁰⁹*Oberlandesgericht [OLG] de Celle* (Allemagne), 14 décembre 2006, 8 Sch 14/05; *A c. B*, Tribunal fédéral (Suisse), 16 décembre 2011, 5A_441/2011.

⁷¹⁰*LKT Industrial Berhad* (Malaisie) *c. Chun*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 13 septembre 2004, 50174 de 2003.

⁷¹¹*Egyptian Saudi Hotels Company c. Kurt & Daves Corporation*, Cour de cassation (Égypte), 16 juillet 1990, 2994/57; *Uganda Telecom Ltd. c. Hi-Tech Telecom Pty Ltd.*, Federal Court (Australie), 22 février 2011, NSD 171 de 2010.

⁷¹²*OOO Sandora (Ukraine) c. OOO Euro-Import Group (Russie)*, cour fédérale d'arbitrage du district de Moscou (Fédération de Russie), 12 novembre 2010, A40-51459/10-63-440; *Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello, Repubblica e Cantone Ticino* (Suisse), 22 février 2010, 14.2009.104; *Consorcio Rive S.A. de C.V. (Mexique) c. Briggs of Cancun, Inc. (États-Unis)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 26 novembre 2003, 01-30553; *Geotech Lizenz A.G. c. Evergreen Systems, Inc.*, District Court, Eastern District of New York (États-Unis d'Amérique), 27 octobre 1988, CV 88-1406 (697 F. Supp 1248 (E.D.N.Y. 1988)); *Union Générale de Cinéma SA (France) c. XYZ Desarrollos, SA (Espagne)*, Tribunal suprême (Espagne), 11 avril 2000, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 525; *R.M.F. Global Inc., et al. c. Elio D. Cattan, et al*, District Court, Western District of Pennsylvania (États-Unis d'Amérique), 6 mars 2006, 04cv0593.

⁷¹³*OOO Sandora (Ukraine) c. OOO Euro-Import Group (Fédération de Russie)*, cour fédérale d'arbitrage du district de Moscou (Fédération de Russie), 12 novembre 2010, A40-51459/10-63-440.

d'une sentence au motif que cette partie avait pu faire valoir ses moyens⁷¹⁴. Le Tribunal suprême espagnol a lui aussi accordé la reconnaissance et l'exécution d'une sentence alors qu'une partie affirmait n'avoir pas été dûment informée, car le dossier contenait certaines pièces — notamment des avis de remise de lettres recommandées — prouvant que la notification était suffisante⁷¹⁵.

14. Autre exemple analogue, une juridiction italienne a conclu à l'absence d'irrégularité au motif que les actes d'une partie montraient qu'elle avait connaissance de la procédure⁷¹⁶. De même, une juridiction américaine a refusé de conclure à une irrégularité, car la partie alléguant le défaut de notification avait en réalité été renvoyée à l'arbitrage par un tribunal étatique. En l'espèce, la forme et les modalités précises de la notification n'avaient pas d'importance⁷¹⁷.

15. La reconnaissance et l'exécution ont été refusées en vertu de l'article V-1 b) lorsque le défaut de notification était manifestement prouvé. Une juridiction chinoise a, par exemple, refusé de reconnaître et de faire exécuter une sentence au motif que, de toute évidence, aucune notification n'avait été envoyée⁷¹⁸. Une juridiction géorgienne a également refusé de reconnaître et de faire exécuter une sentence, car aucune preuve de l'envoi d'une notification ne lui avait été présentée⁷¹⁹. De même, une juridiction allemande a refusé de reconnaître et de faire exécuter une sentence au motif qu'il était établi qu'aucun effort n'avait été fait pour trouver l'adresse du défendeur afin de lui notifier l'arbitrage⁷²⁰. De même, une juridiction russe n'a pas accepté de reconnaître et de faire exécuter une sentence, car il n'existait aucun élément prouvant que l'une des parties avait reçu une notification. En l'absence de preuve de la remise de la notification et compte tenu du fait que la partie n'était pas présente à la procédure d'arbitrage, elle a conclu que la notification était insuffisante⁷²¹.

⁷¹⁴ Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello, Repubblica e Cantone Ticino (Suisse), 22 février 2010, 14.2009.104.

⁷¹⁵ *Union Générale de Cinéma SA (France) c. XYZ Desarrollos, SA (Espagne)*, Tribunal suprême (Espagne), 11 avril 2000, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 525.

⁷¹⁶ *Bobbie Brooks Inc. c. Lanificio Walter Bucci s.a.s.*, cour d'appel de Florence (Italie), 8 octobre 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 289.

⁷¹⁷ *R.M.F. Global Inc.*, et al. c. *Elio D. Cattani et al.*, District Court, Western District of Pennsylvania (États-Unis d'Amérique), 6 mars 2006, 04cv0593.

⁷¹⁸ *Aiduoladuo (Mongolie) Co., Ltd. c. Zhejiang Zhancheng Construction Group Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 8 décembre 2009, Min Si Ta Zi n° 46; *Cosmos Marine Managements S.A. c. Tianjin Kaiqiang Trading Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 10 janvier 2007, Min Si Ta Zi n° 34.

⁷¹⁹ *Institut [...] de Kiev c. "M"*, Institut scientifique, industriel et technique de Tbilissi, Cour suprême (Géorgie), 17 mars 2003, 3a-17-02.

⁷²⁰ Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 16 mars 2000, 4 Z Sch 50/99.

⁷²¹ *OAO Byerezastroyematerialy (Biélarus) c. Entrepreneur individuel D. V. Goryelov (Russie)*, cour fédérale d'arbitrage du district du Nord du Caucase (Fédération de Russie), 14 septembre 2009, n° A01-342/2009.

b) Contenu de la notification

16. L'article V-1 b) impose que les parties soient dûment informées de la désignation de l'arbitre et de la procédure d'arbitrage.

i) Les parties doivent avoir été dûment informées de la désignation de l'arbitre

17. L'article V-1 b) ne précise pas ce que doit contenir la notification de désignation de l'arbitre. Ce qui ressort clairement de la lettre de cette disposition, c'est que les parties doivent être informées sous une forme ou une autre de la désignation d'un arbitre. En l'absence de notification, une juridiction peut refuser de faire exécuter une sentence⁷²². Il appartient donc aux juges de dessiner les contours de cette obligation de notification.

18. Une juridiction espagnole a, par exemple, jugé que la notification d'une demande de désignation d'un arbitre, de la désignation de l'arbitre et de la confirmation de cette désignation vaut notification suffisante⁷²³. Certains juges ont confirmé que les parties devaient recevoir une demande de désignation d'un arbitre⁷²⁴.

19. Des juridictions ont été amenées à examiner si la notification de désignation des arbitres devait nécessairement contenir le nom de ces derniers. Une juridiction allemande a jugé qu'une notification de désignation des arbitres était insuffisante lorsqu'elle ne mentionne pas leur nom même si, en l'espèce, le règlement d'arbitrage applicable ne prévoyait pas de communiquer le nom des arbitres⁷²⁵.

ii) Les parties doivent avoir été dûment informées de la procédure d'arbitrage

20. L'article V-1 b) impose qu'une partie soit informée de la procédure d'arbitrage. La notification doit consister à informer tous les défendeurs de l'ouverture de la procédure arbitrale afin que ces derniers aient connaissance de la procédure⁷²⁶.

⁷²²*Cosmos Marine Managements S.A. c. Tianjin Kaiqiang Trading Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 10 janvier 2007, Min Si Ta Zi n° 34.

⁷²³*Société anglaise X c. Société espagnole Y*, Tribunal suprême (Espagne), 10 février 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 493.

⁷²⁴*Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne)*, 14 décembre 2006, 8 Sch 14/05; *Guang Dong Light Headgear Factory Co. c. ACI International, Inc.*, District Court, District of Kansas (États-Unis d'Amérique), 10 mai 2005, 03-4165-JAR.

⁷²⁵*Acheteur danois c. Vendeur de République fédérale d'Allemagne*, Oberlandesgericht [OLG] de Cologne (Allemagne), 10 juin 1976, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 258.

⁷²⁶*Cosmos Marine Managements S.A. c. Tianjin Kaiqiang Trading Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 10 janvier 2007, Min Si Ta Zi n° 34; *Petrotesting Colombia S.A. et Southeast Investment Corporation c. Ross Energy S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 27 juillet 2011, 11001-0203-000-2007-01956-00; *Guang Dong Light Headgear Factory Co. c. ACI International, Inc.*, District Court, District of Kansas (États-Unis d'Amérique), 10 mai 2005, 03-4165-JAR.

21. Certaines juridictions ont estimé que cette obligation de notification continuait de s'appliquer tout au long de l'arbitrage et imposait d'informer toutes les parties des différents actes de la procédure et notamment des dates, heures et lieux des audiences afin qu'elles puissent participer à la procédure d'arbitrage⁷²⁷. Toutefois, comme l'a déclaré la Cour suprême de Colombie, si une partie décide de ne pas participer à la procédure, elle ne peut se prévaloir de l'article V-1 b)⁷²⁸.

c) Mécanisme de l'obligation de "notification"

i) Forme de l'acte de notification

22. L'article V-1 b) est muet sur la question de la forme que doit revêtir l'acte portant notification. De ce fait, aucune forme particulière n'est requise pour les notifications.

23. Les travaux préparatoires révèlent que les rédacteurs de la Convention de New York ont envisagé la possibilité de préciser la forme des notifications. L'une des versions initiales du projet de disposition contenait l'expression "en bonne et due forme". Les représentants à la Conférence ont étudié la notion de "bonne et due forme" et l'ont finalement exclue. La délégation allemande s'est interrogée sur les critères qui seraient appliqués pour déterminer que la notification a été faite "en bonne et due forme" et a proposé de supprimer cette expression⁷²⁹, estimant qu'il serait difficile dans la pratique de savoir d'après quel critère on déterminera si les exigences de "bonne et due forme" ont été respectées. Les représentants du Royaume-Uni et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques ont proposé de remplacer ces mots par les mots "informée par écrit"⁷³⁰. De plus, il a été souligné que les mots "bonne et due forme" ne figuraient pas dans l'article 2 b) de la Convention de Genève de 1927 et devaient donc être supprimés⁷³¹. Cette expression a finalement été retirée et les rédacteurs de la Convention de New York n'ont ajouté aucune obligation d'effectuer la notification par écrit ou sous une autre forme précise.

⁷²⁷*Loral Space & Communications Holdings Corporation (États-Unis) c. ZAO Globalstar — Space Telecommunications (Russie)*, Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 20 janvier 2009, A40-31732/07-30-319; *Consorcio Rive S.A. de C.V. (Mexique) c. Briggs of Cancun, Inc. (États-Unis)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 26 novembre 2003, 01-30553.

⁷²⁸*Petrotesting Colombia S.A. et Southeast Investment Corporation c. Ross Energy S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 27 juillet 2011, 11001-0203-000-2007-01956-00.

⁷²⁹Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, E/2822, annexe I, p. 22.

⁷³⁰Travaux préparatoires, Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, Compte rendu analytique de la 6^e séance, E/AC.42/SR.6, p. 3.

⁷³¹Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, E/2822, annexe I, p. 22.

24. Il revient donc aux juges de déterminer dans quels cas la notification est acceptable et dans quels cas une irrégularité a été commise⁷³². Le Tribunal fédéral suisse a, par exemple, affirmé qu'une simple lettre constitue une notification appropriée et ne requiert donc pas de forme particulière⁷³³.

ii) *Modalités de la notification*

25. L'article V-1 b), est également muet sur la manière d'effectuer la notification, qui n'est donc soumise à aucune condition de forme non plus dans la Convention⁷³⁴.

26. La remise et la réception de la notification ont été interprétées avec pragmatisme et souplesse, les juges s'étant généralement intéressés aux actes des parties et non à la manière précise dont la notification a été effectuée, pour déterminer si les parties avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance de l'existence d'une procédure d'arbitrage⁷³⁵. Ainsi, le fait qu'un demandeur ait raisonnablement essayé d'aviser un défendeur est pris en considération, même lorsque ce dernier ne reçoit pas la notification. Par exemple, une notification envoyée sous pli recommandé a été jugée suffisante même si le destinataire n'a jamais retiré le courrier en question⁷³⁶.

27. La majorité des juridictions n'a pas été formaliste en ce qui concerne la personne qui reçoit la notification. L'argument selon lequel celle-ci n'était pas le représentant légal, le mandataire autorisé ou la personne morale exacte n'a généralement pas été retenu⁷³⁷.

iii) *La question de savoir si la notification doit être adressée en temps opportun*

28. L'article V-1 b) ne dispose pas que la notification de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage doit être envoyée en temps opportun. La formule

⁷³²Albert Jan van den Berg, "Summary of Court Decisions on the N.Y. Convention", dans *The New York Convention of 1958*, ASA Special Series n° 9 (M. Blessing, dir. publ., 1996), par. 509.

⁷³³Y c. X, Tribunal fédéral (Suisse), 3 janvier 2006, SP.292/2005.

⁷³⁴*Petrotesting Colombia S.A. et Southeast Investment Corporation c. Ross Energy S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 27 juillet 2011, 11001-0203-000-2007-01956-00; *Drummond Ltd. c. Ferrovías en Liquidación, Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A. (FENOCO)*, Cour suprême de justice (Colombie), 19 décembre 2011, 11001-0203-000-2008-01760-00; Y c. X, Tribunal fédéral (Suisse), 3 janvier 2006, SP.292/2005.

⁷³⁵*Project XJ220 Ltd. c. Mohamed Yassin D. (Espagne)*, Tribunal suprême (Espagne), 1^{er} février 2000, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 507.

⁷³⁶Kammergericht [KG] de Berlin (Allemagne), 17 avril 2008, 20 Sch 02/08.

⁷³⁷*Uganda Telecom Ltd. c. Hi-Tech Telecom Pty Ltd.*, Federal Court (Australie), 22 février 2011, NSD 171 de 2010; *Consortium Codest Engineering (Italie) c. OOO Gruppa Most (Russie)*, Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 22 février 2005, A40-47341/03-25-179; *TH&T International Corp. c. Chengdu Hualong Auto Parts Co., Ltd.*, Tribunal populaire supérieur du Sichuan (Chine), 12 décembre 2003, Cheng Min Chu Zi n° 531; *Altain Khuder LLC c. IMC Mining Inc et al.*, Supreme Court of Victoria (Australie), 28 janvier 2011, 3827 de 2010; A c. B, Tribunal fédéral (Suisse), 16 décembre 2011, SA_441/2011.

“en temps utile”, qui figure à l’article 2 b) de la Convention de Genève de 1927 et qui apparaissait dans les versions initiales du projet d’article V, a ultérieurement été supprimée⁷³⁸.

29. De manière générale, les juridictions ont interprété le caractère opportun du moment où la notification est envoyée de manière étroite et en s’attachant au fond plus qu’à la forme. Comme l’a relevé la Cour suprême de Lituanie, une notification tardive n’est pas nécessairement irrégulière si la partie considérée est toujours en mesure de participer à la procédure⁷³⁹. De la même manière, une juridiction russe a jugé que la notification tardive d’une audience, qui avait empêché une partie d’obtenir des visas pour y assister, ne constituait pas une violation de l’obligation d’informer dûment les parties, car la partie en question savait depuis plusieurs mois que les audiences se tiendraient à Londres⁷⁴⁰.

B. Preuve qu’il a été impossible à une partie de “faire valoir ses moyens”

30. L’article V-1 b) prévoit également qu’une juridiction peut refuser de reconnaître ou de faire exécuter une sentence si la partie contre laquelle la sentence est invoquée réussit à prouver qu’il lui a été impossible de faire valoir ses moyens.

a) Signification de l’impossibilité de “faire valoir ses moyens”

31. Cette deuxième protection prévue par l’article V-1 b) signifie que les parties doivent avoir eu la possibilité de faire valoir leurs moyens⁷⁴¹, c’est-à-dire d’être entendues au sujet de leurs prétentions, des preuves qu’elles apportent et de leurs arguments de défense.

32. Aux États-Unis, certaines juridictions ont interprété cette disposition comme signifiant que les parties doivent avoir la possibilité d’être entendues au “moment qui convient et de la manière qui convient”⁷⁴². Comme l’a indiqué le Tribunal

⁷³⁸Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, E/2822, annexe II, p. 20.

⁷³⁹*Jusimi Corporation c. UAB “Cygnus”*, Cour suprême (Lituanie), 8 septembre 2003, 3K-3-782/2003.

⁷⁴⁰*Loral Space & Communications Holdings Corporation (États-Unis) c. ZAO Globalstar — Space Telecommunications (Russie)*, Présidium de la Cour supérieure d’arbitrage (Fédération de Russie), 20 janvier 2009, A40-31732/07-30-319.

⁷⁴¹Voir *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard et J. Savage, dir. publ., 1999), par. 1698.

⁷⁴²*Iran Aircraft Indus. c. Avco Corp.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d’Amérique), 24 novembre 1992, 92-7217, 980 F.2d 141, 146; *Karaha Bodas Co. (iles Caïmanes) c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonésie)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d’Amérique), 23 mars 2004, 02-20042, 03-20602.

fédéral suisse, “[p]ar sa rédaction générale, cette disposition recouvre toute restriction, de quelque nature qu’elle soit, des droits des parties. Elle paraît viser, entre autres, la violation du droit d’être entendu.”⁷⁴³

33. En pratique, des juges ont refusé de reconnaître et de faire exécuter des sentences sur le fondement de l’article V-1 b) lorsque la procédure s’est manifestement déroulée dans de mauvaises conditions ou lorsque l’arbitrage s’est radicalement écarté des règles à respecter en matière de garanties procédurales, par exemple lorsqu’une partie n’a pas eu la possibilité de présenter des preuves cruciales⁷⁴⁴ ou de recevoir ou de commenter des preuves présentées par la partie adverse⁷⁴⁵. Une juridiction a, par exemple, conclu à une violation des garanties procédurales au motif qu’un tribunal arbitral s’était fondé sur un mémoire qu’il avait auparavant déclaré irrecevable⁷⁴⁶. Une juridiction néerlandaise est parvenue à la même conclusion dans une affaire où une partie s’était vu refuser le droit de formuler des observations sur les pièces et les arguments présentés par la partie adverse et d’y répondre⁷⁴⁷.

34. Des circonstances exceptionnelles peuvent également conduire à conclure à une violation des garanties procédurales. Une juridiction italienne a, par exemple, considéré qu’un délai d’un mois n’était pas suffisant pour qu’une partie prépare et fasse valoir ses moyens étant donné qu’un tremblement de terre avait eu lieu peu de temps auparavant⁷⁴⁸.

35. Il incombe aux parties de faire valoir leurs moyens et aucune irrégularité n’est reconnue lorsqu’une partie aurait pu faire valoir ses moyens mais ne l’a pas fait⁷⁴⁹. Les juges ont généralement considéré la procédure comme étant régulière lorsqu’une partie a elle-même fait obstacle à la possibilité de faire valoir ses moyens,

⁷⁴³*Chrome Resources S.A. c. Léopold Lazarus Ltd.*, Tribunal fédéral (Suisse), 8 février 1978, XI Y.B. Com. Arb. (1986), p. 538.

⁷⁴⁴*Iran Aircraft Indus. c. Avco Corp.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d’Amérique), 24 novembre 1992, 92-7217.

⁷⁴⁵*M. Adeossi c. Sonapra*, tribunal de première instance de Cotonou (Bénin), 25 janvier 1994, ordonnance n° 19/94; Landgericht [LG] de Brême (Allemagne), 20 janvier 1983, 12-O-184/1981.

⁷⁴⁶*M. Adeossi c. Sonapra*, tribunal de première instance de Cotonou (Bénin), 25 janvier 1994, ordonnance n° 19/94.

⁷⁴⁷*Rice Trading (Guyana) Ltd. c. Nidera Handelscompagnie BV*, cour d’appel de La Haye (Pays-Bas), 28 avril 1998, XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 731.

⁷⁴⁸*Bauer & Grobmann OHG c. Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele*, cour d’appel de Naples, section de Salerne (Italie), 18 mai 1982, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 461.

⁷⁴⁹*First State Ins. Co. (États-Unis) c. Banco de Seguros Del Estado (Uruguay)*, Court of Appeals, First Circuit (États-Unis d’Amérique), 27 juin 2001, 00-2454, (254 F.3d 354); *Standard Elec. Corp. c. Bidas Sociedad Anónima Petrolera, Indus. Y Commercial*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d’Amérique), 24 août 1990, 90 Civ. 0720 (KC); *D c. Franz J*, Cour suprême (Autriche), 1^{er} septembre 2010, 3 Ob 122/10b. Voir aussi *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard et J. Savage, dir. publ., 1999), p. 1001 à 1003, par. 1698.

par exemple en ne demandant pas à prolonger le délai ou en ne participant pas à la procédure d'arbitrage⁷⁵⁰.

36. Dans le même esprit, la plupart des juridictions ont absolument refusé de reconnaître l'existence d'une quelconque irrégularité lorsque les parties n'ont pas remédié à leurs propres carences. Aux États-Unis, la cour d'appel de la première circonscription a rejeté les allégations de non-respect des garanties procédurales formulées par une partie qui soutenait que son avocat ne l'avait pas bien représentée. La Cour a estimé que la faute incombait aux représentants de cette partie⁷⁵¹. Une autre juridiction américaine a conclu à l'absence d'irrégularité au motif que la partie qui se plaignait de l'expert désigné par le tribunal n'avait jamais récusé cet expert ni demandé copie du rapport⁷⁵². Une juridiction italienne a considéré que l'article V-1 b) "vise l'impossibilité plutôt que la difficulté à faire valoir ses moyens"⁷⁵³. De la même manière, une juridiction suisse a jugé qu'une partie avait eu toute possibilité de faire valoir ses moyens dans une affaire où l'avocat de ladite partie s'était retiré et où cette dernière n'avait pas désigné d'autre avocat. Elle a estimé que la partie en question avait eu le temps de désigner un nouvel avocat, mais ne l'avait pas fait⁷⁵⁴.

b) *Pouvoir d'appréciation accordé aux tribunaux arbitraux pour organiser et conduire la procédure d'arbitrage*

37. Les juges ont généralement souligné que les parties qui avaient la possibilité de corriger un problème ou un vice de procédure mais ne l'ont pas fait ne sauraient bénéficier de la protection offerte par l'article V-1 b). En plus de respecter l'esprit de la Convention de New York et son approche favorable à l'exécution des sentences, la majorité des juridictions a tenu compte du large pouvoir d'appréciation dont sont investis les tribunaux arbitraux pour organiser et conduire les procédures d'arbitrage.

⁷⁵⁰*Vendeur néerlandais c. Acheteur de République fédérale d'Allemagne*, Landgericht [LG] de Zweibrücken (Allemagne), 11 janvier 1978; *Bobbie Brooks Inc. c. Lanificio Walter Bucci s.a.s.*, cour d'appel de Florence (Italie), 8 octobre 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 289.

⁷⁵¹*First State Ins. Co. (États-Unis) c. Banco de Seguros Del Estado (Uruguay)*, Court of Appeals, First Circuit (États-Unis d'Amérique), 27 juin 2001, 00-2454 (254 F.3d 354).

⁷⁵²*Standard Elec. Corp. c. Bridas Sociedad Anónima Petrolera, Indus. Y Commercial*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 24 août 1990, 90 Civ. 0720 (KC).

⁷⁵³*De Maio Giuseppe e Fratelli snc c. Interskins Ltd.*, Cour de cassation (Italie), 21 janvier 2000, 671, XXVII Y.B. Com. Arb. (2002), p. 492.

⁷⁵⁴*X c. Y, Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello, Repubblica e Cantone Ticino (Suisse)*, 7 août 2005, 14.9400021.

38. Les juges accordent aux tribunaux arbitraux une large marge d'appréciation pour établir les règles de procédure et en contrôler l'application⁷⁵⁵. Une juridiction allemande a, par exemple, considéré que la procédure avait été régulière dans une affaire où un tribunal arbitral avait rejeté des demandes visant à produire des preuves⁷⁵⁶. De la même manière, le tribunal de district du district sud de New York a jugé qu'il n'y avait eu aucune irrégularité de procédure dans une affaire où le tribunal arbitral avait imposé au dernier moment l'application des Règles fédérales américaines de procédure civile à l'arbitrage. Les juges ont estimé que les arbitres disposaient d'une grande liberté pour déterminer leur procédure d'arbitrage et qu'en l'espèce ils n'avaient pas véritablement adopté ces règles et s'en étaient plutôt servis comme guide⁷⁵⁷.

39. Des juridictions ont considéré que les règles imposées par les tribunaux arbitraux ne devaient pas nécessairement suivre les règles nationales en matière de garanties procédurales⁷⁵⁸. Une juridiction allemande a conclu que la procédure avait été régulière dans une affaire où le tribunal arbitral n'avait pas tenu d'audience, étant donné que ce dernier était libre d'agir ainsi et que le règlement d'arbitrage l'y autorisait⁷⁵⁹. De même, une juridiction suisse a jugé qu'un tribunal arbitral était libre de consulter un expert du secteur d'activité concerné hors la présence des parties et a donc accordé la reconnaissance et l'exécution de la sentence⁷⁶⁰. Le tribunal de district du district nord de la Californie a estimé qu'en matière d'arbitrage, la *discovery* n'était pas garantie et que son absence n'empêchait pas une partie de faire valoir ses moyens⁷⁶¹. Aux États-Unis toujours, la cour d'appel de la cinquième circonscription a également confirmé la reconnaissance et l'exécution d'une sentence dans une affaire où le tribunal arbitral avait refusé d'ajourner la procédure et d'ordonner une *discovery* supplémentaire, car les parties avaient eu suffisamment la possibilité de faire valoir leurs moyens⁷⁶².

⁷⁵⁵Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 31 mai 2007, 8 Sch 06/06; *Century Indemnity Company*, et al. c. *Axa Belgium (f/k/a Royale Belge Incendie Reassurance)*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 24 septembre 2012, 11 Civ. 7263 (JMF); *Compagnie des Bauxites de Guinée c. Hamermills, Inc.*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 29 mai 1995, 90-0169.

⁷⁵⁶Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 31 mai 2007, 8 Sch 06/06.

⁷⁵⁷*Century Indemnity Company*, et al. c. *Axa Belgium (f/k/a Royale Belge Incendie Reassurance)*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 24 septembre 2012, 11 Civ. 7263 (JMF).

⁷⁵⁸Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 30 juillet 1998, 6 Sch 3/98; *X S.A. c. Y Ltd.*, Tribunal fédéral (Suisse), 8 février 1978, P.217/76; *L Ltd. c. C S.A. (GE)*, cour de justice de Genève (Suisse), 17 septembre 1976, 549.

⁷⁵⁹Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 30 juillet 1998, 6 Sch 3/98.

⁷⁶⁰*X S.A. c. Y Ltd.*, Tribunal fédéral (Suisse), 8 février 1978, P.217/76; *L Ltd. c. C S.A. (GE)*, cour de justice de Genève (Suisse), 17 septembre 1976, 549.

⁷⁶¹*Anthony N. LaPine c. Kyosera Corporation*, District Court, Northern District of California, (États-Unis d'Amérique), 22 mai 2008, C 07-06132 MHP.

⁷⁶²*Karaha Bodas Co. (îles Caïmanes) c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonésie)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 mars 2004, 02-20042, 03-20602.

40. Des juridictions ont jugé que les tribunaux arbitraux ne sont pas tenus d'examiner toutes les questions soulevées par une partie⁷⁶³ ni de communiquer tous les détails de leur raisonnement⁷⁶⁴. De même, ces tribunaux ont le pouvoir de reformuler les questions présentées par les parties⁷⁶⁵.

41. Les tribunaux arbitraux sont libres de déterminer ce dont une partie a besoin pour faire valoir ses moyens et la plupart des juridictions ont montré qu'elles donnent à ces tribunaux une grande latitude en la matière⁷⁶⁶. La cour d'appel de Paris a, par exemple, décidé de reconnaître et d'exécuter une sentence dans une affaire où l'appelant affirmait qu'il n'avait pas reçu la documentation dont s'était servi un expert, car ni le tribunal ni la partie adverse ne s'étaient fondés sur ces documents⁷⁶⁷. De la même manière, la Cour suprême autrichienne a refusé de considérer que la procédure avait été irrégulière dans une affaire où une partie soutenait que le tribunal arbitral n'avait pas enquêté sur les faits et avait refusé certaines pièces, car ladite partie avait quand même pu faire valoir ses moyens⁷⁶⁸.

c) *Interprétation étroite de l'impossibilité de "faire valoir ses moyens"*

i) *Présence des parties et des témoins*

42. Un certain nombre de juridictions ont interprété la notion d'impossibilité de faire valoir ses moyens de manière étroite lorsque des parties n'ont pas pu participer à la procédure ou assister aux audiences⁷⁶⁹.

⁷⁶³*Budejovicky Budvar, N.P. c. Czech Beer Importers, Inc.*, District Court, District of Connecticut (États-Unis d'Amérique), 10 juillet 2006, 1246 (JBA); Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 27 août 2009, 26 SchH 03/09.

⁷⁶⁴*Gas Natural Aproxionamientos SDG S.A. c. Atlantic LNG Company of Trinidad and Tobago*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 16 septembre 2008, 08 Civ. 1109 (DLC); Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 27 août 2009, 26 SchH 03/09.

⁷⁶⁵*Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Banque arabe et internationale d'investissements*, cour d'appel de Bruxelles (Belgique), 24 janvier 1997, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 643.

⁷⁶⁶*Société Unichips Finanziaria SPA et Société Unichips International BV c. Consorts Gesnouin*, cour d'appel de Paris (France), 12 février 1993, 92-14017; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 14 novembre 2011, 34, Sch 10/11; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 14 avril 1988, III ZR 12/87; *Ministry of Defense & Support for the Armed Forces of Iran c. Cubic Defense Systems, Inc.*, District Court, Southern District of California (États-Unis d'Amérique), 7 décembre 1998, 98-1165-B; *Austria C c. Vladimir Z.*, Cour suprême (Autriche), 31 mars 2005, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 583.

⁷⁶⁷*Société Unichips Finanziaria SPA et Société Unichips International BV c. Consorts Gesnouin*, cour d'appel de Paris (France), 12 février 1993, 92-14017.

⁷⁶⁸*Austria C c. Vladimir Z.*, Cour suprême (Autriche), 31 mars 2005, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 583.

⁷⁶⁹*Ukraine Kryukovskiy Car building Works c. Shenyang Changcheng Economic and Trade Company*, tribunal populaire intermédiaire de Shenyang (Chine), 22 avril 2003, Shen Min Zi n° 16; Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne), 15 décembre 2009, I-4 Sch 10/09; *Geotech Lizenz A.G. c. Evergreen Systems, Inc.*, District Court, Eastern District of New York (États-Unis d'Amérique), 27 octobre 1988, CV 88-1406 (697 F. Supp 1248 (E.D.N.Y. 1988)).

43. Une juridiction chinoise a, par exemple, conclu à l'absence d'irrégularité procédurale dans une affaire où une partie, ne pouvant assister à la procédure, avait envoyé ses conclusions en défense par courrier⁷⁷⁰. Une juridiction allemande a également refusé de reconnaître l'existence d'une violation des garanties procédurales dans une affaire où l'appelant n'avait pas pu assister à une audience, car elle a considéré que ledit appelant aurait pu envoyer un représentant pour le remplacer⁷⁷¹. De manière analogue, aux États-Unis, la cour d'appel de la cinquième circonscription a conclu qu'il n'y avait pas eu d'irrégularité dans une affaire où une partie affirmait qu'elle n'avait pas pu faire valoir ses moyens, car elle ne pouvait être présente par crainte d'être arrêtée. La Cour a noté que la présence physique n'était pas nécessaire pour participer à une audience et que ladite partie aurait pu envoyer un représentant ou y participer à distance⁷⁷². De la même manière, en Australie, la Cour suprême de l'État de Victoria a jugé que, même si une partie n'a pas fait valoir ses moyens par elle-même, la règle fixée par l'article VI b) est respectée dès lors qu'une entité liée s'en est chargée⁷⁷³.

44. Des juridictions américaines ont adopté la même interprétation étroite lorsque la présence du représentant d'une partie est en cause⁷⁷⁴. Une juridiction américaine a, par exemple, conclu à l'absence d'irrégularité dans une affaire où le tribunal arbitral avait refusé d'ajourner la procédure alors que l'état de santé du directeur général de l'une des parties ne lui permettait pas d'assister aux débats⁷⁷⁵.

45. De plus, dans une série de décisions, des juges américains ont estimé que l'impossibilité de contre-interroger ou de produire des témoins ne constituait pas une atteinte au droit d'une partie de faire valoir ses moyens⁷⁷⁶.

⁷⁷⁰*Ukraine Kryukovskiy Car building Works c. Shenyang Changcheng Economic and Trade Company*, tribunal populaire intermédiaire de Shenyang (Chine), 22 avril 2003, Shen Min Zi n° 16.

⁷⁷¹*Oberlandesgericht [OLG] de Karlsruhe (Allemagne)*, 27 mars 2006, 9 Sch 02/05.

⁷⁷²*Consorcio Rive S.A. de C.V. (Mexique) c. Briggs of Cancun, Inc. (États-Unis)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 26 novembre 2003, 01-30553.

⁷⁷³*Altain Khuder LLC c. IMC Mining Inc et al.*, Supreme Court of Victoria (Australie), 28 janvier 2011, 3827 de 2010.

⁷⁷⁴*Jiangsu Changlong Chemicals Co. (Chine) c. Burlington Bio-Medical & Scientific Corp. (États-Unis)*, District Court, Eastern District of New York (États-Unis d'Amérique), 22 novembre 2005, CV 05-2082; *Budejovicky Budvar, N.P. c. Czech Beer Importers, Inc.*, District Court, District of Connecticut (États-Unis d'Amérique), 10 juillet 2006, 1246 (JBA).

⁷⁷⁵*China National Building Material Investment Co. Ltd. c. BNK International LLC*, District Court, Western District of Texas, Austin Division (États-Unis d'Amérique), 3 décembre 2009, A-09-CA-488-SS.

⁷⁷⁶*Generica Ltd. c. Pharma Basics, Inc.*, Court of Appeals, Seventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 29 septembre 1997, 96-4004; *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 décembre 1974, 74-1642, 74-1676; *Sonera Holding B.V. c. Cukurova Holding A.S.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 10 septembre 2012, 11 Civ. 8909 (DLC); *Agility Public Warehousing Co. K.S.C., Professional Contract Administrators, Inc. c. Supreme Foodservice GMBH*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 6 septembre 2012, 11-5201-CV; *Phoenix Aktiengesellschaft c. Ecoplas, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 10 décembre 2004, 03-9000; *Dalmine S.p.A. c. M. & M. Sheet Metal Forming Machinery A.G.*, Cour de cassation (Italie), 23 avril 1997, 10229, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 709.

ii) Langue de l'arbitrage

46. L'argument selon lequel la langue de la procédure empêche une partie de faire valoir ses moyens n'a généralement pas été retenu⁷⁷⁷.

47. La plupart des juridictions examinent dans quel contexte une langue donnée a été utilisée lors de l'arbitrage pour déterminer s'il y a eu violation des garanties procédurales. Le Tribunal suprême espagnol a, par exemple, conclu qu'aucune irrégularité de procédure n'avait été commise dans une affaire où une partie s'était plainte que la procédure avait eu lieu en anglais. Il a estimé que l'anglais est la langue couramment utilisée pour les opérations commerciales internationales⁷⁷⁸. Une juridiction allemande est parvenue à la même conclusion dans une affaire où la procédure et la correspondance étaient en russe et où le défendeur ne comprenait pas cette langue, au motif qu'il lui appartenait de trouver un traducteur ou un interprète⁷⁷⁹.

48. Certains juges ont tenu compte de la convention d'arbitrage conclue⁷⁸⁰ ou des règles de procédure applicables⁷⁸¹ pour déterminer la langue choisie par les parties et ont refusé de donner gain de cause au plaignant lorsque les parties étaient préalablement convenues de la langue de l'arbitrage, même lorsqu'un tel choix posait ensuite des problèmes. La Cour suprême de Colombie a, par exemple, confirmé la reconnaissance et l'exécution d'une sentence dans une affaire où le demandeur n'avait pas les moyens de payer un traducteur ou un interprète et ne comprenait pas la langue de l'arbitrage⁷⁸².

⁷⁷⁷*Kastrup Trae-Aluwinduet A/S (Danemark) c. Aluwood Concepts Ltd. (Irlande)*, High Court (Irlande), 13 novembre 2009, 2009 169 MCA, XXXV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 404.

⁷⁷⁸*Precious Stones Shipping Limited (Thaïlande) c. Querqus Alimentaria SL (Espagne)*, Tribunal suprême (Espagne), 28 novembre 2000, 2658 de 1999, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 540.

⁷⁷⁹*Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne)*, 2 octobre 2001, 8 Sch 3/01.

⁷⁸⁰*Petrotesting Colombia S.A. et Southeast Investment Corporation c. Ross Energy S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 27 juillet 2011, 11001-0203-000-2007-01956-00; *K (Ukraine) c. F AG (Autriche)*, Cour suprême (Autriche), 23 octobre 2007, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 354.

⁷⁸¹*Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne)*, 22 juin 2009, 34 Sch 26/08.

⁷⁸²*Petrotesting Colombia S.A. et Southeast Investment Corporation c. Ross Energy S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 27 juillet 2011, 11001-0203-000-2007-01956-00.

C. Obstacles procéduraux pour prouver l'irrégularité de la procédure sur le fondement de l'article V-1 b)

a) *Obligation de prouver que l'issue de la procédure aurait été différente*

49. Il n'est pas rare que les juges imposent aux parties qui s'opposent à l'exécution d'une sentence en invoquant l'article V-1 b) de prouver non seulement que la procédure n'a pas été régulière, mais aussi que l'issue de l'arbitrage aurait été différente si l'irrégularité alléguée n'avait pas été commise⁷⁸³.

50. Dans un arrêt rendu récemment en Allemagne, une juridiction régionale supérieure a jugé que rien ne justifiait le refus d'exécution d'une sentence pour violation du droit d'être entendu en vertu de l'article V-1 b), car, en l'espèce, l'allégation d'irrégularité selon laquelle l'acheteur n'avait pas été dûment informé de la composition du tribunal arbitral était mal fondée étant donné que la partie en question n'avait pas pu montrer qu'elle aurait fait valoir des moyens de défense supplémentaires si elle avait été dûment avisée de la composition du tribunal⁷⁸⁴. La juridiction a suivi le même raisonnement en ce qui concerne l'allégation selon laquelle l'acheteur n'avait pas été dûment convoqué à l'audience. Comme elle l'a affirmé, la violation du droit d'être entendu ne pourrait constituer un motif de refus de l'exécution que si cette violation a réellement empêché la partie lésée de faire valoir ses moyens. La juridiction a conclu qu'en l'espèce l'acheteur savait qu'une procédure d'arbitrage était en cours et aurait donc pu faire valoir ses arguments en défense, mais il ne l'a pas fait⁷⁸⁵.

b) *Renonciation*

51. D'une manière générale, il est possible de renoncer au droit d'invoquer la protection de l'article V-1 b) dans certaines limites.

⁷⁸³*Entreprise P c. Entreprise F*, Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 3 avril 1975, II Y.B. Com. Arb. (1977), p. 241; *Affréteur (République fédérale d'Allemagne) c. Propriétaire de navire (Roumanie)*, Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 15 mai 1986, XII Y.B. Com. Arb. (1987), p. 489; *Vendeur c. Acheteur*, Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 26 avril 1990, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 532; *Fabricant (Slovénie) c. Distributeur exclusif (Allemagne)*, Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 24 juin 1999, 16 SchH 01/99; *Acheteur c. Vendeur*, Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 27 août 2009, 26 SchH 03/09, XXXV Y. B. Com. Arb. (2010), p. 377; *Apex Tech Investment Ltd. (Chine) c. Chuang's Development (Chine) Ltd.*, Court of Appeal (Hong Kong), 15 mars 1996, CACV000231/1995; *Polytek Engineering Company Limited c. Hebei Import & Export Corporation*, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong, Court of Appeal (Hong Kong), 16 janvier 1998, 116 de 1997; Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 18 octobre 2007, 26 Sch 1/07.

⁷⁸⁴Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 18 octobre 2007, 26 Sch 1/07.

⁷⁸⁵Id.

52. Plusieurs juridictions ont considéré que les parties devaient rapidement soulever toute irrégularité de procédure, au lieu d'attendre la phase d'exécution pour soulever la question pour la première fois. Des juridictions ont rejeté les allégations d'irrégularité fondées sur l'article V-1 b) dans les cas où une partie avait attendu la fin de l'arbitrage pour contester la régularité de la procédure pour la première fois⁷⁸⁶. Dans une affaire où une partie s'opposait à l'exécution de la sentence en excipant du fait que l'un des arbitres avait émis une opinion dans une affaire connexe, la cour d'appel de Paris a, par exemple, estimé que ladite partie aurait dû s'opposer à la désignation de cet arbitre au cours de la procédure d'arbitrage⁷⁸⁷. De la même manière, une juridiction allemande a refusé de constater une irrégularité alléguée par une partie qui affirmait n'avoir pas été informée en temps opportun des demandes reconventionnelles de la partie adverse, car elle n'avait pas formulé rapidement d'objection au cours de la procédure d'arbitrage⁷⁸⁸. Comme l'a indiqué une juridiction indienne, "[s]i le défendeur, après réception de la sentence provisoire, ne la conteste pas, on ne peut en rendre responsable les arbitres, car ces derniers n'ont commis aucune faute"⁷⁸⁹.

53. Même si l'article V-1 b) ne mentionne pas la possibilité de renoncer par avance à invoquer toute irrégularité, des juridictions allemandes ont accepté des renonciations limitées à certains actes de procédure ou délais⁷⁹⁰, mais pas des renonciations complètes à toutes les obligations liées au respect des garanties procédurales⁷⁹¹.

⁷⁸⁶*AO Techsnabexport c. Globe Nuclear Services and Supply GNSS Lmt.*, Court of Appeals, Fourth Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 décembre 2010, 09-2064; *Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG]* (Allemagne), 26 janvier 1989, 6 U 71/88; *Standard Elec. Corp. c. Bidas Sociedad Anónima Petrolera, Indus. Y Commercial*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 24 août 1990, 90 Civ. 0720 (KC); *Oberlandesgericht [OLG] de Hamm* (Allemagne), 2 novembre 1983, 20 U 57/83; *Société de conseil (Royaume-Uni) c. Entreprise de peinture (Allemagne)*, *Oberlandesgericht [OLG] de Munich* (Allemagne), 28 novembre 2005, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 722; *Oberlandesgericht [OLG] de Karlsruhe* (Allemagne), 26 mars 2006, 9 Sch 02/05, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 342; *Shenzhen Nan Da Industrial and Trade United Co. Ltd. c. FM International Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 2 mars 1992, MP 12492.

⁷⁸⁷*Compagnie française d'études et de construction Technip (Technip) c. Entreprise nationale des engrais et des produits phytosanitaires (ASMIDAL)*, cour d'appel de Paris (France), 2 avril 1998, 97/6929.

⁷⁸⁸*Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG]* (Allemagne), 26 janvier 1989, 6 U 71/88.

⁷⁸⁹*Glencore Grain Rotterdam B.V. c. Shivnath Rai Harnarain*, High Court de Delhi (Inde), 27 novembre 2008.

⁷⁹⁰*Société commerciale K (Syrie) c. Bayerischen Motoren Werke AG (Allemagne)*, *Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG]* (Allemagne), 23 septembre 2004, 4Z Sch 05-04, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 568.

⁷⁹¹*Acheteur danois c. Vendeur de République fédérale d'Allemagne*, *Oberlandesgericht [OLG] de Cologne* (Allemagne), 10 juin 1976, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 258.

Article V-1 c)

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:

[...]

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;

[...]

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article V-1 c) tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.4, annexe I; E/2822/Add.5, annexe; E/2822/Corr.1; E/CONF.26/3; E/CONF.26/3/Add.1;
- Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: Note du Secrétaire général: E/CONF.26/2.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.17; E/CONF.26/L.31; E/CONF.26/L.32; E/CONF.26/L.34;
- Comparaison des divers textes proposés pour les articles III, IV et V: E/CONF.26/L.33; E/CONF.26/L.33/Rev.1;
- France, République fédérale d'Allemagne et Pays-Bas: document de travail sur les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.40;
- Texte proposé par le Groupe de travail n° 3 pour les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.43;
- Texte des articles III, IV et V de la Convention adopté par la Conférence à sa 17^e séance: E/CONF.26/L.48;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 11^e, 12^e, 13^e, 14^e et 17^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.12; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.17;
- Comptes rendus analytiques des 1^{re} et 6^e séances du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.1; E/AC.42/SR.6.

Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales:

- L'exécution des sentences arbitrales internationales: Exposé présenté par la Chambre de commerce internationale, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif dans la catégorie A: E/C.2/373;
- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/4.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. Le paragraphe 1 c) de l'article V de la Convention de New York autorise les autorités compétentes des États contractants à refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, ou de certaines de ses dispositions, lorsque cette sentence contient des décisions "qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire".

2. Cette disposition trouve son origine dans l'article 2 c) de la Convention de Genève de 1927⁷⁹². Sa partie liminaire, qui prévoit la possibilité de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence lorsque celle-ci dépasse les termes de la convention d'arbitrage, reprend très largement la disposition correspondante de la Convention de Genève. Toutefois, la Convention de New York limite la portée de son article V-1 c), car elle ne reprend pas les dispositions de l'article 2 de la Convention de Genève qui permettent à l'autorité chargée de l'exécution d'ajourner cette dernière, ou de la subordonner à des conditions qu'elle détermine, si la sentence n'a pas tranché toutes les questions soumises au tribunal arbitral⁷⁹³.

3. Les rédacteurs de la Convention de New York ont également innové par rapport à la Convention de Genève en autorisant expressément la dissociation des dispositions de la sentence portant sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou contenant des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, afin de permettre la reconnaissance et l'exécution des dispositions de la sentence ayant trait aux questions qui ont été soumises à l'arbitrage. Bien que l'on trouve dans les travaux préparatoires assez peu d'observations concernant l'article V-1 c) de manière générale, l'inclusion d'une disposition autorisant la reconnaissance et l'exécution partielles d'une sentence n'a pas été sans susciter quelques débats. Le texte des travaux préparatoires montre que diverses préoccupations ont été exprimées au sujet de la forme et du contenu de ce principe, notamment la crainte que la divisibilité de la sentence arbitrale ne risque, sur le plan pratique, "d'entraîner un nouvel examen de la sentence quant au fond"⁷⁹⁴, ce que les rédacteurs de la Convention de New York souhaitaient éviter. Les juridictions nationales, comme

⁷⁹²L'article 2 c) de la Convention de Genève de 1927 énonce ce qui suit: "Même si les conditions prévues à l'article premier sont remplies, la reconnaissance et l'exécution de la sentence seront refusées si le juge constate: [...] c) que la sentence ne porte pas sur le différend visé dans le compromis ou rentrant dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire".

⁷⁹³L'article 2 de la Convention de Genève de 1927 dispose en outre: "Si la sentence n'a pas tranché toutes les questions soumises au tribunal arbitral, l'autorité compétente du pays où est demandée la reconnaissance ou l'exécution de cette sentence pourra, si elle le juge à propos, ajourner cette reconnaissance ou cette exécution, ou la subordonner à une garantie que cette autorité déterminera".

⁷⁹⁴Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, E/2822, annexe I, p. 22.

les spécialistes, ont depuis lors constamment réaffirmé que l'article V-1 c) n'autorise pas les autorités chargées de l'exécution à réexaminer le différend au fond⁷⁹⁵.

4. Parmi les autres préoccupations exprimées lors de la rédaction de la disposition autorisant la reconnaissance et l'exécution partielles d'une sentence figurait l'idée selon laquelle "la décision des arbitres constitue un tout dont l'esprit peut être violé si l'on en dissocie les éléments"⁷⁹⁶. Cette idée n'a cependant pas trouvé d'écho, et l'on peut lire dans la jurisprudence récente des juridictions anglaises, par exemple, que "[l]'exécution immédiate de certaines dispositions indépendantes de la sentence, loin de porter atteinte ou de remettre en cause celle-ci, irait dans son sens"⁷⁹⁷. Le souci de faciliter l'exécution des sentences arbitrales a donc finalement prévalu et la disposition autorisant l'exécution partielle d'une sentence a depuis lors fait l'objet d'une large application.

Analyse

A. Principes généraux

a) *Signification de l'expression "submission to arbitration"*

5. Le paragraphe 1 c) de l'article V prévoit que les juridictions nationales peuvent refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence si celle-ci porte sur un différend non visé par les termes "du compromis ou de la clause compromissoire", que la version anglaise de cet article désigne par l'expression "submission to arbitration".

6. Les juridictions nationales et les commentateurs s'accordent sur le fait que l'expression anglaise "submission to arbitration" au sens de l'article V-1 c) désigne une convention d'arbitrage⁷⁹⁸. En conséquence, si un tribunal arbitral a rendu une sentence par laquelle il a tranché des questions dépassant les termes de la

⁷⁹⁵Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 c), par. 43 à 45.

⁷⁹⁶Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, Rectificatif, E/2822/Corr.1, p. 1.

⁷⁹⁷*IPCO (Nigeria) Ltd. c. Nigerian National Petroleum Corp.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 17 avril 2008, [2008] EWHC 797 (Comm), par. 103.

⁷⁹⁸Une convention d'arbitrage peut prendre la forme soit d'une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit d'un compromis d'arbitrage distinct: pour une analyse plus détaillée de la forme de la convention d'arbitrage, voir le chapitre du Guide consacré à l'article II, par. 36 à 57.

convention d'arbitrage, on se trouve en présence d'un motif de refus d'exécution de cette sentence en vertu de l'article V-1 c)⁷⁹⁹.

7. Certaines juridictions ont également estimé que l'expression "submission to arbitration" pouvait désigner une convention d'arbitrage modifiée, amendée ou complétée par l'acte de mission d'une institution arbitrale sur lequel les arbitres et les parties au différend se sont accordés. Un acte de mission peut, en effet, compléter ou modifier la convention d'arbitrage. Ainsi, une cour d'appel allemande a jugé que les parties avaient conclu une nouvelle convention d'arbitrage en signant l'acte de mission de la CCI⁸⁰⁰. De la même manière, la Chambre des lords anglaise a indiqué dans une décision qu'"[i]l s'agit en l'espèce d'une convention d'arbitrage de la CCI. En pareil cas, l'acte de mission qui est invariablement établi conformément à l'article 18 du Règlement d'arbitrage de la CCI peut naturellement modifier ou compléter les termes de ladite convention d'arbitrage"⁸⁰¹.

8. La doctrine et la jurisprudence nationale se sont également penchées sur la question de savoir si l'article V-1 c) permet de refuser la reconnaissance ou l'exécution de la décision des arbitres lorsqu'elle dépasse les conclusions des parties, ou les décisions sollicitées par elles, à savoir en cas de sentence *ultra petita*. Si certains auteurs ont affirmé que cet article voyait bien dans le caractère *ultra petita* d'une sentence un second motif, distinct, d'en refuser l'exécution⁸⁰², les juridictions nationales ont rejeté les griefs tirés de ce moyen par les parties qui cherchaient à s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution d'une sentence en faisant valoir que les arbitres avaient excédé leurs pouvoirs parce qu'ils auraient statué sur des questions, ou accordé des mesures, qui dépassaient ce qui avait été plaidé par les parties. Ainsi que l'a observé une juridiction américaine, "[e]n vertu de la Convention de

⁷⁹⁹Fouchard Gaillard *Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 987 et 988, par. 1700; Christian Borris, Rudolf Henneke, "Commentary to Article V(1)(c)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 309, et plus précisément p. 311, par. 201 et 202; Paolo Michele Patocchi et Cesare Jermini, "Article 194", dans *International Arbitration in Switzerland: an Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute* (S. V. Berti et al., dir. publ., 2000), p. 661, par. 95; Ulrich Haas, "The New York Convention on recognition and enforcement of foreign arbitral awards of 1958", dans *Practitioner's Handbook on International Arbitration* (F.-B. Weigand, dir. publ., 2002), p. 499, par. 39 et 40; *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969, p. 976, par. 11.

⁸⁰⁰*Vendeur c. Acheteur*, Oberlandesgericht [OLG] de Stuttgart (Allemagne), 6 décembre 2001, 1 Sch 12/01, XXIV Y.B. Com. Arb. (2004), p. 742.

⁸⁰¹*Lesotho Highlands Development Authority c. Impreglio SpA et al.*, House of Lords (Angleterre et pays de Galles), 30 juin 2005, [2005] UKHL 43, par. 21.

⁸⁰²Jean-François Poudret, Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2007), p. 836 et 837, par. 913; Stefan Michael Kröll, "Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure)", dans *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (K. H. Böckstiegel, S. Kröll, P. Nacimiento, dir. publ., 2007), p. 541 et 542, par. 84; Mercédeh Azeredo da Silveira et Laurent Lévy, "Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 639, et plus précisément p. 650 à 653.

New York, nous examinons si la sentence dépasse les termes de la [convention d'arbitrage], non si elle dépasse la portée des conclusions des parties"⁸⁰³. Cette interprétation de l'article V-1 c), qui établit une distinction entre les conclusions ou demandes de décisions des parties, d'une part, et la notion de "submission to arbitration" mentionnée à cet article, d'autre part, est conforme à une interprétation restrictive des motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence.

9. Un tribunal de district des États-Unis a rejeté une action en refus d'exécution d'une sentence par laquelle un tribunal arbitral avait ordonné des mesures qui n'avaient été requises par aucune des parties — à savoir la cession conditionnelle des actions de l'une des parties concernées et une injonction antipoursuites — mais qui avaient été prononcées sur le fondement d'une convention d'arbitrage habilitant expressément ledit tribunal à "accorder toute mesure ou réparation qu'il estime juste et équitable". La juridiction saisie a estimé que, "si un arbitre ne saurait accorder une mesure expressément prohibée par la [convention d'arbitrage], il peut accorder une mesure qui n'a été demandée par aucune des parties, dès lors que cette mesure relève du large pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par la [loi fédérale américaine sur l'arbitrage]"⁸⁰⁴.

10. La cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis a jugé qu'aux termes du Règlement d'arbitrage de la CCI, il n'était pas nécessaire que la convention d'arbitrage habilite expressément le tribunal arbitral à condamner une partie aux frais de l'arbitrage⁸⁰⁵. La cour d'appel de la neuvième circonscription des États-Unis a, pour sa part, déclaré ultérieurement, et de façon plus générale, que: "[é]tant donné que nous constatons que le pouvoir des arbitres de rendre la décision principale relevait bien des termes de l'échange de lettres constitutif de la convention d'arbitrage, lesdits arbitres avaient dès lors également le pouvoir de condamner une partie aux frais et honoraires afférents à la décision d'arbitrage"⁸⁰⁶.

11. En ce qui concerne la possibilité d'accorder des intérêts, la cour d'appel de Hambourg a rejeté une requête en refus d'exécution fondée sur l'article V-1 c) dans laquelle il était fait grief aux arbitres d'avoir accordé des intérêts plus élevés que ceux qui avaient été demandés. Elle a estimé qu'un "tribunal arbitral peut, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire et de sa propre initiative, accorder des intérêts

⁸⁰³*Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran c. Gould, Inc., Gould Marketing, Inc., Hoffman Export Corporation, Gould International, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 30 juin 1992, 969 F.2d 764; voir aussi *The Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran c. Cubic Defense Systems, Inc.*, District Court, Southern District of California (États-Unis d'Amérique), 8 décembre 1998, affaire civile n° 98-1165-B.

⁸⁰⁴*Telenor Mobile Communications AS c. Storm LLC*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 2 novembre 2007, 524 F. Supp. 2d 332.

⁸⁰⁵*Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969.

⁸⁰⁶*Mgmt. et Tech. Consultants S.A. c. Parsons-Jurden Int'l Corp.*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 8 juillet 1987, 820 F.2d 1531.

et des intérêts composés pour la période ayant précédé et suivi le prononcé de la sentence”⁸⁰⁷.

b) *L'article V-1 c) vise exclusivement les questions "dépassant" les termes de la convention d'arbitrage*

12. Les principaux commentateurs s'accordent sur le fait que l'article V-1 c) ne s'applique pas aux sentences qui ne tranchent pas toutes les questions soumises au tribunal arbitral⁸⁰⁸. Bien que l'on ne recense pas de jurisprudence ayant trait à la question de savoir si l'article V-1 c) s'applique aux sentences rendues *infra petita*, l'opinion selon laquelle cette circonstance ne saurait justifier un refus de reconnaissance ou d'exécution est conforme à la lettre et à l'esprit de la Convention.

13. *En premier lieu*, les conclusions et demandes de décisions soumises au tribunal arbitral par les parties ne constituent pas un "compromis ou une clause compromissoire" au sens de l'article V-1 c) et ne peuvent donc fonder une requête en refus de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence au titre de cet article, indépendamment du fait de savoir si la sentence dépasse les conclusions ou les demandes des parties, ou si, au contraire, elle omet de trancher toutes les questions soulevées dans ces conclusions ou demandes.

14. *En second lieu*, le texte de l'article V-1 c) se borne à prévoir un motif de refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence lorsque celle-ci contient des décisions "dépassant" les termes de la convention d'arbitrage conclue entre les parties. Rien dans son libellé ne confère aux autorités chargées de l'exécution le pouvoir discrétionnaire de refuser, ou de limiter de toute autre manière, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence qui ne tranche pas toutes les questions soumises par les parties, mais qui est, par ailleurs, exécutoire pour ce qui concerne les questions qu'elle tranche.

15. Comme le révèlent les travaux préparatoires de la Convention de New York, l'omission des dispositions de la Convention de Genève de 1927 autorisant l'ajournement de la reconnaissance ou de l'exécution de toute sentence n'ayant "pas tranché toutes les questions soumises au tribunal arbitral", ou conditionnant cette exécution à une garantie, a représenté une "importante modification" par rapport

⁸⁰⁷ *Propriétaire de navire c. Affrètement à temps*, Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 30 juillet 1998, 6 Sch 3/98, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641.

⁸⁰⁸ Jean-François Poudret, Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2007), p. 836 et 837, par. 914; Fouchard Gaillard Goldman *on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 987 et 988, par. 1700; Stefan Michael Kröll, "Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure)", dans *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (K. H. Böckstiegel, S.M. Kröll, P. Nacimiento, dir. publ., 2007), p. 541 et 542, par. 84.

au texte de la Convention de Genève⁸⁰⁹. Cette omission est d'autant plus notable que l'article V1 c) présente, par ailleurs, un libellé très similaire à celui de l'article 2 c) de la Convention de Genève⁸¹⁰.

c) *Interprétation du terme "questions"*

16. L'article V-1 c) prévoit comme motif de refus de la reconnaissance ou de l'exécution des sentences arbitrales le fait qu'elles contiennent des décisions portant sur des "questions" qui dépassent les termes de la convention d'arbitrage. La notion de "questions" a reçu deux définitions générales: selon la première, elle s'entendrait comme la matière sur laquelle le tribunal arbitral est habilité à exercer sa compétence en vertu de la convention d'arbitrage; selon la seconde, elle irait jusqu'à désigner, dans certains pays, la compétence personnelle exercée sur l'une des parties visées par les dispositions de la sentence. S'agissant de la seconde interprétation, il est à noter qu'en tout état de cause l'article V-1 a) vise, lui, directement le consentement des parties⁸¹¹.

i) *Compétence d'attribution (ratione materiae)*

17. Les juridictions nationales, ainsi que les commentateurs, ont systématiquement considéré que le terme "questions" faisait référence à la matière régie par la convention d'arbitrage et donc soumise à la compétence du tribunal arbitral ayant rendu la sentence en cause⁸¹².

18. Par exemple, en vertu de l'article V-1 c), la cour d'appel de Trente en Italie a refusé l'exécution d'une partie d'une sentence accordant des dommages et intérêts en lien avec des différends d'ordre "technique". La clause compromissoire stipulait en effet que la compétence du tribunal arbitral local habilité à statuer se limitait aux différends présentant un caractère "non technique" et que tout litige

⁸⁰⁹Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements relatives au projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/2822/Add.4, p. 7.

⁸¹⁰Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 320.

⁸¹¹Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 c), par. 5 à 11.

⁸¹²Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3544; Alan Redfern, Martin Hunter *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (2009), p. 645 à 647; Fouchard Gaillard Goldman *on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 986 et 987, par. 1700; *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969, p. 977, par. 13.

d'ordre "technique" devait être tranché par un tribunal arbitral international en vertu du Règlement d'arbitrage de la CCI⁸¹³.

19. Des requérants se sont également opposés avec succès à l'exécution de sentences en se fondant sur l'article V-1 c), au motif que lesdites sentences étaient basées sur un contrat sous-jacent qui ne faisait pas l'objet de la convention d'arbitrage. Bien qu'une convention d'arbitrage puisse être étendue à des contrats qui ne sont pas expressément régis par ses termes, cette extension ne saurait en aucun cas être automatique et dépend de l'intention des parties⁸¹⁴.

ii) *Compétence personnelle (ratione personae)*

20. Dans plusieurs pays, des parties concernées sont parvenues à s'opposer à l'exécution de sentences arbitrales sur le fondement de l'article V-1 c) au motif que la sentence visait une partie non liée par la convention d'arbitrage. Plusieurs juridictions nationales ont donc estimé que la compétence *ratione personae* constituait également une "question" au sens de l'article V-1 c) et pouvait valablement servir de fondement pour s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution d'une sentence sur la base de cet article.

21. Ainsi, des juridictions chinoises ont refusé l'exécution de sentences arbitrales sur le fondement de l'article V-1 c) au motif que ces sentences visaient des parties non liées par la convention d'arbitrage⁸¹⁵. Dans une affaire, la Cour populaire suprême a infirmé une décision d'une juridiction inférieure refusant de reconnaître une sentence en vertu de l'article V-1 c) et a décidé d'exécuter la sentence⁸¹⁶. Un tribunal de district des États-Unis a refusé l'exécution de certaines dispositions d'une sentence arbitrale sur le fondement de l'article V-1 c), au motif que le

⁸¹³ *General Organization of Commerce and Industrialization of Cereals of the Arab Republic of Syria c. S.p.a. SIMER (Società delle Industrie Meccaniche di Rovereto)*, cour d'appel de Trente, Chambre civile (Italie), 14 janvier 1981, VIII Y.B. Com. Arb. (1983), p. 386.

⁸¹⁴ Voir Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 1369 à 1372; Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions* (2005), chapitre III. Voir aussi *York Airconditioning and Refrigeration Inc. c. Lam Kwai Hung T/A North Sea A/C Elect Eng. Co.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 16 décembre 1994, [1995] 1 HKC 287; et *Four Seasons Hotels And Resorts B.V. et al. c. Consórcio Barr, S.A.*, District Court, Southern District of Florida (États-Unis d'Amérique), 12 mai 2009, affaire n° 04-20673-CIV-MOORE/ISIMONTON.

⁸¹⁵ *Gerald Metals Inc. c. Wuhu Smelter & Refinery Co., Ltd. et Wuhu Hengxin Copper (Group) Inc.*, Cour populaire suprême (Chine), 12 novembre 2003, [2003] Min Si Ta Zi n° 12; *First Investment Corp. (Îles Marshall) c. Fujian Mawei Shipbuilding Corp. et Fujian Shipbuilding Corp.*, Cour populaire suprême (Chine), 27 février 2008, [2007] Min Si Ta Zi n° 35, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 349; *Hemofarm DD, MAG International Trade Holding DD, Suram Media Ltd. c. Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 2 juin 2008, [2008] Min Si Ta Zi n° 11; *Aoetker Germany c. Sino-trans Nanjing Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 11 septembre 2001, [2000] Jiao Ta Zi n° 11.

⁸¹⁶ *Aoetker Germany c. Sino-trans Nanjing Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 11 septembre 2001, [2000] Jiao Ta Zi n° 11.

tribunal arbitral avait “outrepassé ses compétences en entendant lier un tiers non signataire, non expressément visé par la convention d'arbitrage”⁸¹⁷.

22. Dans un contexte de pluralité des parties, où des différends découlant de deux contrats distincts avaient été joints en une procédure d'arbitrage unique, et où les deux contrats en cause n'avaient pas été signés par les mêmes parties, une cour fédérale d'arbitrage de la Fédération de Russie a refusé l'exécution d'une sentence établissant les responsabilités de deux parties qui n'étaient pas toutes deux signataires de la même convention d'arbitrage et n'étaient donc pas convenues entre elles de soumettre leur différend à l'arbitrage⁸¹⁸. De la même manière, une cour fédérale d'arbitrage russe a refusé l'exécution d'une sentence sur le fondement de l'article V-1 c) en raison de l'absence de convention d'arbitrage valable, mais cette décision a finalement été annulée par la Cour supérieure d'arbitrage au vu des faits de la cause⁸¹⁹.

23. La Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a examiné une requête dans laquelle une partie s'opposait à l'exécution d'une sentence sur le fondement de l'article V-1 c) au motif que cette sentence visait des parties non liées par la convention d'arbitrage. Elle a finalement rejeté la requête car, si la sentence arbitrale mentionnait en effet d'autres parties non liées par la convention d'arbitrage, elle ne contenait aucune décision en leur faveur ni ne statuait en aucune manière sur leurs droits⁸²⁰.

24. Si certaines juridictions nationales ont estimé que le moyen tiré de l'absence de compétence personnelle est susceptible de relever du champ d'application de l'article V-1 c), on pourrait tout aussi bien considérer qu'il s'agit là d'un différend relatif au consentement des parties et à l'existence d'une convention d'arbitrage valable, différend qui tomberait plus clairement sous le coup de l'article V-1 a). Du reste, certains commentateurs considèrent que seule la compétence d'attribution

⁸¹⁷*FIAT S.p.A. c. The Ministry of Finance and Planning of the Republic of Suriname, Suriname Rice Export Company NV. et al. c. Alvaro N. Sardi*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 12 octobre 1989, 1989 WL 122891, p. 4, par. 5.

⁸¹⁸*O&Y Investments Ltd. c. OAO Bummash*, cour fédérale d'arbitrage du district du Nord-Ouest (Fédération de Russie), 12 octobre 2005, F09-2110/05-S6, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 687.

⁸¹⁹*HiPP GmbH & Co. Export KG c. ZAO SIVMA*, Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 14 juin 2011, 1787/11.

⁸²⁰*Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbH c. Ras al-Khaimah National Oil Co.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 24 mars 1987, 3 W.L.R. [1986 D n° 2196] [1987 R n° 273].

du tribunal arbitral constitue une “question” au sens de l’article V-1 c), par opposition à la compétence qu’exerce le tribunal arbitral sur une partie donnée⁸²¹.

d) *Les termes de la convention d’arbitrage, ou ceux du contrat sous-jacent, sont-ils déterminants?*

25. Le libellé de l’article V-1 c) indique clairement que la reconnaissance ou l’exécution d’une sentence peut être refusée si ladite sentence porte sur des questions qui dépassent les termes de l’accord par lequel les parties sont convenues de soumettre leurs différends à l’arbitrage. Dans le cadre d’une interprétation restrictive de l’article V-1 c), les juridictions nationales ont systématiquement établi une distinction entre les termes de la convention d’arbitrage elle-même et ceux du contrat sous-jacent.

26. Elles ont ainsi été amenées à rejeter des requêtes fondées sur l’article V-1 c) par lesquelles les parties faisaient valoir que les sentences en cause dépassaient, pour une raison ou une autre, les limites imposées par les termes du contrat sous-jacent, au lieu de se fonder sur les termes de la convention d’arbitrage. Comme le déclare la cour d’appel de la deuxième circonscription des États-Unis dans une décision fréquemment citée, “[s]i la Convention reconnaît qu’une sentence ne peut être exécutée lorsqu’elle repose sur une matière qui ne relève pas de la compétence des arbitres, elle n’autorise pas à remettre en question l’interprétation donnée par les arbitres à la convention des parties”⁸²².

27. Un tribunal de district américain a estimé qu’une sentence accordant des dommages et intérêts indirects ne dépassait pas le cadre de la convention d’arbitrage, alors même que le libellé du contrat sous-jacent excluait expressément de tels dommages et intérêts, dès lors que cette possibilité avait été prévue par l’acte

⁸²¹Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3544 et 3545; Alan Redfern, J. Martin Hunter et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (2009), p. 645, par. 11.76 (citant, à titre d’exemple, *République arabe d’Égypte c. Southern Pacific Properties*, cour d’appel de Paris (France), 12 juillet 1984, 23 ILM (1984)); Paolo Michele Patocchi et Cesare Jermini, “Article 194”, dans *International Arbitration in Switzerland: an Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute* (S. V. Berti et al., dir. publ., 2000), p. 660 et 661, par. 94; Stefan Michael Kröll, “Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure)”, dans *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (K. H. Böckstiegel, S. M. Kröll, P. Nacimiento, dir. publ., 2007), p. 541, par. 83; Mercédeh Azeredo da Silveira et Laurent Lévy, “Transgression of the Arbitrators’ Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention”, dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 639, et plus précisément p. 639 et 640. Voir *contra* Jean-François Poudret, Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2007), p. 836 et 837, par. 913.

⁸²²*Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société générale de l’industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d’Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969.

de mission et que le tribunal arbitral avait rendu une sentence motivée justifiant leur prononcé⁸²³.

28. Dans un autre exemple, une partie avait introduit une requête en vue de s'opposer à l'exécution d'une sentence arbitrale devant la cour d'appel de Svea, en Suède, en affirmant que la sentence tranchait un différend portant sur un produit donné qui n'existait pas à la date de la conclusion du contrat sous-jacent et qui ne pouvait donc pas relever du champ d'application de la convention d'arbitrage figurant dans ce contrat. Ayant examiné cette requête sur le fondement de l'article 54-3 de la loi suédoise relative à l'arbitrage, qui reprend l'article V-1 c), la Cour a estimé qu'elle ne pouvait trancher la question de savoir si le produit entraînait dans le cadre de l'objet du contrat en cause sans interpréter ledit contrat, ce qui la conduirait à examiner la sentence arbitrale quant au fond et lui était donc impossible⁸²⁴.

B. Reconnaissance partielle d'une sentence

29. Dans le souci de faciliter l'exécution des sentences arbitrales, souci qui domine la Convention de New York, l'article V-1 c) prévoit "que les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage [...] pourront être reconnues et exécutées", pour autant que les questions relevant des termes de la convention d'arbitrage puissent "être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage".

30. Les quelques débats consacrés à cette question dans les travaux préparatoires laissent entendre que la dissociation serait appropriée lorsque les éléments étrangers à la convention d'arbitrage qui sont introduits dans la sentence ont un caractère "secondaire" ou constituant, comme l'a dit un représentant, "un petit détail" par rapport au reste de la sentence⁸²⁵. En pratique, cette divisibilité connaît cependant une application beaucoup plus large⁸²⁶.

31. Un tribunal de district des États-Unis a prononcé l'exécution partielle d'une sentence couvrant des contrats multiples, après avoir conclu que l'un de ces contrats n'était pas couvert par la convention d'arbitrage. Il a accordé l'exécution des

⁸²³*Fertilizer Corp. of India c. IDI Mgmt. Inc.*, District Court, Southern District of Ohio (États-Unis d'Amérique), 9 juin 1981, 517 F. Supp. 948.

⁸²⁴*American Pacific Corp. c. Sydsvensk Produktutveckling AB*, cour d'appel de Svea (Suède), 21 mars 2001, Ö 4859-00, XXVII Y.B. Com. Arb. (2002), p. 551.

⁸²⁵Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 10. Voir aussi Albert Jan van den Berg, "The New York Convention of 1958: An Overview", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 59 et 60.

⁸²⁶Mercédeh Azeredo da Silveira et Laurent Lévy, "Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 639, et plus précisément p. 676.

dispositions de la sentence portant sur les contrats couverts par la convention d'arbitrage⁸²⁷.

32. Des juridictions nationales ont également fait application de l'article V-1 c) dans le contexte d'arbitrages multipartites en vue d'exclure de l'exécution certains aspects d'une sentence qui visaient une partie non liée par la convention d'arbitrage, tout en accordant l'exécution pour ce qui concernait les autres parties. Tel a été le cas dans le cadre d'une requête introduite, sur le fondement de l'article V-1 c), auprès de la Cour populaire suprême chinoise, laquelle a estimé que l'un des défendeurs désignés dans la sentence n'était pas partie à la convention d'arbitrage. La Cour n'a reconnu que les dispositions de la sentence portant spécifiquement et exclusivement sur la responsabilité de l'autre défendeur, qui était, lui, partie à la convention d'arbitrage⁸²⁸. De la même manière, à la suite de l'introduction d'une requête sur le fondement de l'article V-1 c), un tribunal de district des États-Unis a refusé l'exécution de dispositions d'une sentence arbitrale rendue contre une partie non signataire de la convention d'arbitrage, mais a accordé l'exécution du reste de la sentence contre un autre défendeur partie à la convention d'arbitrage⁸²⁹.

33. La disposition de l'article V-1 c) relative à la divisibilité, qui permet la reconnaissance et l'exécution des dispositions d'une sentence qui ont trait aux questions soumises à l'arbitrage, est conforme au but de la Convention, qui est de faciliter l'exécution des sentences arbitrales⁸³⁰. Dans le même esprit et au motif que la Convention est animée par le souci de faciliter l'exécution, certains auteurs sont allés jusqu'à dire que, malgré l'emploi du verbe "pourront" à l'article V-1 c), les juridictions nationales "doivent" reconnaître les dispositions d'une sentence qui sont susceptibles de l'être⁸³¹.

⁸²⁷*Four Seasons Hotels And Resorts B.V. et al. c. Consórcio Barr, S.A.*, District Court, Southern District of Florida (États-Unis d'Amérique), 12 mai 2009, 1:04-cv-20673-KMM.

⁸²⁸*Gerald Metals Inc. c. Wuhu Smelter & Refinery Co., Ltd. et Wuhu Hengxin Copper (Group) Inc.*, Cour populaire suprême (Chine), 12 novembre 2003, [2003] Min Si Ta Zi n° 12.

⁸²⁹*FLAT S.p.A. c. The Ministry of Finance and Planning of the Republic of Suriname, Suriname Rice Export Company N.V. et al. c. Alvaro N. Sardi*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 12 octobre 1989, 1989 WL 122891.

⁸³⁰Voir Christian Borris, Rudolf Henneke, "Commentary to Article V(1)(c)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 309, et plus précisément p. 328, par. 259.

⁸³¹Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3444; Nicola Christine Port, Scott Ethan Bowers, Bethany Davis Noll, "Article V(1)(c)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 257, et plus précisément p. 276.

C. Relation avec les autres articles de la Convention

a) *Article V-1 a)*

34. L'article V-1 a) dispose que les juridictions nationales peuvent refuser la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales non basées sur une convention d'arbitrage valable⁸³². Cet article présente un caractère similaire à l'article V-1 c), en ce que tous deux se rapportent au problème de savoir si une sentence arbitrale a été rendue sur la base d'une convention d'arbitrage valable. Ils peuvent ainsi, l'un comme l'autre, être invoqués à l'appui de requêtes visant la validité d'une convention d'arbitrage⁸³³.

35. Ces deux dispositions ont, cependant, des objectifs différents. Alors que l'alinéa a) de l'article V-1 porte sur l'existence d'une convention d'arbitrage valable liant toutes les parties visées par une sentence, son alinéa c) présuppose l'existence d'une convention d'arbitrage valable entre les parties et s'intéresse plutôt à la question de savoir si une sentence a dépassé la portée de l'objet que les parties entendaient soumettre à l'arbitrage.

36. Cette distinction n'est toutefois pas toujours aussi claire dans la pratique. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les juridictions de plusieurs pays ont examiné la question de savoir si une partie avait consenti à être liée par une convention d'arbitrage au titre de l'alinéa c), plutôt qu'au titre de l'alinéa a), de l'article V-1. Certes, rien ne remet en cause le principe selon lequel l'absence de consentement d'une partie à se soumettre à l'arbitrage constitue un motif d'opposition à la reconnaissance ou à l'exécution d'une sentence, quel que soit l'alinéa de l'article V-1 invoqué. Il semble néanmoins conforme aux objectifs distincts que les rédacteurs de la Convention ont souhaité conférer aux alinéas a) et c) de l'article V-1 de se fonder sur le premier pour trancher la question de savoir si une partie a consenti à l'arbitrage.

b) *Élargissement du champ d'application du principe d'exécution partielle consacré par l'article V-1 c)*

37. L'article V-1 c) est le seul article de la Convention prévoyant expressément que les juridictions saisies peuvent accorder l'exécution partielle d'une sentence lorsqu'il existe des motifs de refuser la reconnaissance ou l'exécution de certains

⁸³²Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 a).

⁸³³*Astro Nusantara Internasional BV et al. c. PT Ayunda Prima Mitra et al.*, Court of First Instance, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Hong Kong), 21 mars 2012, HCCT 45/2010, par. 19.

aspects de cette sentence⁸³⁴. Les juridictions nationales se sont appuyées sur le principe d'exécution partielle de l'article V-1 c) aux fins d'accorder l'exécution partielle de sentences dans le cadre de requêtes introduites sur le fondement d'autres dispositions de la Convention. Certaines ont, par exemple, accordé la reconnaissance ou l'exécution partielle de sentences dont l'exécution aurait par ailleurs été refusée sur la base de motifs d'ordre public⁸³⁵.

38. En outre, dans un cas où une demande d'annulation de la sentence arbitrale était pendante devant une juridiction du siège de l'arbitrage, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a estimé que la disposition de l'article V-1 c) sur l'exécution partielle pouvait s'appliquer pour permettre l'exécution des dispositions de la sentence non contestées⁸³⁶.

D. Aspects procéduraux

a) *Qualité pour agir*

39. L'article V-1 dispose qu'il appartient à la partie contre laquelle la sentence est invoquée de s'opposer à son exécution, sur la base des motifs de refus prévus à cet article.

40. Les juridictions nationales ont systématiquement confirmé ce principe en rapport avec l'article V-1 c)⁸³⁷. Ainsi, la cour d'appel de la cinquième circonscription des États-Unis a rejeté la tentative d'une partie d'invoquer l'article V-1 c) en vue de s'opposer à une ordonnance d'arbitrage, c'est-à-dire avant même que la procédure arbitrale n'ait eu lieu⁸³⁸. La Cour a relevé que cette disposition ne pouvait

⁸³⁴L'article V-1 c) prévoit que lorsqu'il existe des motifs de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence qui ne concernent qu'une partie de cette sentence, "les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage [...] pourront être reconnues et exécutées", dès lors que les dispositions sur les questions entrant effectivement dans le cadre de la convention d'arbitrage "peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage". Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 c), par. 29 à 33.

⁸³⁵Voir, par exemple, *J. J. Agro Industries (P) Ltd. c. Texuna International Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 12 août 1992, HCMP000751/1992; *Acheteur (Autriche) c. Vendeur (Serbie et Monténégro)*, Cour suprême (Autriche), 26 janvier 2005, 3Ob221/04b. Voir aussi Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3445 et 3446.

⁸³⁶*Nigeria (NNPC) c. IPCO (Nigeria) Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 21 octobre 2008, [2008] EWCA Civ 1157. Voir aussi *IPCO (Nigeria) Ltd. c. Nigerian National Petroleum Corp.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 17 avril 2008, [2008] EWHC 797 (Comm).

⁸³⁷*Ernesto Francisco c. Stolt Achievement MT, Stolt Achievement, Inc., StoltNielsen Transportation Group, Ltd., Stolt Parcel Tankers, Inc.*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 4 juin 2002, 293 F.3d 270; *Odfjell SE c. OAO PO Sevmash*, Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 26 mai 2011, VAS-4369/11; *X. c. Y.*, Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Brême (Allemagne), 30 septembre 1999, (2) Sch 04/99, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 640.

⁸³⁸*Ernesto Francisco c. Stolt Achievement MT, Stolt Achievement, Inc., StoltNielsen Transportation Group, Ltd., Stolt Parcel Tankers, Inc.*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 4 juin 2002, 293 F.3d 270.

être invoquée que par une partie s'opposant à l'exécution d'une sentence, ce qui était impossible dans une situation où aucune sentence n'avait encore été rendue et, en outre, improbable si la partie à l'origine de l'opposition était le demandeur à la procédure d'arbitrage à venir et était donc, en l'absence de toute demande reconventionnelle, insusceptible de se trouver dans la position de s'opposer à l'exécution de la sentence découlant de cette procédure⁸³⁹.

b) Critères de l'examen

41. Si les termes de l'article V-1 c) n'imposent pas expressément de critère d'examen particulier, la décision du tribunal arbitral quant à sa propre compétence d'attribution et la portée des questions soumises à l'arbitrage ne saurait lier la juridiction chargée de l'exécution, car cela rendrait l'article V-1 c) inutile. En conséquence, une juridiction suisse a indiqué qu'elle ne s'estimait pas liée par les décisions du tribunal arbitral, ni par les décisions des autorités d'autres États, relativement aux termes du compromis ou de la clause compromissoire, bien qu'en tranchant elle-même cette question elle ait finalement rejeté la requête en refus d'exécution de la sentence⁸⁴⁰.

42. De la même manière, tout en observant que la loi fédérale américaine sur l'arbitrage établissait, de manière générale, une "présomption selon laquelle une instance arbitrale a agi dans les limites de ses compétences", la cour d'appel de la neuvième circonscription des États-Unis a précisé qu'elle entendait "procéder à un nouvel examen de l'argument selon lequel l'objet de l'arbitrage ne relevait pas des termes du contrat"⁸⁴¹.

43. Toutefois, les juridictions nationales ont systématiquement considéré que l'article V-1 c) devait faire l'objet d'une interprétation restrictive, et qu'il n'autorisait donc en aucune manière la juridiction chargée de l'exécution à examiner le différend au fond, car cela serait contraire à l'esprit et au but de la Convention⁸⁴².

44. Dans cet esprit, les juridictions nationales ont fait échec aux tentatives de parties qui cherchaient à faire rouvrir le débat au fond en formant une requête sur le fondement de l'article V-1 c). Ainsi, le Tribunal suprême espagnol a été saisi d'une requête dans laquelle une partie affirmait que le tribunal arbitral n'avait pas

⁸³⁹Id.

⁸⁴⁰Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal d'appel de la République et canton du Tessin (Suisse), 16 septembre 2002, 14.2002.00042.

⁸⁴¹*Mgmt. & Tech. Consultants S.A. c. Parsons-Jurden Int'l Corp.*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 8 juillet 1987, 820 F.2d 1531.

⁸⁴²*Lesotho Highlands Development Authority c. Impreglio SpA et al.*, House of Lords (Angleterre et pays de Galles), 30 juin 2005, [2005] UKHL 43. Voir aussi *Kersa Holding Co. Luxembourg c. Infancourtage, Famajuk Investment et Isny*, Cour supérieure de justice (Luxembourg), 24 novembre 1993, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 617.

pris en considération tous les facteurs pertinents qui lui avaient été soumis, sans quoi il serait parvenu à une conclusion différente. Le Tribunal a estimé que le libellé même de la requête induisait son rejet, car le requérant, au lieu de faire valoir que la sentence dépassait les termes de la convention d'arbitrage, a indiqué qu'il était en désaccord avec "le fondement et les motifs de la décision". Le Tribunal a conclu qu'une telle requête "se trouvait sans aucun doute en dehors du champ d'application [...] de l'article V-1 c) de la Convention de New York"⁸⁴³.

45. De la même manière, un tribunal de district des États-Unis a estimé que l'argument d'une partie selon lequel le tribunal arbitral avait agi sans habilitation en qualité d'amiable compositeur était "[destiné] à masquer de manière assez peu adroite la faiblesse rédhibitoire" de la position de cette partie quant au fond, et observé qu'il lui était "interdit aux termes de la Convention de réexaminer les constatations de l'instance d'arbitrage concernant les éléments de fait"⁸⁴⁴.

c) *Renonciation/forclusion*

46. Rien dans le libellé de l'article V-1 c) n'oblige expressément la partie concernée à invoquer les moyens visés à cet article à un stade particulier de la procédure d'arbitrage ou à un moment donné à l'issue de cette procédure.

47. En pratique, certaines juridictions ont estimé qu'une partie ayant omis de soulever les moyens en question au cours de la procédure arbitrage ne pouvait pas s'opposer à l'exécution de la sentence sur le fondement de l'article V-1 c) au stade de la procédure d'exécution. La cour d'appel de Paris a ainsi rejeté une requête en refus d'exécution d'une sentence dans laquelle une partie faisait grief au tribunal arbitral d'avoir méconnu le compromis d'arbitrage en ayant refusé un troisième débat oral après le dépôt d'un rapport d'expertise. Selon les termes de la sentence arbitrale, cette décision avait été prise avec l'accord des parties et la partie s'opposant à l'exécution n'avait émis aucune réserve concernant ses droits lors de la décision prise par les arbitres, ni même après avoir reçu les lettres confirmant cette décision. La cour d'appel a donc conclu que la partie avait "implicitement mais d'une manière non équivoque et certaine renoncé à la mise en œuvre d'une troisième audience", et que le moyen fondé sur l'article V-1 c) devait dès lors être rejeté⁸⁴⁵.

⁸⁴³Saroc S.p.A. c. Sahece, S.A, Tribunal suprême (Espagne), 4 mars 2003, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 571.

⁸⁴⁴Standard Elec. Corp. c. Bidas Sociedad Anónima Petrolera, Industrial y Comercial, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 24 août 1990, 745 F.Supp. 172.

⁸⁴⁵Société Unichips Finanziaria SpA et Société Unichips International Bv Beslotene Venootschap c. François Gesnouin et Michèle Gesnouin, cour d'appel de Paris (France), 12 février 1993, XIX Y.B. Com. Arb. (1994), p. 658.

48. De la même manière, bien que sans mentionner spécifiquement une renonciation ou une forclusion, la cour d'arbitrage de Moscou a pris en considération, pour rejeter une requête fondée sur l'article V-1 c) (ainsi que sur d'autres dispositions), le fait que la partie concernée n'avait pas formulé d'objection à l'examen de l'affaire par le tribunal arbitral et qu'elle avait déposé un mémoire en défense reconnaissant la compétence du tribunal, ainsi qu'une demande reconventionnelle tendant à obtenir une compensation⁸⁴⁶. Un tribunal de district des États-Unis a également rejeté une requête fondée sur l'article V-1 c). Attendu que la partie s'opposant à l'exécution avait demandé si certains points devaient être soumis à l'arbitrage, accepté de soumettre cette question aux arbitres et donné son point de vue à ce sujet, et que les arbitres avaient tranché sur cette base, le tribunal de district a estimé que cette partie ne se trouvait plus en mesure de faire valoir ensuite que la question tranchée dépassait les termes de ce qu'il avait été convenu de soumettre à l'arbitrage⁸⁴⁷.

⁸⁴⁶*Ansell S.A. c. OOO MedBusinessService-2000*, cour d'arbitrage de Moscou (Fédération de Russie), 15 avril 2010, A40-24208/10-63-209.

⁸⁴⁷*Halcot Navigation Limited Partnership c. Stolt-Nielsen transportation Group, B.V. and Anthony Radcliffe Steamship Co. Ltd.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 11 juin 2007, 491 F. Supp. 2d 413.

Article V-1 d)

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:

[...]

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;

[...]

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article V-1 d) tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.2, annexe I; E/2822/Add.4, annexe I; E/CONF.26/3; E/CONF.26/3/Add.1;
- Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l'arbitrage commercial international: Rapport d'ensemble du Secrétaire général: E/CONF.26/4;
- Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: Note du Secrétaire général: E/CONF.26/2.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.15; E/CONF.26/L.15/Rev.1; E/CONF.26/L.17; E/CONF.26/L.32; E/CONF.26/L.34;
- Comparaison des divers textes proposés pour les articles III, IV et V: E/CONF.26/L.33/Rev.1;
- Amendements supplémentaires au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.39; E/CONF.26/L.40;
- Texte proposé par le Groupe de travail n° 3 pour les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.43;
- Yougoslavie: amendement à l'article IV du projet de convention proposé par le Groupe de travail (E/CONF.26/L.43): E/CONF.26/L.45;
- Texte des articles III, IV et V de la Convention adopté par la Conférence à sa 17^e séance: E/CONF.26/L.48;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 2^e, 4^e, 11^e, 13^e, 14^e et 17^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.2; E/CONF.26/SR.4; E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.17;
- Comptes rendus analytiques des 4^e, 5^e, 7^e et 8^e séances du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.4; E/AC.42/SR.5; E/AC.42/SR.7; E/AC.42/SR.8.

Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales:

- L'exécution des sentences arbitrales internationales: Exposé présenté par la Chambre de commerce internationale, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif dans la catégorie A: E/C.2/373;
- Observations des gouvernements relatives au projet de convention sur l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/1;
- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/4.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. Le paragraphe 1 d) de l'article V de la Convention énonce le quatrième motif de refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Il permet aux juridictions d'un État contractant de refuser la reconnaissance et l'exécution lorsque la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, en l'absence de convention, lorsqu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu.
2. Les irrégularités de procédure visées au paragraphe 1 d) doivent être soulevées et établies par la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence⁸⁴⁸, et ne peuvent être soulevées par une juridiction nationale de sa propre initiative⁸⁴⁹.
3. Dans l'article V-1 d), les rédacteurs de la Convention ont donné la priorité à l'accord conclu entre les parties en ce qui concerne la constitution du tribunal et la procédure d'arbitrage. La loi du pays où a lieu l'arbitrage joue seulement un rôle subsidiaire lorsque les parties ne sont pas parvenues à un accord exprès ou implicite sur le point de procédure en cause⁸⁵⁰.
4. L'article V-1 d) peut être considéré comme marquant un progrès important par rapport à la Convention de Genève de 1927, en vertu de laquelle une sentence devait, pour obtenir la reconnaissance et l'exécution, être conforme non seulement à l'accord des parties mais également aux règles de droit applicables à la procédure d'arbitrage⁸⁵¹. La nouveauté de la Convention de New York réside dans la primauté que l'article V-1 d) donne à l'accord des parties concernant la constitution du

⁸⁴⁸Voir, par exemple, Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 24 juin 1999, 16 SchH 01/99; *DMT S.A. c. Chaozhou City Huayai Packing Materials Co., Ltd. Chaoan County Huaye Packing Materials Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 12 octobre 2010, [2010] Min Si Ta Zi n° 51; *Conceria G. De Maio & F. SNC c. EMAG AG*, Cour de cassation (Italie), 20 janvier 1995, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 602; *Deiulemar Compagnia di Navigazione, S.p.A. c. Transocean Coal Company, Inc. and others*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 30 novembre 2004, 03 Civ. 2038 (RCC), XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 990.

⁸⁴⁹*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 983, par. 1694; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), p. 2731.

⁸⁵⁰Rapport du Secrétaire général: étude de l'application et de l'interprétation de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), A/CN.9/168, dans *Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, volume X (1979), p. 115.

⁸⁵¹Voir l'alinéa c) de l'article premier de la Convention de Genève de 1927, qui disposait que la partie demandant la reconnaissance et l'exécution devait démontrer "que la sentence [a] été prononcée par le tribunal arbitral prévu par le compromis ou la clause compromissoire, ou constitué conformément à l'accord des parties et aux règles de droit applicables à la procédure d'arbitrage".

tribunal et la procédure⁸⁵². Cette primauté est une conséquence logique du pouvoir limité que l'article V-1 de la Convention accorde aux juridictions chargées de l'exécution en matière de contrôle judiciaire des sentences et réduit le risque que la reconnaissance et l'exécution des sentences soient refusées au motif que la procédure serait irrégulière au regard de la loi nationale⁸⁵³.

5. Bien que l'article V-1 d) aille plus loin que le texte de la Convention de Genève de 1927, il n'est pas aussi souple que certaines lois sur l'arbitrage qui, au stade de la reconnaissance et de l'exécution, attachent encore moins d'importance que la Convention de New York à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu⁸⁵⁴. Ainsi qu'il est expliqué au chapitre sur l'article VII⁸⁵⁵, la Convention fixe simplement un "plafond", ou niveau maximal de contrôle que les juridictions des États contractants peuvent exercer sur les sentences arbitrales étrangères. Une juridiction nationale n'enfreindra pas la Convention de New York en appliquant des règles plus souples que celles fixées à l'article V-1 d), conformément à l'article VII-1.

6. Dans la vaste majorité des affaires rapportées, les parties n'ont pas réussi à établir le motif de refus prévu à l'article V-1 d). Il est rare que la constitution d'un tribunal arbitral s'écarte de la convention des parties ou des règles applicables. De plus, les juridictions prennent en compte le large pouvoir discrétionnaire dont jouissent les tribunaux arbitraux pour organiser et conduire la procédure d'arbitrage⁸⁵⁶.

⁸⁵²*Polimaster Ltd. and NA&SE Trading Co. Ltd. c. Rae Systems, Inc.*, District Court, Northern District of California (États-Unis d'Amérique), 23 janvier 2009, C 05-1887; *Joseph Müller A. G. c. Sigval Bergesen*, Tribunal fédéral (Suisse), 26 février 1982; *Encyclopedia Universalis S.A. c. Encyclopedia Britannica, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 31 mars 2005, 04-0288-CV.

⁸⁵³Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Note du Secrétaire général, E/CONF.26/2, p. 6.

⁸⁵⁴Par exemple, l'article 1520 du nouveau Code de procédure civile français dispose que le recours en annulation n'est ouvert que si "le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué". Selon cette disposition, ainsi que la disposition équivalente de l'ancien Code de procédure civile français, la constitution du tribunal arbitral est évaluée à l'aune de la volonté des parties. Lorsque l'irrégularité alléguée ne résulte que d'une violation de la loi du lieu de l'arbitrage, la reconnaissance et l'exécution ne sauraient être refusées à moins que cette loi ait été choisie par les parties pour régir leur procédure. Voir *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 989, par. 1701.

⁸⁵⁵Voir le chapitre du Guide consacré l'article VII, par. 2.

⁸⁵⁶Voir, par exemple, *Société commerciale K c. Bayerischen Motoren Werke AG*, Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 23 septembre 2004, 4 Z Sch 05/04; *Industrial Risk Insurers c. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 22 mai 1998, 94-2982, 94-2530. Voir aussi Martin Platte, "Multi-party Arbitration: Legal Issues Arising out of Joinder and Consolidation", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 481, et plus précisément p. 491; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1994), p. 323.

7. Les juridictions ne sont généralement pas formalistes dans leur approche de l'article V-1 d) et, partant, ont appliqué ce dernier de manière restrictive⁸⁵⁷, conformément au pouvoir d'appréciation général que leur accorde l'article V-1 de la Convention pour rejeter les actions en refus d'exécution puisque cette disposition leur "permet" de refuser la reconnaissance et l'exécution mais ne les y oblige pas⁸⁵⁸.

8. L'article V-1 d) présente quelques liens et recoupements avec l'article V-2 b) de la Convention, ce dernier disposant que la juridiction compétente du pays peut refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence lorsque celle-ci "serait contraire à l'ordre public de ce pays". Il n'est pas rare que les parties invoquent les deux dispositions dans leurs tentatives de contester la reconnaissance et l'exécution. Toutefois, les griefs fondés sur l'article V-1 d) doivent être soulevés par "la partie contre laquelle [la sentence] est invoquée", tandis que les juridictions peuvent soulever d'office les motifs tirés de l'article V-2 b). En pratique, la plupart des juridictions considèrent que les motifs de non-exécution tirés de chacune des dispositions sont distincts, et elles les analysent séparément⁸⁵⁹.

Analyse

Principes généraux

A. Primauté de l'autonomie des parties

9. L'article V-1 d) affirme expressément la prééminence de la convention conclue entre les parties en ce qui concerne la constitution du tribunal et la procédure d'arbitrage, la loi du lieu de l'arbitrage devant s'appliquer seulement "à défaut par la convention des parties d'avoir réglé ces questions"⁸⁶⁰. Les juridictions

⁸⁵⁷Voir, par exemple, *Al Haddad Bros. Enterprises Inc. c. M/S "Agapi" and Diakan Love S.A.*, District Court, District of Delaware (États-Unis d'Amérique), 9 mai 1986, 635 F. Supp. 205; *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 13 juillet 1994, 1992 n° MP 2411.

⁸⁵⁸Sigvard Jarvin, "Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 729, et plus précisément p. 734.

⁸⁵⁹Voir, par exemple, *Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne)*, 24 juin 1999, 16 Sch H 01/99; *Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne)*, 14 avril 1988, III ZR 12/87; *Goldtron Limited c. Media Most B.V.*, tribunal de première instance d'Amsterdam (Pays-Bas), 27 août 2002, XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 814; *Eddie Javor c. Fusion-Crete, Inc. et autres*, Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada), 6 mars 2003, L022829, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 596.

⁸⁶⁰Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, E/2822, annexe II, p. 19 à 21; *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 454, par. 756.

reconnaissent invariablement que les motifs énumérés à l'article V-1 d) doivent être examinés, avant tout, à la lumière de la convention des parties⁸⁶¹.

10. L'article V-1 d) est muet quant à la forme que doit prendre la convention entre les parties, laquelle peut être verbale ou écrite, expresse ou tacite⁸⁶².

11. L'article V-1 d) ne soumet la teneur de la convention des parties à aucune condition minimale. Les parties peuvent décider d'un commun accord des règles nationales de procédure ou des règles institutionnelles qui régiront ces questions⁸⁶³, ou peuvent convenir de leurs propres règles indépendamment de tout système⁸⁶⁴.

12. Dans la Convention, le choix du lieu de l'arbitrage opéré par les parties ne doit pas être interprété comme un accord visant à adopter les règles de procédure du pays en question. L'article V-1 d) distingue lui-même entre les situations dans lesquelles les règles de procédure s'appliquent en conséquence de la convention des parties et, comme il est expliqué plus bas, les situations dans lesquelles elles s'appliquent en fonction du lieu de l'arbitrage⁸⁶⁵.

13. Ainsi, des juridictions ont rejeté les arguments selon lesquels la constitution du tribunal arbitral ou la procédure n'était pas conforme à la loi du lieu de l'arbitrage lorsque les parties étaient convenues d'appliquer d'autres règles de procédure. Par exemple, une juridiction allemande a exécuté une sentence rendue en Turquie dans une affaire où les parties étaient convenues de se soumettre aux règles de la Commission d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie d'Istanbul, et

⁸⁶¹Voir, par exemple, *Polimaster Ltd., NA&SE Trading Co., Limited c. RAE Systems, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 28 septembre 2010, 08-15708, 09-15369; *Rederi Aktiebolaget Sally c. S.r.l. Termarea*, cour d'appel de Florence (Italie), 13 avril 1978, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 294; *Deiulemar Compagnia di Navigazione, S.p.A. c. Transocean Coal Company, Inc. and others*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 30 novembre 2004, 03 Civ. 2038 (RCC), XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 990; *Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Brême (Allemagne)*, 30 septembre 1999, (2) Sch 04/99.

⁸⁶²Voir Sigvard Jarvin, "Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 729, et plus précisément p. 730; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), p. 2771.

⁸⁶³Voir, par exemple, *Joseph Müller A.G. c. Sigval Bergesen*, Tribunal fédéral (Suisse), 26 février 1982; *Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Brême (Allemagne)*, 30 septembre 1999, (2) Sch 04/99; *Mechanised Construction of Pakistan Ltd. c. American Construction Machinery & Equipment Corporation (ACME)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 14 septembre 1987, 828 F.2d 117, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 539; *Pactrans Air & Sea, Inc. c. China National Chartering Corp.*, et al., Northern District Court of Florida (États-Unis d'Amérique), 29 mai 2010, 3:06-cv-00369-RS-EMT.

⁸⁶⁴Voir, par exemple, *Encyclopedia Universalis S.A. c. Encyclopedia Britannica, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 31 mars 2005, 04-0288-CV; *Société européenne d'études et d'entreprises (S.E.E.E.) c. République socialiste fédérale de Yougoslavie*, cour d'appel de Rouen (France), 13 novembre 1984, 982/82.

⁸⁶⁵*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 990, par. 1702.

a rejeté l'argument d'une partie selon lequel la procédure n'était pas conforme aux exigences du Code de procédure civile turc⁸⁶⁶.

14. Même lorsque la constitution du tribunal ou la procédure était valable au regard des règles de procédure du pays où l'arbitrage avait eu lieu, des juridictions ont parfois refusé la reconnaissance et l'exécution en vertu de l'article V-1 d) au motif que ces éléments s'écartaient de la convention des parties. Dans une décision de 1978, par exemple, la cour d'appel de Florence a refusé d'exécuter une sentence rendue en Angleterre par deux arbitres seulement, qui n'avaient pas nommé de troisième arbitre conformément à la loi anglaise sur l'arbitrage de 1950, selon laquelle une clause prévoyant un tribunal de trois membres était réputée produire effet au même titre que si elle prévoyait un surarbitre. Selon la cour d'appel, puisque les parties étaient, de fait, convenues de constituer un tribunal à trois arbitres, leur accord devait prévaloir sur les exigences de la loi procédurale anglaise⁸⁶⁷.

B. Rôle subsidiaire de la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu

15. La reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées en vertu de l'article V-1 d) si, "à défaut" d'accord exprès ou implicite entre les parties, la constitution du tribunal arbitral ou la procédure n'a pas été conforme à la "loi du pays où l'arbitrage a eu lieu". Le lieu de l'arbitrage peut résulter du choix fait par les parties, ou encore par une institution arbitrale ou le tribunal arbitral. Une juridiction qui statuerait sur une demande de reconnaissance et d'exécution en se référant aux règles de procédure du pays où l'arbitrage a eu lieu, sans s'assurer au préalable de l'existence d'un accord entre les parties, violerait la Convention⁸⁶⁸.

16. Les juridictions n'ont que rarement eu à trancher des contestations au titre de l'article V-1 d) en se référant aux dispositions du lieu de l'arbitrage. Ceci peut s'expliquer par les circonstances qui, habituellement, donnent lieu à des situations telles que celles visées par l'alinéa d). Comme le note un commentateur, lorsque les parties ne sont pas convenues de la façon dont le tribunal arbitral devrait être constitué, ce point sera déterminé soit par une institution arbitrale, soit par une juridiction étatique qui, probablement, suivra les exigences de la loi du lieu de l'arbitrage⁸⁶⁹.

⁸⁶⁶Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Brême (Allemagne), 30 septembre 1999, (2) Sch 04/99.

⁸⁶⁷*Rederi Aktiebolaget Sally c. S.r.l. Termarea*, cour d'appel de Florence (Italie), 13 avril 1978, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 294.

⁸⁶⁸Id.

⁸⁶⁹Sigvard Jarvin, "Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 729, et plus précisément p. 740.

17. Dans une affaire où les règles de procédure du lieu de l'arbitrage avaient été appliquées, une juridiction américaine a jugé que, à défaut de convention entre les parties au sujet de la procédure d'arbitrage, l'allégation selon laquelle l'arbitre avait erré en refusant d'entendre des témoignages pertinents et essentiels pour le litige devait être tranchée à la lumière des règles fédérales de procédure civile des États-Unis d'Amérique, où l'arbitrage avait eu lieu⁸⁷⁰. La juridiction a conclu que la décision de l'arbitre de rendre son arbitrage sur la base, exclusivement, de preuves littérales ne constituait pas une faute au regard des règles du siège et a exécuté la sentence.

18. L'article V-1 d) ne limite pas expressément l'autonomie des parties dans la convention qu'elles concluent sur la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage.

19. Cependant, la question de savoir si la convention des parties devrait être limitée par les règles impératives du siège de l'arbitrage a été soulevée par certains commentateurs. L'un d'eux a estimé que le non-respect d'une convention des parties ne devrait pas constituer un motif de refus au titre de l'article V-1 d), lorsque celui-ci est justifié par l'obligation de se conformer aux règles impératives du lieu de l'arbitrage⁸⁷¹. Selon d'autres auteurs, on doit partir du principe que les parties ont l'intention d'être liées par un accord valable au lieu de l'arbitrage, si bien qu'il faut se référer à la "convention des parties" dans les limites des règles impératives du for⁸⁷².

20. Ces interprétations ne semblent pas concorder avec l'intention des rédacteurs de la Convention qui, comme en témoigne la formulation explicite de l'article V-1 d), voulaient faire primer la convention des parties sur les dispositions — impératives ou non — de la loi du siège. À cet égard, le libellé de l'alinéa d) s'écarte de la Convention de Genève de 1927, dans laquelle la loi du lieu de l'arbitrage conservait une importance de premier plan⁸⁷³.

21. Le rôle secondaire des règles impératives du siège a été confirmé dans un rapport du Secrétaire général de l'ONU publié en 1979 sur la Convention. Celui-ci reconnaissait en effet que "[la] priorité accordée à la volonté des parties" en vertu de l'article V-1 d) "n'est limitée que par les règles d'ordre public visées à l'alinéa b)

⁸⁷⁰*InterCarbon Bermuda, Ltd. c. Caltex Trading and Transport Corporation*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 12 janvier 1993, 91 Civ. 4631 (MJL), XIX Y.B. Com. Arb. (1994), p. 802.

⁸⁷¹Jörg Gentinetta, *Die Lex Fori Internationaler Handesscheidsgerichte* (1973), p. 302.

⁸⁷²Jean-François Poudret, Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2007), p. 839 et 840.

⁸⁷³Voir l'alinéa c) de l'article premier de la Convention de Genève de 1927, qui disposait que la partie demandant la reconnaissance et l'exécution devait établir "que la sentence [a] été prononcée par le tribunal arbitral prévu par le compromis ou la clause compromissoire, ou constitué conformément à l'accord des parties et aux règles de droit applicables à la procédure d'arbitrage".

du paragraphe 2⁸⁷⁴. Le Tribunal fédéral suisse a confirmé ce point de vue dans un arrêt rendu en 1982, où il considérait qu'“en vertu de l'accord des parties, les règles procédurales impératives d'un État peuvent, elles aussi, être déclarées inapplicables et peuvent être remplacées par les règles que les parties ont elles-mêmes définies”⁸⁷⁵.

Application

A. La constitution du tribunal arbitral doit être conforme aux règles applicables

22. L'article V-1 d) dispose que la constitution de l'instance arbitrale doit avoir été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu, faute de quoi la reconnaissance et l'exécution de la sentence peuvent être refusées.

23. Le niveau de preuve requis pour établir l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral est élevé⁸⁷⁶. Pour reprendre les mots d'une juridiction américaine, la charge de la preuve est “substantielle parce que l'ordre public est très favorable à l'arbitrage international”⁸⁷⁷.

24. Les juridictions nationales peuvent exiger de la partie alléguant une irrégularité qu'elle prouve que la sentence aurait été différente si la règle de procédure avait été observée. Par exemple, une juridiction allemande a rejeté l'argument d'une partie selon lequel un tribunal de trois membres avait été désigné par une instance

⁸⁷⁴Rapport du Secrétaire général: étude de l'application et de l'interprétation de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), A/CN.9/168, dans *Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, volume X (1979), p. 115. Un autre commentateur a noté que tout conflit potentiel entre les règles choisies par les parties et les règles impératives du for est contrebalancé dans la Convention par la disposition relative à l'ordre public de l'article V-2 b), ainsi que par l'exigence de procédure régulière énoncée à l'article V-1 b). Patricia Nacimiento, “Article V(1)(d)”, dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 281, et plus précisément p. 286.

⁸⁷⁵Joseph Müller A. G. c. Sigval Bergesen, Tribunal fédéral (Suisse), 26 février 1982; voir également Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Brême (Allemagne), 30 septembre 1999, (2) Sch 04/99.

⁸⁷⁶Voir, par exemple, *Conceria G. De Maio & F. snc c. EMAG AG*, Cour de cassation (Italie), 20 janvier 1995, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 602; *Transocean Shipping Agency p. Ltd. c. Black Sea Shipping & ors*, Supreme Court (Inde), 14 janvier 1998; *Polimaster Ltd., NA&SE Trading Co., Limited c. RAE Systems, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 28 septembre 2010, 08-15708, 09-15369; *Encyclopedia Universalis S.A. c. Encyclopedia Britannica, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 31 mars 2005, 04-0288-CV; *Karaha Bodas Co. (îles Caïmanes) c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonésie)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 mars 2004, 02-20042, 03-20602.

⁸⁷⁷*Polimaster Ltd., NA&SE Trading Co., Limited c. RAE Systems, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 28 septembre 2010, 08-15708, 09-15369.

non habilitée, cette partie n'ayant pas démontré qu'une procédure de désignation différente aurait conduit à une sentence différente⁸⁷⁸.

25. De plus, même lorsqu'il a été établi que la constitution du tribunal est entachée d'irrégularité, les juridictions peuvent considérer que le comportement ultérieur des parties vaut modification mutuellement acceptée de la procédure applicable. Par exemple, une juridiction allemande a estimé que, les deux parties ayant désigné des arbitres non membres de l'institution mentionnée dans leur convention, elles avaient tacitement modifié cette convention. Elle a de ce fait rejeté la demande de refus d'exécution présentée sur la base de l'article V-1 d)⁸⁷⁹.

26. Les juridictions ont parfois interprété l'article V-1 d) de façon restrictive et ont exécuté des sentences alors même que la constitution du tribunal arbitral s'écartait de la convention des parties.

27. Par exemple, la Cour suprême de Hong Kong a exécuté une sentence rendue en Chine, alors que les membres du tribunal arbitral avaient été sélectionnés sur une liste d'arbitres différente de celle prévue par la convention des parties⁸⁸⁰.

28. Des juridictions ont rejeté des griefs formulés en vertu de l'article V-1 d) au motif que les parties avaient choisi, pour régir leur procédure, des règles institutionnelles qui ménageaient une certaine souplesse concernant les modalités de constitution du tribunal⁸⁸¹. En revanche, une juridiction allemande a refusé la reconnaissance et l'exécution au motif qu'une sentence avait été rendue par deux arbitres, au lieu de trois comme l'exigeait expressément le règlement du Tribunal d'arbitrage international de la Chambre de commerce bélarussienne choisi par les parties pour régir leur arbitrage⁸⁸².

29. Des juridictions ont exercé le pouvoir discrétionnaire résiduel dont elles jouissent en vertu de l'article V-1 pour rejeter des allégations d'irrégularités dans la constitution du tribunal lorsqu'il était manifeste qu'une partie avait précédemment eu l'intention de faire échouer la procédure d'arbitrage. Par exemple, le Tribunal suprême d'Espagne a exécuté une sentence rendue par un arbitre unique, désigné par l'une des parties, dans une affaire où la partie contestant l'exécution avait refusé

⁸⁷⁸ *Créancier dans le cadre de la sentence c. Débiteur dans le cadre de la sentence*, Oberlandesgericht [OLG] de Karlsruhe (Allemagne), 14 septembre 2007, 9 Sch 02/07.

⁸⁷⁹ *Oberlandesgericht [OLG] de Dresde (Allemagne)*, 20 février 2001, 11 SchH 02/00.

⁸⁸⁰ *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 13 juillet 1994, 1992 n° MP 2411.

⁸⁸¹ Voir, par exemple, *Shaheen Natural Resources Company Inc. c. Société nationale pour la recherche, la production, le transport, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 novembre 1983, 733 F. Supp. 2d 260, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 540.

⁸⁸² *E20, fournisseur (États-Unis d'Amérique) c. Entreprise d'État (Biélorus)*, Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 21 mai 2007, III ZB 14/07, XXXIV Y.B. Com. Arb. (2009), p. 504.

de désigner un coarbitre⁸⁸³. Semblablement, une juridiction américaine a exécuté une sentence rendue par l'arbitre unique désigné par l'une des parties seulement, car l'autre partie avait choisi de ne pas participer à l'arbitrage⁸⁸⁴.

30. Dans les rares cas où des juridictions ont refusé d'exécuter des sentences en vertu de l'article V-1 d), la façon dont le tribunal arbitral avait été constitué s'écarterait sensiblement de la convention des parties.

31. Par exemple, une juridiction américaine a refusé l'exécution dans une affaire où la convention des parties prévoyait la constitution d'un tribunal à deux arbitres qui désigneraient un troisième arbitre en cas de désaccord entre eux, et où l'un des arbitres n'avait même pas pris contact avec l'autre avant de demander à l'autorité de nomination de désigner le troisième arbitre⁸⁸⁵.

32. Une juridiction italienne a fait droit à une demande de refus d'exécution au motif que la convention des parties, qui prévoyait un certain nombre d'arbitres pour le tribunal arbitral, n'avait pas été observée, bien que la constitution du tribunal eût été valable au regard des lois du lieu de l'arbitrage⁸⁸⁶.

33. Certains auteurs estiment que l'exécution peut être refusée en vertu de l'article V-1 d) en raison d'un parti pris présumé de la part d'un arbitre⁸⁸⁷. Ce critère peut également constituer un motif de refus au titre de l'article V-2 b), si l'ordre public est contrarié⁸⁸⁸.

34. Le niveau de preuve requis pour établir la partialité d'un arbitre dans le cadre de l'article V-1 d) est particulièrement élevé. Par exemple, une juridiction américaine a estimé qu'un refus d'exécution ne saurait être justifié par le simple fait que le Président du tribunal arbitral et le conseil de l'une des parties avaient siégé dans le même conseil d'administration et appartenaient à la même organisation, attendu que la partie s'opposant à l'exécution n'avait pas fourni la preuve qu'ils avaient

⁸⁸³X c. *Naviera Y S.A.*, Tribunal suprême (Espagne), 3 juin 1982, XI Y.B. Com. Arb. (1986), p. 527.

⁸⁸⁴*Al Haddad Bros. Enterprises Inc. c. M/S "Agapi" and Diakan Love S.A.*, District Court, District of Delaware (États-Unis d'Amérique), 9 mai 1986, 635 F. Supp. 205. Voir aussi *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 13 juillet 1994, 1992 n° MP 2411; *Conceria G. De Maio & F. snc c. EMAG AG*, Cour de cassation (Italie), 20 janvier 1995, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 602.

⁸⁸⁵*Encyclopedia Universalis S.A. c. Encyclopedia Britannica, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 31 mars 2005, 04-0288-CV.

⁸⁸⁶*Rederi Aktiebolaget Sally c. S.r.l. Termarea*, cour d'appel de Florence (Italie), 13 avril 1978, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 294.

⁸⁸⁷Christian Borris, Rudolf Henneke, "Article V(1)(d)", dans *New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 329, et plus précisément p. 339.

⁸⁸⁸Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-2 b), par. 59 à 61.

communiqué entre eux par ailleurs⁸⁸⁹. Une juridiction de Hong Kong a pareillement confirmé ce niveau élevé de preuve en concluant que la partie contestant l'exécution n'avait pas prouvé son allégation selon laquelle les délibérations du tribunal auraient été troublées par la partialité supposée de l'un de ses membres⁸⁹⁰.

B. La procédure d'arbitrage doit être conforme aux règles applicables

a) Critères pour les irrégularités de procédure

35. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence peuvent être refusées en vertu de l'article V-1 d) lorsque la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, "à défaut de convention", à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu.

36. L'expression "procédure d'arbitrage" englobe la période débutant avec le dépôt d'une demande et finissant avec le prononcé de la sentence⁸⁹¹. L'application de la loi par un tribunal arbitral, en revanche, relève du fond même du litige et n'entre donc pas dans le champ de l'examen au stade de la reconnaissance et de l'exécution⁸⁹².

37. Il incombe à la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution de prouver le vice de procédure allégué. Les éléments de preuve doivent être fournis⁸⁹³ et être clairs⁸⁹⁴.

⁸⁸⁹*HSN Capital LLC c. Productora y Comercializador de Televisión, S.A. de C.V.*, District Court, Middle District of Florida, Tampa Division (États-Unis d'Amérique), 5 juillet 2006, 8:05-cv-1769-T-30TBM. Voir aussi *Nicor International Corporation c. El Paso Corporation*, District Court, Southern District of Florida (États-Unis d'Amérique), 24 novembre 2003, 02-21769, où la juridiction a estimé que les parties s'opposant à l'exécution n'avaient pas établi que les déclarations antérieures de l'arbitre unique ou sa nationalité avait influencé sa prise de décision; *Shaanxi Provincial Medical Health Products I/E Corporation c. Olpesa, S.A.*, Tribunal suprême (Espagne), 7 octobre 2003, 112/2002, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 617.

⁸⁹⁰*Logy Enterprises Ltd. c. Haikou City Bonded Area Wansen Products Trading Co.*, Court of Appeal (Hong Kong), 22 mai 1997, n° 65 (Civil).

⁸⁹¹Christian Borris, Rudolf Henneke, "Article V(1)(d)", dans *New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 329, et plus précisément p. 344; Patricia Nacimiento, "Article V(1)(d)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento *et al.*, dir. publ., 2010), p. 281, et plus précisément p. 292.

⁸⁹²*Vigel S.p.A. c. China National Machine Tool Corporation*, Cour de cassation (Italie), 8 avril 2004, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 802. Voir aussi *Venture Global Engineering, LLC c. Satyam Computer Services, Ltd.*, Court of Appeals, Sixth Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 mai 2007, 062056, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 970.

⁸⁹³*Grow Biz International Inc. c. D.L.T. Holdings Inc., et Debbie Tanton*, Supreme Court de l'Île-du-Prince-Édouard (Canada), 23 mars 2001, GSC-17431, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 450.

⁸⁹⁴Voir, par exemple, *Fabricant c. Distributeur exclusif*, Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 24 juin 1999, 16 SchH 01/99.

38. Comme pour la constitution du tribunal arbitral, le niveau de preuve requis pour démontrer qu'une procédure d'arbitrage a été irrégulière en vertu de l'article V-1 d) est élevé. Une juridiction américaine a observé que la Convention ne "permet pas aux juridictions chargées d'examiner la sentence de contrôler chaque décision procédurale prise par l'arbitre et d'annuler la sentence si une quelconque violation des [...] procédures est constatée. Une telle interprétation se heurterait directement à 'l'approche favorable à l'exécution' inscrite dans la Convention et à son intention de supprimer les obstacles à l'homologation des sentences arbitrales."⁸⁹⁵

39. L'article V-1 d) ne précise pas les types d'irrégularités de procédure qui devraient amener une juridiction à refuser la reconnaissance et l'exécution. La plupart des juridictions exigent un vice grave dans la procédure d'arbitrage et/ou un lien de causalité entre le vice de procédure et la sentence. Toutes sortes d'approches ont été adoptées pour déterminer ces critères⁸⁹⁶.

40. Une approche consiste à évaluer si l'irrégularité alléguée a gravement porté préjudice à l'une des parties.

41. Dans une affaire, une juridiction anglaise, estimant que la partie s'opposant à l'exécution n'avait pas subi un préjudice suffisant pour justifier un refus, a exécuté une sentence par laquelle le tribunal arbitral avait appliqué un ensemble révisé de règles de procédure qui avaient remplacé celles prévues dans la convention des parties⁸⁹⁷. Dans une autre affaire où l'arbitrage s'était déroulé dans un lieu différent de celui qui avait été convenu et où une partie avait refusé de participer, une juridiction anglaise a jugé que le fait que le lieu soit différent n'entachait pas l'équité de la procédure et n'avait pas non plus porté préjudice à cette partie. Cette juridiction a estimé que les termes de la convention d'arbitrage ne stipulaient pas que les parties considéraient le lieu comme revêtant une importance critique⁸⁹⁸. De même, des juridictions américaines ont considéré que "le seul critère à prendre en compte pour déterminer s'il y a lieu d'annuler une sentence sur la base d'une violation de

⁸⁹⁵*Compagnie des Bauxites de Guinée c. Hammermills Inc.*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 29 mai 1992, 90-0169, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 566.

⁸⁹⁶Christian Borris, Rudolf Henneke, "Article V(1)(d)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 329, et plus précisément p. 344; Patricia Nacimiento, "Article V(1)(d)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 281, et plus précisément p. 292 et 293.

⁸⁹⁷*China Agrobusiness Development Corporation c. Balli Trading*, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Angleterre et pays de Galles), 20 janvier 1997, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 732.

⁸⁹⁸*Tongyuan International Trading Group c. Uni-Clam Limited*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 19 janvier 2001, 2000 Folio n° 1143.

la procédure est de savoir si ladite violation cause un préjudice important à la partie plaignante⁸⁹⁹.

42. Une autre approche consiste à exiger de la partie qui conteste l'exécution de prouver que l'issue de la cause aurait été différente si l'irrégularité alléguée ne s'était pas produite. Ainsi qu'il a été noté plus haut, cette approche a aussi été suivie dans des contestations concernant la constitution du tribunal⁹⁰⁰.

43. Par exemple, dans une décision de 2004, une juridiction allemande a exécuté une sentence qui avait été rendue cinq mois après la date limite fixée dans la convention des parties. Elle a conclu que la partie qui s'opposait à l'exécution n'avait pas établi que le tribunal arbitral aurait pris une décision différente s'il avait respecté la date limite⁹⁰¹. D'autres juridictions allemandes ont suivi cette approche⁹⁰².

44. La différence entre ces diverses approches est sans doute plus apparente que réelle, et, dans de nombreuses affaires, le résultat peut être le même du fait, en particulier, que toutes les juridictions ne les distinguent pas entre elles et/ou s'y réfèrent simultanément⁹⁰³. Dans les rares cas où l'exécution d'une sentence étrangère a été refusée en vertu du deuxième motif énoncé à l'article V-1 d), la partie contestant l'exécution avait fourni la preuve de vices de procédure fondamentaux ou injustifiables dont on pouvait considérer qu'ils satisfaisaient aux critères des deux approches. Par exemple, dans une décision rendue en 1968, une juridiction suisse a refusé de rendre une ordonnance d'*exequatur* au motif que le tribunal arbitral n'avait pas respecté l'accord des parties selon lequel "tous les différends devront être tranchés dans une seule et même procédure d'arbitrage" et qu'il avait au contraire mené l'arbitrage en deux étapes⁹⁰⁴. En 2001, la Cour suprême italienne

⁸⁹⁹*Compagnie des Bauxites de Guinée c. Hammermills Inc.*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 29 mai 1992, 90-0169, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 566. Voir aussi *P.T. Reasuransi Umum Indonesia c. Evanston Insurance Company, Utica Mutual Insurance Company and others*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 21 décembre 1992, 92 Civ. 4623 (MGC), XIX Y.B. Com. Arb. (1994), p. 788.

⁹⁰⁰Voire, par exemple, *Créancier dans le cadre de la sentence c. Débiteur dans le cadre de la sentence*, Oberlandesgericht [OLG] de Karlsruhe (Allemagne), 14 septembre 2007, 9 Sch 02/07, où la Cour a demandé à la partie arguant qu'un tribunal de trois membres avait été désigné par une instance non habilitée qu'elle démontre qu'une procédure de désignation différente aurait conduit à une décision différente.

⁹⁰¹*Société commerciale K c. Bayerischen Motoren Werke AG*, Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 23 septembre 2004, 4 Z Sch 05/04.

⁹⁰²*Distributeur exclusif c. Fabricant*, Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 22 juin 2009, 34 Sch 26/08; *SpA Ghezzi c. Jacob Boss Söhne*, Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 14 avril 1988, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 450.

⁹⁰³Christian Borris, Rudolf Henneke, "Article V(1)(d)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 329, et plus précisément p. 347; Patricia Nacimiento, "Article V(1)(d)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 281, et plus précisément p. 298.

⁹⁰⁴*Entreprise à Hambourg (acheteur) c. Société (A.G.) à Bâle (vendeur)*, cour d'appel du canton de Bâle-Ville (Suisse), 6 septembre 1968, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 200.

a exécuté une première sentence mais non pas la deuxième, pourtant rendue à propos du même litige. La Cour a jugé que la deuxième sentence était contraire à la convention des parties, qui ne prévoyait qu'un unique arbitrage, en fonction de la partie qui débiterait la première l'arbitrage⁹⁰⁵.

b) *Pouvoir du tribunal arbitral d'organiser et de conduire la procédure d'arbitrage*

45. Lorsqu'elles ont eu à examiner des demandes de refus de reconnaissance et d'exécution formées en vertu de l'article V-1 d), certaines juridictions ont reconnu le large pouvoir d'appréciation dont les tribunaux arbitraux jouissent pour organiser et conduire la procédure d'arbitrage.

46. Par exemple, une juridiction américaine a rejeté un argument selon lequel le tribunal arbitral s'était écarté de la convention des parties en joignant les demandes nées de deux contrats distincts. Pour cette juridiction, la décision en cause relevait du pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral de procéder à une jonction, et elle avait été prise après une interprétation minutieuse du contrat des parties⁹⁰⁶. Dans une autre décision, une juridiction américaine a jugé que le tribunal arbitral ne s'était pas écarté des règles de l'American Arbitration Association auxquelles les parties avaient souscrit, lorsqu'il avait pris en compte un rapport technique tardivement présenté. Elle a expliqué que "[l]es procédures d'arbitrage ne sont pas soumises à des règles formelles de procédure ou de preuve"⁹⁰⁷.

47. De même, des juridictions ont jugé que la décision d'un tribunal arbitral de trancher une affaire sur la base de preuves littérales et sans débat oral ne justifie pas un refus en vertu de l'article V-1 d). Une juridiction allemande est parvenue à cette conclusion du fait que les dispositions de la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, à laquelle les parties avaient souscrit, accordaient au tribunal arbitral le pouvoir de programmer une procédure orale⁹⁰⁸. Une juridiction américaine a conclu que le fait pour un tribunal arbitral de trancher une question d'interprétation du

⁹⁰⁵*Tema Frugoli SpA, en liquidation c. Hubei Space Quarry Industry Co. Ltd*, Cour de cassation (Italie), 7 février 2001, XXXII Y.B. Com. Arb. (2001), p. 390.

⁹⁰⁶*Karaha Bodas Co. (îles Caïmanes) c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonésie)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 mars 2004, 02-20042, 03-20602.

⁹⁰⁷*Industrial Risk Insurers c. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d'Amérique), 22 mai 1998, 94-2982, 94-2530. Voir aussi *Compagnie des Bauxites de Guinée c. Hammermills Inc.*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 29 mai 1992, 90-0169, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 566, concernant l'application par le tribunal du Règlement d'arbitrage de la CCI; *China National Metal Products Import/Export Company c. Apex Digital, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 16 août 2004, 03-55231, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 908, concernant l'application par le tribunal du Règlement de la Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international (CIETAC).

⁹⁰⁸*Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne)*, 30 juillet 1998, 6 Sch 3/98. Voir aussi *Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Brême (Allemagne)*, 30 septembre 1999, (2) Sch 04/99.

contrat en se fondant uniquement sur des preuves littérales n'était pas fondamentalement inéquitable lorsque les parties n'étaient pas convenues de la procédure à appliquer. En l'espèce, le tribunal arbitral avait évalué la question en se référant aux lois des États-Unis, lieu de l'arbitrage⁹⁰⁹.

c) *Défaut de motivation*

48. Certaines lois nationales exigent expressément du tribunal arbitral qu'il motive sa décision définitive⁹¹⁰. Il en va de même de certaines règles institutionnelles que les parties peuvent choisir pour régir leur différend⁹¹¹. Si la convention des parties, ou encore le règlement d'arbitrage ou la loi qu'elles sont convenues d'appliquer, exigent que la sentence soit motivée, le non-respect de cette exigence peut être un motif de refus en vertu de l'article V-1 d)⁹¹². Les juridictions ont observé la portée limitée de l'examen des sentences arbitrales au stade de l'exécution lorsqu'elles se sont penchées sur ce type de contestations⁹¹³.

49. Lorsqu'une convention d'arbitrage ou une sentence arbitrale relève à la fois du champ d'application de la Convention de New York et de celui de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961, l'exigence de motiver la sentence sera examinée à la lumière des dispositions de la Convention européenne. L'article VIII de la Convention européenne dispose que les parties à un arbitrage sont présumées être convenues que la sentence arbitrale doit être motivée, sauf si elles ont déclaré expressément le contraire ou si elles se sont soumises à une procédure arbitrale dans le cadre de laquelle il n'est pas d'usage de motiver les sentences et pour autant, dans ce cas, que les parties ou l'une d'elles ne demandent

⁹⁰⁹*InterCarbon Bermuda, Ltd. c. Caltex Trading and Transport Corporation*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 12 janvier 1993, 91 Civ. 4631 (MJL), XIX Y.B. Com. Arb. (1994), p. 802.

⁹¹⁰Par exemple, les lois allemande, anglaise, australienne, belge, française, irlandaise, italienne, néerlandaise et suisse exigent toutes expressément des arbitres qu'ils motivent leurs décisions dans leur sentence.

⁹¹¹Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 31 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international présume qu'en l'absence de toute indication contraire, l'intention des parties est que les arbitres motivent leurs sentences.

⁹¹²Voir cependant *Food Services of America, Inc. c. Pan Pacific Specialties Ltd.*, Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada), 24 mars 1997, A970243, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 581, où la juridiction a estimé que le fait pour l'arbitre de ne pas avoir motivé sa décision comme l'exigeaient les règles de l'American Arbitration Association auxquelles les parties avaient souscrit, ne faisait pas partie, à proprement parler, de la procédure d'arbitrage.

⁹¹³Oberlandesgericht [OLG] de Brême (Allemagne), 30 septembre 1999, (2) Sch 04/99. Voir aussi *Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Banque arabe et internationale d'investissements*, cour d'appel de Bruxelles (Belgique), XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 643.

pas expressément avant la fin de l'audience, ou avant la rédaction de la sentence, que la sentence soit motivée⁹¹⁴.

50. Dans une affaire concernant une demande d'exécution qui relevait à la fois de la Convention de New York et de la Convention européenne, la Cour de cassation italienne a décidé que l'exécution devait être refusée attendu que la présomption énoncée à l'article VIII n'avait pas été réfutée puisque l'une des parties demandant l'exécution avait expressément requis pendant la procédure arbitrale que la sentence fût motivée. La Cour a ainsi tranché bien que le Règlement d'arbitrage de la Sugar Association of London, que les parties étaient convenues d'appliquer à leur procédure d'arbitrage, n'impose pas que la sentence soit motivée⁹¹⁵.

C. Questions de procédure liées à une requête formée sur la base de l'article V-1 d)

51. La question s'est posée de savoir si une partie peut être déchue du droit d'invoquer l'article V-1 d) lorsqu'elle n'a pas fait valoir ce moyen devant le tribunal arbitral. Un certain nombre de juridictions ont jugé qu'elles ne sauraient examiner, au stade de l'exécution, les griefs tirés de la constitution du tribunal arbitral ou de la procédure d'arbitrage si ces griefs existaient au moment de la procédure d'arbitrage et auraient pu être soulevés devant le tribunal arbitral.

52. Une juridiction allemande a estimé que, même s'il était démontré que la constitution du tribunal arbitral n'avait pas été régulière, la partie opposante ne pouvait se prévaloir de l'article V-1 d) parce qu'elle avait eu connaissance de ce vice mais avait néanmoins participé à l'arbitrage sans soulever d'objection⁹¹⁶. Des juridictions chinoise⁹¹⁷ et italienne⁹¹⁸ ont aussi conclu qu'en s'abstenant de soulever une irrégularité pendant la procédure arbitrale alors qu'elle aurait pu le faire, une partie a renoncé à son droit de se prévaloir de cette irrégularité au stade de l'exécution.

⁹¹⁴Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, 21 avril 1961, article VIII: "Les parties sont présumées avoir entendu que la sentence arbitrale soit motivée, sauf: a) si les parties ont déclaré expressément que la sentence ne doit pas l'être, ou b) si elles se sont soumises à une procédure arbitrale dans le cadre de laquelle il n'est pas d'usage de motiver les sentences et pour autant, dans ce cas, que les parties ou l'une d'elles ne demandent pas expressément avant la fin de l'audience, ou, s'il n'y a pas eu d'audience, avant la rédaction de la sentence, que la sentence soit motivée."

⁹¹⁵*Fratelli Damiano s.n.c. c. August Topfer & Co.*, Cour de cassation (Italie), 8 février 1982, 722, IX Y.B. Com. Arb. (1984), p. 418.

⁹¹⁶*Fabricant c. Fournisseur en liquidation*, Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 15 mars 2006, 34 Sch 06/05.

⁹¹⁷*DMT S.A. c. Chaozhou City Huayi Packing Materials Co., Ltd. Chaoan County Huaye Packing Materials Co., Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 12 octobre 2010, [2010] Min Si Ta Zi n° 51.

⁹¹⁸*Conceria G. De Maio & F. snc c. EMAG AG*, Cour de cassation (Italie), 20 janvier 1995, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 602.

53. Certaines juridictions se sont appuyées sur le principe de bonne foi pour refuser de faire droit à des griefs présentés en vertu de l'article V-1 d) lorsqu'ils auraient pu être soulevés pendant la procédure arbitrale. La Cour suprême de Hong Kong a estimé "qu'il existe effectivement un devoir de bonne foi qui, dans les circonstances de l'espèce, obligeait le défendeur à formuler [...] ses objections à la formation de ce tribunal arbitral particulier. Son inaction et son évidente volonté de garder cet atout par-devers lui pour ne le présenter que si l'arbitrage lui était défavorable me semblent étrangères à l'obligation de bonne foi, autant qu'à toute notion de justice et de *fair-play*"⁹¹⁹.

54. Des juridictions ont, de même, estimé qu'une partie est déchuée du droit d'invoquer un motif de refus en vertu de l'article V-1 d) pour alléguer une irrégularité dans la procédure arbitrale au stade de l'*exequatur* si elle n'a pas fait objection à cette irrégularité au cours de l'arbitrage lui-même. Dans l'affaire *Chrome Resources SA c. Leopold Lazarus Ltd.*, le Tribunal fédéral suisse a rejeté l'argument selon lequel le tribunal arbitral avait consulté un expert en l'absence des parties, estimant que la tentative de la partie concernée de soulever cette objection au stade de l'exécution était entachée de mauvaise foi et constituait un abus de droits⁹²⁰. En Allemagne⁹²¹, en Angleterre⁹²², aux États-Unis⁹²³ et en Grèce⁹²⁴, des juridictions ont semblablement refusé à une partie de se prévaloir d'un quelconque vice de la procédure d'arbitrage à un stade ultérieur dans la mesure où elle avait eu la possibilité de formuler des réserves en temps opportun pendant la procédure d'arbitrage.

55. Des juridictions sont parvenues aux mêmes conclusions lorsque la partie s'opposant à l'exécution avait soutenu que la procédure d'arbitrage était irrégulière et avait choisi de ne pas y participer. Dans une décision de 1995, une juridiction singapourienne a jugé, dans une affaire où une partie avait délibérément choisi de ne pas participer à un arbitrage, que cette partie avait renoncé à son droit de

⁹¹⁹*China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch c. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 13 juillet 1994, 1992 n° MP 2411. Voir aussi *X AG c. Y AS*, Tribunal fédéral (Suisse), 4 octobre 2010, 4A 124/2010, XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 340.

⁹²⁰*Chrome Resources S.A. c. Leopold Lazarus Ltd.*, Tribunal fédéral (Suisse), 8 février 1978, XI Y.B. Com. Arb. (1986), p. 538.

⁹²¹*Fabricant c. Distributeur exclusif*, Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 24 juin 1999, 16 SchH 01/99.

⁹²²*China Agrobusiness Development Corporation c. Balli Trading*, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Angleterre et pays de Galles), 20 janvier 1997, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 732.

⁹²³*Shaheen Natural Resources Company Inc. c. Société nationale pour la recherche, la production, le transport, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 novembre 1983, 733 F. Supp. 2d 260, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 540; *Imperial Ethiopian Government c. Baruch Foster Corporation*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 19 juillet 1976, 535 F.2d 334, II Y.B. Com. Arb. (1977), p. 251; *Karaha Bodas Co. (îles Caïmanes) c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonésie)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 mars 2004, 02-20042, 03-20602.

⁹²⁴*Société grecque c. Société allemande (République fédérale d'Allemagne)*, cour d'appel d'Athènes (Grèce), 4458, 1984, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 638.

critiquer la manière dont la procédure d'arbitrage avait été menée⁹²⁵. De même, une juridiction anglaise a décidé que "attendu que les vendeurs ont choisi de ne pas prendre part à la procédure, il est impossible [...] de prétendre qu'un manquement quelconque à l'accord des parties quant au lieu aurait eu un effet préjudiciable en ce qui concerne [cette partie]"⁹²⁶. Une juridiction allemande a pour sa part considéré que la participation d'une partie à un arbitrage dans lequel elle n'a soulevé aucune objection peut être interprétée comme une acceptation implicite des règles de procédure appliquées par le tribunal arbitral⁹²⁷.

⁹²⁵*Hainan Machinery Import and Export Corporation c. Donald & McCarthy Pte Ltd*, High Court de Singapour, 29 septembre 1995, 1056 de 1994, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 771.

⁹²⁶*Tongyuan International Trading Group c. Uni-Clam Limited*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 19 janvier 2001, 2000 Folio n° 1143

⁹²⁷*Fabricant c. Fournisseur en liquidation*, Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 15 mars 2006, 34 Sch 06/05.

Article V-1 e)

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:

[...]

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article V-1 e) tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.2, annexe I; E/2822/Add.5, annexe; E/CONF.26/3/Add.1;
- Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l'arbitrage commercial international: Rapport d'ensemble du Secrétaire général: E/CONF.26/4;
- Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: Note du Secrétaire général: E/CONF.26/2.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.8; E/CONF.26/L.15; E/CONF.26/L.15/Rev.1;

E/CONF.26/L.16; E/CONF.26/L.17; E/CONF.26/L.24; E/CONF.26/L.30;
E/CONF.26/L.34; E/CONF.26/L.35;

- Comparaison des divers textes proposés pour les articles III, IV et V: E/CONF.26/L.33/Rev.1;
- Amendements supplémentaires au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.39; E/CONF.26/L.40;
- Texte proposé par le Groupe de travail n° 3 pour les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.43;
- Texte des articles III, IV et V de la Convention adopté par la Conférence à sa 17^e séance: E/CONF.26/L.48;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Nouveau texte adopté par la Conférence, à sa 23^e séance, pour l'article premier, paragraphe 3, et l'article V, paragraphes 1 a), 1 b) et 1 e): E/CONF.26/L.63;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 11^e, 12^e, 13^e, 14^e, 17^e, 23^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.12; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.17; E/CONF.26/SR.23; E/CONF.26/SR.24;
- Comptes rendus analytiques des 5^e et 6^e séances du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.5; E/AC.42/SR.6.

Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales:

- L'exécution des sentences arbitrales internationales: Exposé présenté par la Chambre de commerce internationale, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif dans la catégorie A: E/C.2/373;
- Observations des gouvernements relatives au projet de convention sur l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/1;
- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/4.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. Le paragraphe 1 e) de l'article V permet aux juridictions nationales de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence si la partie contestant l'exécution prouve que la sentence i) n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou ii) a été annulée ou suspendue. Il exige en outre que l'annulation ou la suspension de la sentence soit ordonnée par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

2. Dans la Convention de Genève de 1927, la partie demandant l'exécution ou la reconnaissance d'une sentence était tenue de prouver, entre autres conditions, que la sentence était devenue "définitive" dans le pays où elle avait été rendue. Il était précisé dans cette même convention que la sentence ne serait pas considérée comme définitive si elle était "susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation", ou s'il était "prouvé qu'une procédure tendant à contester la validité de la sentence [était] en cours"⁹²⁸. Dans la pratique, le caractère définitif de la sentence ne pouvait être prouvé qu'en obtenant une autorisation d'exécution auprès des juridictions du pays du siège de l'arbitrage. Aussi la partie demandant l'exécution devait-elle en réalité obtenir deux décisions d'*exequatur*, l'une dans le pays où la sentence avait été rendue et l'autre au lieu de son exécution, ce qui engendrait des coûts supplémentaires et retardait la procédure⁹²⁹. Par ailleurs, la disposition voulant qu'une sentence soit définitive dans le pays où elle avait été rendue laissait tout loisir à une partie d'empêcher ou de retarder l'exécution simplement en contestant la validité de la sentence auprès des juridictions du pays où celle-ci avait été rendue⁹³⁰.

3. L'article V-1 e) de la Convention de New York a été rédigé dans l'idée de corriger ce problème. Les rédacteurs de la Convention ont mis un terme au mécanisme du double *exequatur* en abandonnant l'exigence du caractère définitif de la sentence, tout en prévoyant que le caractère non obligatoire de cette dernière puisse encore servir de fondement pour refuser la reconnaissance et l'exécution⁹³¹. Le Président

⁹²⁸Voir l'alinéa d) de l'article premier de la Convention de Genève de 1927.

⁹²⁹Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 11^e séance, E/CONF.26/SR.11, p. 5 et 6. Voir également Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 333; Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 971, par. 1677; Nadia Darwazeh, "Article V(1)(e)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: a Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 301, et plus précisément p. 302 et 304; Christoph Liebscher, "Article V(1)(e)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 356, et plus précisément p. 356, par. 353 à 356.

⁹³⁰Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 333.

⁹³¹Nadia Darwazeh, "Article V(1)(e)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 301, et plus précisément p. 306 et 307; *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 108.

du Groupe de travail chargé de rédiger l'article V-1 e) a expliqué cette décision comme suit: "Le texte de l'alinéa e) du paragraphe 1 de [l'article V] est rédigé de manière que la Convention puisse être acceptée par les États qui considèrent qu'une sentence arbitrale n'est exécutoire que si elle remplit certaines conditions de forme qui, seules, rendent la sentence obligatoire pour les parties. Le Groupe de travail est d'avis qu'une sentence ne doit pas être exécutée si, d'après les règlements arbitraux applicables, elle peut encore faire l'objet d'un appel suspensif; il estime en revanche qu'il serait peu réaliste de différer l'exécution d'une sentence jusqu'à ce que tous les délais de prescription soient expirés ou jusqu'à ce que tous les moyens de recours possibles, y compris ceux qui n'ont pas normalement d'effet suspensif, aient été épuisés et que la sentence soit devenue 'définitive'."⁹³²

4. Les juridictions de divers pays mentionnent régulièrement l'abrogation de l'exigence de double *exequatur* comme étant l'une des grandes avancées de la Convention de New York. Par exemple, la Haute Cour de justice anglaise a estimé qu'il "est généralement admis que l'intention des auteurs de la Convention de New York était de simplifier l'exécution d'une sentence, et en particulier de supprimer l'exigence antérieure du double *exequatur* — à savoir la nécessité de prouver, avant que cette sentence puisse être exécutée dans tout autre pays, qu'elle avait été rendue exécutoire dans le pays dont la loi régissait l'arbitrage"⁹³³. De même, le Tribunal fédéral suisse a considéré que les auteurs de la Convention avaient voulu exclure l'exigence de l'*exequatur* dans le pays d'origine de la sentence, ainsi que toute autre procédure visant à confirmer que la sentence était exécutoire dans ce pays⁹³⁴. Nombre d'autres juridictions étatiques ont également affirmé ce principe⁹³⁵.

⁹³²Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 3.

⁹³³*Dowans Holding S.A. c. Tanzania Electric Supply Co. Ltd.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 juillet 2011, 2010 Folio 1539.

⁹³⁴Y. c. X, Tribunal fédéral (Suisse), 3 janvier 2006, 5P.292/2005.

⁹³⁵Voir, par exemple, *SPP (Moyen-Orient) Ltd. c. République arabe d'Égypte*, Président du tribunal de district d'Amsterdam (Pays-Bas), 12 juillet 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 487 (dans cette décision, la juridiction a déclaré "que les rédacteurs de la Convention ont choisi le terme 'obligatoire' pour supprimer l'exigence du double *exequatur* qui découlait du terme 'définitive' dans la Convention de Genève de 1927"); *Partie allemande (République fédérale d'Allemagne) c. Partie néerlandaise*, Président du Rechtbank, La Haye (Pays-Bas), 26 avril 1973, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 305 (dans cette décision, la juridiction a déclaré qu'"[u]ne avancée majeure de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 est la suppression du double *exequatur*"); *Joseph Müller AG c. Bergesen und Obergericht (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich*, tribunal de première instance (Suisse), 26 février 1982 (dans cette décision, il a été estimé que "l'objet de la Convention de New York est d'éviter le double *exequatur*"); *Société X SA c. Fédération Y, Tribunal fédéral (Suisse)*, 9 décembre 2008, 4A_403/2008 (a fait valoir que la Convention de New York visait à éviter le double *exequatur*). Voir également *Palm and Vegetable Oils SDN. BHD. c. Algemene Oliehandel International B.V.*, Président du Rechtbank, tribunal de première instance d'Utrecht (Pays-Bas), 22 novembre 1984, XI Y.B. Com. Arb. (1986) (dans cette décision, il a été estimé que, "compte tenu de l'historique de la Convention, celle-ci implique que, pour obtenir une autorisation d'exécution à l'étranger, à savoir aux Pays-Bas, il n'est pas nécessaire qu'une autorisation définitive d'exécution soit donnée dans le pays d'origine, à savoir en Angleterre"); Tribunal d'appel de la République et canton du Tessin (Suisse), 22 août 2012, 14.2012.102; *Obergericht des Kantons Zürich (Suisse)*, 8 décembre 1980, II.ZK.Nr. 8 A/80 (décision dans laquelle la juridiction a déclaré que "la Convention de New York visait à éviter le double *exequatur*").

Analyse

A. Caractère “obligatoire” d’une sentence

a) *Quand une sentence devient-elle obligatoire?*

5. La question du moment auquel une sentence devient obligatoire a donné lieu à plusieurs débats entre les membres du Groupe de travail chargé de rédiger le projet d’article V-1 e). Certains représentants considéraient que ce moment était celui auquel la sentence n’était plus susceptible de recours ordinaires, par opposition aux recours extraordinaires⁹³⁶. Cette distinction, étrangère à un certain nombre de systèmes juridiques, n’a finalement pas été retenue. Les rédacteurs de la Convention ont décidé de ne pas définir le terme “obligatoire” dans la Convention elle-même, laissant aux juridictions étatiques le soin de décider des conditions dans lesquelles une sentence devrait être considérée comme telle.

6. Certaines juridictions ont évalué le caractère obligatoire de la sentence en se référant à la loi du pays dans lequel elle a été rendue⁹³⁷. Par exemple, dans une affaire dans laquelle une partie contestait l’exécution au motif que la sentence ne lui avait pas été dûment remise et qu’en conséquence elle n’était pas obligatoire, une juridiction suisse a décidé que “la question de savoir si une sentence arbitrale est devenue obligatoire pour les parties, par exemple par remise, communication orale ou encore déclaration ou communication écrite adressée aux parties, ou à l’expiration du délai prévu pour exercer les voies légales de recours [en appel], est régie en premier lieu par la loi applicable à l’arbitrage”. En l’espèce, la juridiction a considéré que la partie contestant l’exécution n’avait pas prouvé que les difficultés alléguées concernant la remise de la sentence avaient empêché celle-ci de devenir obligatoire en vertu du droit suisse, et a en conséquence rejeté la demande en refus d’exécution⁹³⁸. Dans l’affaire *Compagnie de Saint-Gobain-Pont-à-Mousson*, dans laquelle la partie contestant l’exécution avait fait valoir que la sentence n’était pas devenue obligatoire pour les parties dans le pays du siège, la cour d’appel de Paris a noté que les juridictions du siège elles-mêmes, à savoir les juridictions indiennes, avaient déclaré que la sentence était obligatoire et elle a fait droit, sur ce motif, à

⁹³⁶Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Comptes rendus analytiques des 11^e, 12^e, 13^e, 14^e et 17^e séances, E/CONE.26/SR.11 à 14 et SR.17. Voir également Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 334 à 336.

⁹³⁷Pour une analyse de cette approche, voir *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 974 et 975, par. 1681 à 1683; Nadia Darwazeh, “Article V(1 (e))”, dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 301, et plus précisément p. 312 et 313.

⁹³⁸*Partie italienne c. Société suisse*, tribunal de première instance de Zurich (Suisse), 14 février 2003, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004).

la demande d'exécution⁹³⁹. De même, en Allemagne⁹⁴⁰, en Italie⁹⁴¹, aux États-Unis⁹⁴² et en Suisse⁹⁴³, des juridictions se sont référées à la loi du pays où a eu lieu l'arbitrage comme loi applicable pour déterminer le caractère obligatoire de la sentence.

7. Selon une deuxième approche, parfois appelée "approche autonome", des juridictions étatiques se sont fondées sur leur propre interprétation de ce que devrait être une "sentence obligatoire" au titre de l'article V-1 e). Dans la majorité des cas, elles ont estimé qu'une sentence doit être considérée comme obligatoire si elle n'offre plus de voies de recours ordinaires, à savoir des recours quant au fond, même si des voies de recours extraordinaires restent possibles, y compris les actions en annulation⁹⁴⁴. Par exemple, le Tribunal fédéral suisse a jugé que les sentences arbitrales étrangères étaient obligatoires pour les parties en vertu de l'article V-1 e) quand elles n'étaient "plus susceptibles d'appel par les voies de recours ordinaires"⁹⁴⁵. De même, dans une affaire où le lieu de l'arbitrage était Londres, une

⁹³⁹ *Compagnie de Saint-Gobain-Pont-à-Mousson c. The Fertilizer Corporation of India Limited*, cour d'appel de Paris (France), 10 mai 1971.

⁹⁴⁰ *Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne)*, 19 janvier 2005, I-26 Sch 5/03 (la juridiction a rejeté la demande de reconnaissance d'une sentence au motif que les créances dont il était question dans la sentence avaient été compensées en vertu du droit roumain, droit du siège de l'arbitrage); *Vendeur c. Acheteur*, *Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne)*, 6 octobre 2005, 8 Sch 06/05 (dans cette décision, la juridiction a considéré que la question de savoir si une sentence est obligatoire devrait être tranchée en vertu du droit du pays où se tient l'arbitrage, en l'espèce le droit russe, et que l'exigence du droit russe selon laquelle chaque partie doit recevoir une copie de la sentence arbitrale signée des arbitres pour que la sentence soit obligatoire est en l'espèce satisfaite).

⁹⁴¹ *Carters (Merchants) Ltd. c. Francesco Ferraro*, Corte di Appello di Napoli (Italie), 20 février 1975, IV Y.B. Com. Arb. (1979) (la juridiction s'est référée au droit applicable au siège de l'arbitrage, à savoir le droit anglais, pour se prononcer sur le caractère obligatoire de la sentence).

⁹⁴² *Pactrans Air & Sea, Inc. c. China National Chartering Corp.*, et al., District Court, Northern District of Florida (États-Unis d'Amérique), 29 mars 2010, 3:06-cv-369/RS-EMT (dans une affaire où le siège de l'arbitrage était la Chine, la juridiction a estimé que la sentence était obligatoire au motif qu'en vertu du droit chinois de l'arbitrage "les effets juridiques de la sentence commencent le jour où elle est écrite").

⁹⁴³ *Denysiana S.A. c. Jassica S.A.*, Tribunal fédéral (Suisse), 14 mars 1984 (dans une affaire où le siège de l'arbitrage était Paris, le Tribunal a considéré que la partie contestant l'exécution doit prouver "que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire, a été annulée ou suspendue, d'après le droit régissant l'arbitrage", en l'espèce le droit français).

⁹⁴⁴ Pour une description de cette deuxième approche, voir *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 972, par. 1679; Nadia Darwazeh, "Article V(1)(e)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 301, et plus précisément p. 311 et 312; Christoph Liebscher, "Article V(1)(e)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 356, et plus précisément p. 360, par. 361 et 364.

⁹⁴⁵ *Société X SA c. État Y*, Tribunal fédéral (Suisse), 9 décembre 2008, 4A_403/2008. Voir également *Y c. X*, Tribunal fédéral (Suisse), 3 janvier 2006, 5P.292/2005 (le Tribunal a estimé qu'une sentence pouvait être considérée comme obligatoire en vertu de l'article V-1 e) quand "un appel ordinaire contre la sentence n'est plus possible"); *X c. Y*, Tribunal fédéral (Suisse), 21 février 2005, 5P.353/2004 (le Tribunal a déclaré que le caractère obligatoire d'une sentence devait être reconnu dès que la sentence "acquiert l'autorité de la chose jugée et ne peut plus faire l'objet d'un appel"); *X c. Y*, cour de justice de Genève, 1^{re} section (Suisse), 23 septembre 2004 (la Cour a jugé qu'une sentence était obligatoire dès qu'elle acquérait l'autorité de la chose jugée et ne pouvait plus faire l'objet de recours ordinaires).

juridiction néerlandaise a estimé que, “aucune voie de recours ordinaire n’étant possible contre la sentence arbitrale en question”, celle-ci était “devenue obligatoire pour les parties au sens de la Convention”⁹⁴⁶. Des juridictions de Hong Kong ont jugé qu’une sentence était “obligatoire” quand elle n’était plus susceptible d’appel quant au fond⁹⁴⁷.

8. Ces deux approches suivies pour évaluer le caractère obligatoire d’une sentence ne s’excluent pas nécessairement et, dans certaines affaires, les juridictions les ont appliquées simultanément⁹⁴⁸. Par exemple, dans une affaire où le lieu de l’arbitrage était Paris, et après avoir déclaré qu’une sentence devait être considérée comme “obligatoire si elle n’est plus susceptible d’appel quant au fond”, la Haute Cour de Hong Kong s’est référée au règlement d’arbitrage et aux dispositions du droit français de l’arbitrage pour déterminer si la sentence était susceptible d’appel quant au fond⁹⁴⁹. Dans d’autres affaires, les juridictions nationales se sont abstenues d’appliquer les exigences posées par la loi du siège quand celles-ci auraient conduit à un résultat contraire à l’objet de la Convention de New York, par exemple l’exigence selon laquelle une sentence devait être assortie d’un *exequatur* national pour devenir obligatoire⁹⁵⁰.

9. Dans le droit-fil de ces décisions, afin d’apprécier le caractère obligatoire d’une sentence au titre de la Convention, certains commentateurs distinguent, d’un côté, les principes devant clairement être appliqués en vertu de la Convention et, de l’autre, les fondements supplétifs énoncés dans la loi du pays d’origine de la sentence dont la partie contestant l’exécution peut se prévaloir⁹⁵¹.

⁹⁴⁶*Palm and Vegetable Oils SDN. BHD. c. Algemene Oliehandel International B.V.*, Président du Rechtbank d’Utrecht (Pays-Bas), 22 novembre 1984. Voir également *SPP (Moyen-Orient) Ltd. c. République arabe d’Égypte*, Président du tribunal de district d’Amsterdam (Pays-Bas), 12 juillet 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985) (la juridiction a jugé qu’“une sentence arbitrale n’est pas obligatoire si elle est susceptible d’appel quant au fond devant un juge ou un tribunal arbitral d’appel”).

⁹⁴⁷*Société Nationale d’Opérations Pétrolières de la Côte d’Ivoire — Holding c. Keen Lloyd Resources Limited*, Court of First Instance, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Hong Kong), 20 décembre 2001, 55 de 2011, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004). Voir également *Diag Human SE c. Czech Republic*, High Court, Queen’s Bench Division (Royaume-Uni), 22 mai 2014 (la juridiction a déclaré que “si une sentence est susceptible de recours ordinaires, elle n’est pas obligatoire”).

⁹⁴⁸Voir Christoph Liebscher, “Article V(1)(e)”, dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 356, et plus précisément p. 362, par. 364 et 365; Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 975, par. 1683.

⁹⁴⁹*Société Nationale d’Opérations Pétrolières de la Côte d’Ivoire — Holding c. Keen Lloyd Resources Limited*, Court of First Instance, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Hong Kong), 20 décembre 2001, 55 de 2011, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004).

⁹⁵⁰Voir le chapitre du Guide consacré à l’article V-1 e), par. 11.

⁹⁵¹Voir Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 976, par. 1684; Christoph Liebscher, “Article V(1)(e)”, dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 356, et plus précisément p. 360, par. 360.

10. Le premier de ces principes est celui selon lequel le caractère obligatoire de la sentence ne dépend pas de la question de savoir si la sentence a force exécutoire dans le pays où elle a été rendue. Les juridictions nationales ont rappelé à maintes reprises que cette exigence équivaudrait à rétablir le mécanisme de double exequatur et systématiquement rejeté l'argument selon lequel une sentence n'était pas obligatoire pour les parties au motif qu'elle n'avait pas été exécutée au lieu de l'arbitrage. Par exemple, dans l'affaire *AB Götaverken c. General National Maritime Transport Company (GNMTC), Libye et autres*, la Cour suprême suédoise a expressément déclaré que, pour qu'une sentence soit obligatoire en vertu de l'article V-1 e), la partie s'en prévalant n'avait pas à prouver "qu'elle a force exécutoire selon les autorités du pays dans lequel elle a été rendue"⁹⁵². Une juridiction espagnole a de même expressément déclaré que "le caractère obligatoire de la sentence ne peut être subordonné à un *exequatur* prononcé par les juridictions de l'État dans lequel la sentence a été rendue"⁹⁵³.

11. Le deuxième principe est celui selon lequel le fait qu'une procédure en annulation d'une sentence soit en cours dans le pays du siège de l'arbitrage ne prive pas la sentence de son caractère obligatoire au titre de la Convention⁹⁵⁴. Ce principe a été constamment réaffirmé par des juridictions nationales, par exemple aux

⁹⁵²*AB Götaverken c. General National Maritime Transport Company (GNMTC), Libye et autres*, Cour suprême (Suède), 13 août 1979, SO 1462. Voir également *Partie allemande (République fédérale d'Allemagne) c. Partie néerlandaise*, Président du Rechtbank, La Haye (Pays-Bas), 26 avril 1973, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 305.

⁹⁵³*Antilles Cement Corporation c. Transficem*, Tribunal suprême, chambre civile, 1^{re} section (Espagne), 20 juillet 2004, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006). Pour la même solution, voir également *Joseph Müller AG c. Bergesen und Obergericht (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich*, tribunal de première instance (Suisse), 26 février 1982 (la juridiction a fait observer que "[l]'exigence d'une déclaration d'exécution dans le pays d'origine de la sentence arbitrale irait directement à l'encontre de l'objectif de la Convention de New York visant à éviter le double *exequatur*"); Tribunal fédéral (Suisse), 8 décembre 2003, 4P.173/2003/ech.; *Société X SA c. Fédération Y*, Tribunal fédéral (Suisse), 9 décembre 2008, 4A_403/2008; *X c. Y*, Tribunal fédéral (Suisse), 21 février 2005, 5P.353/2004 (le Tribunal a déclaré qu'"une sentence arbitrale étrangère ne doit pas nécessairement avoir force exécutoire dans son pays d'origine; il suffit qu'elle soit obligatoire pour les parties, et son caractère obligatoire doit avoir été reconnu dès qu'elle a acquis l'autorité de la chose jugée et n'est plus susceptible d'appel").

⁹⁵⁴*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 976, par. 1684; Christoph Liebscher, "Article V(1)(e)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 356, et plus précisément p. 358, par. 357; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 350.

Pays-Bas⁹⁵⁵, en Allemagne⁹⁵⁶, en France⁹⁵⁷, aux États-Unis⁹⁵⁸, au Royaume-Uni⁹⁵⁹ et en Suisse⁹⁶⁰.

12. En outre, quelle que soit l'approche adoptée, les juridictions nationales évaluant le caractère obligatoire d'une sentence ont souvent prêté une attention particulière à l'intention des parties qui découle de la convention d'arbitrage ou du règlement d'arbitrage. Par exemple, la Cour de cassation belge a déclaré que le caractère obligatoire de la sentence devrait être déterminé "en ayant égard successivement — et l'une à défaut de l'autre — à la convention d'arbitrage, à la loi qu'elle désigne à cette fin et, enfin, à la loi du pays où la sentence a été rendue"⁹⁶¹. Dans l'affaire *Joseph Müller*, une juridiction suisse a estimé que la question de savoir si une sentence est devenue obligatoire pour les parties doit être déterminée "au premier chef en fonction de la convention des parties et, à défaut de convention,

⁹⁵⁵*SPP (Moyen-Orient) Ltd. c. République arabe d'Égypte*, Président du tribunal de district d'Amsterdam (Pays-Bas), 12 juillet 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985) (la juridiction a estimé que "la sentence arbitrale ne peut être considérée comme non obligatoire du seul fait de l'introduction d'une demande en annulation").

⁹⁵⁶*Distributeur de films c. Producteur de films*, Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 22 novembre 2002, 4 Z Sch 13/02 (la juridiction a fait droit à la demande d'exécution d'une sentence en dépit de l'introduction par le défendeur d'une procédure d'annulation au siège de l'arbitrage); *Vendeur c. Acheteur*, Bundesgerichtshof [BGH], III ZB 06/02 (Allemagne), 30 janvier 2003 (il a été fait observer que "le simple fait que le défendeur ait déclaré qu'il a fait appel de la décision du tribunal arbitral russe ne peut servir de fondement au refus en vertu de l'article V-1 e"); *Fournisseur c. Transporteur*, Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 20 novembre 2003, 8 Sch 02/03 (la juridiction a indiqué que l'action en annulation engagée en Suède n'a pas d'incidence sur la reconnaissance de la sentence); Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 23 février 2007, 34 Sch 31/06 (la juridiction a déclaré que la possibilité que la sentence soit annulée au siège ne fait pas obstacle à la reconnaissance de cette sentence).

⁹⁵⁷*S.A. Recam Sonofadex c. S.N.C. Cantieri Rizzardi de Gianfranco Rizzardi*, cour d'appel d'Orléans (France), 5 octobre 2000 (la Cour a déclaré que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence ne peuvent être rejetées que si la sentence a été effectivement suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel la sentence a été rendue, l'introduction d'une procédure d'annulation n'étant pas suffisante).

⁹⁵⁸*Fertilizer Corporation of India et al. c. IDI Management Inc.*, District Court, Southern District of Ohio (États-Unis d'Amérique), 9 juin 1981, C-1-79-570.

⁹⁵⁹*IPCO (Nigeria) Ltd. c. NNPC (Nigeria)*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, 2004 1031 (la juridiction a déclaré que l'article V-1 e) ne s'applique pas automatiquement du seul fait qu'un recours a été porté devant une juridiction du pays d'origine); *Continental Transfer Technique Ltd. c. Federal Government of Nigeria*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 30 mars 2010, 2008 Folio 1280 (la juridiction a déclaré que l'article V-1 e) ne s'applique que si la sentence "a été annulée ou suspendue", et noté que "le fait qu'une demande d'annulation a été déposée ne signifie pas que la sentence est annulée").

⁹⁶⁰*Société X SA c. Fédération Y*, Tribunal fédéral (Suisse), 9 décembre 2008, 4A_403/2008 (le Tribunal a estimé que le simple fait qu'une action en annulation d'une sentence soit recevable ou ait été introduite dans le pays où la sentence a été rendue ne rend pas celle-ci moins obligatoire).

⁹⁶¹*Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Banque arabe et internationale d'investissements*, Cour de cassation (Belgique), 5 juin 1998, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999).

à titre subsidiaire en fonction de la loi du pays de l'arbitrage⁹⁶². Dans le même ordre d'idées, une juridiction espagnole a jugé que "le caractère obligatoire de la sentence doit être examiné conformément aux règles régissant l'arbitrage [...] plutôt qu'aux normes du pays où l'arbitrage a eu lieu ou dans lequel la sentence a été rendue". Elle a par ailleurs estimé que, "conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI, le caractère obligatoire de la sentence résulte de la décision des parties de se soumettre à l'arbitrage institutionnel de la CCI et de la validité de la renonciation à toutes voies de recours découlant de cette décision", et déclaré, sur ce fondement, que la sentence était obligatoire⁹⁶³.

b) *Charge de la preuve concernant le caractère obligatoire de la sentence*

13. L'une des principales innovations de la Convention de New York a été de transférer la charge de la preuve de la partie demandant l'exécution à celle s'y opposant⁹⁶⁴. Ce principe s'applique à l'article V-1 e), comme il s'applique aux autres motifs de refus de l'exécution et de la reconnaissance en vertu de l'article V.

14. Une partie demandant l'exécution d'une sentence n'est pas tenue de prouver que celle-ci est obligatoire; il revient en revanche à la partie contestant l'exécution de prouver que la sentence n'est pas obligatoire. Ce principe est régulièrement affirmé par les juridictions nationales. Par exemple, une juridiction suisse a déclaré qu'"il appartient à la partie contestant l'exécution de prouver, en vertu de

⁹⁶²*Joseph Müller AG c. Bergesen und Obergericht (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich*, tribunal de première instance (Suisse), 26 février 1982. Voir également *X c. Y*, Tribunal fédéral (Suisse), 21 février 2005, 5P.353/2004 (le Tribunal a déclaré que le caractère obligatoire d'une sentence "doit être reconnu dès que la sentence a acquis l'autorité de la chose jugée et n'est plus susceptible d'appel", et estimé qu'en l'espèce la sentence était définitive et obligatoire conformément aux dispositions du contrat conclu par les parties); *X c. Y*, cour de justice de Genève, 1^{re} section (Suisse), 23 septembre 2004 (la Cour a estimé qu'une sentence est obligatoire dès qu'elle a acquis l'autorité de la chose jugée et n'est pas susceptible d'appel ordinaire, et qu'en l'espèce la sentence était obligatoire conformément aux dispositions de la convention conclue par les parties).

⁹⁶³*Antilles Cement Corporation c. Transficem*, Tribunal suprême, chambre civile, 1^{re} section (Espagne), 20 juillet 2004, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006). Voir également *AB Götaverken c. General National Maritime Transport Company (GNMTC), Libye et autres*, Cour suprême (Suède), 13 août 1979, SO 1462 (après avoir noté qu'"une sentence étrangère n'est pas obligatoire quand elle est susceptible d'appel quant au fond devant une juridiction supérieure", la Cour a déclaré que la sentence était obligatoire, car la clause compromissoire prévoyait que la sentence serait "définitivement obligatoire et exécutoire", et le Règlement de la CCI applicable en l'espèce prévoyait que la sentence arbitrale serait définitive); *Dowans Holding S.A. c. Tanzania Electric Supply Co. Ltd.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 juillet 2011, 2010 Folio 1539 (ayant estimé que "l'effet obligatoire d'une sentence dépend de la question de savoir si elle reste susceptible de recours ordinaire", la juridiction a renvoyé à la convention d'arbitrage et au Règlement d'arbitrage de la CCI, selon lequel la décision d'arbitrage est définitive et obligatoire pour les parties et n'est pas susceptible d'appel, et a conclu que la sentence était obligatoire pour les parties); *International Trading and Industrial Investment Company c. Dyncorp Aerospace Technology*, District Court for the District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 21 janvier 2011, action civile n° 09-791 (RBW) (la juridiction s'est reportée au Règlement d'arbitrage de la CCI pour conclure que la sentence était obligatoire pour les parties).

⁹⁶⁴Voir l'introduction du chapitre du Guide consacré à l'article V.

l'article V-1 e) de la Convention, que la sentence arbitrale n'est pas encore obligatoire ou a été annulée⁹⁶⁵. De même, une juridiction italienne a jugé que “[la partie demandant l'exécution] n'est pas tenue de prouver que la sentence est obligatoire, mais [celle s'opposant à l'exécution] doit prouver que la sentence est dépourvue de caractère obligatoire [...]”⁹⁶⁶. Les commentateurs de la Convention retiennent également cette interprétation⁹⁶⁷.

c) *Caractère obligatoire des sentences partielles ou provisoires*

15. Dans un certain nombre d'affaires signalées, les parties se sont fondées sur l'article V-1 e) pour contester le caractère obligatoire de sentences arbitrales partielles ou provisoires. Si certaines juridictions nationales ont fait droit à ces contestations et refusé l'exécution de sentences provisoires ou partielles en vertu de cette disposition⁹⁶⁸, d'autres ont considéré que, dans certaines circonstances, les sentences provisoires ou partielles pouvaient être considérées comme obligatoires au sens de l'article V-1 e)⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵*Partie italienne c. Société suisse*, tribunal de première instance de Zurich (Suisse), 14 février 2003, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004). Voir également *Denysiana S.A. c. Jassica S.A.*, Tribunal fédéral (Suisse), 14 mars 1984 (le Tribunal a déclaré que “c'est à la partie qui s'oppose à la demande qu'il appartient de prouver que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire, a été annulée ou suspendue”).

⁹⁶⁶*Carters (Merchants) Ltd. c. Francesco Ferraro*, Corte di Appello di Napoli (Italie), 20 février 1975, IV Y.B. Com. Arb. (1979). Voir également *C.C.M. Sulzer c. Société Maghrébienne de Génie Civil (SOMAGEC) et autres*, cour d'appel de Paris (France), 17 février 1987, 864787 (la Cour a déclaré qu'en application de l'article V-1 e), il revient à la partie s'opposant à l'exécution de démontrer que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties); *Antilles Cement Corporation c. Transficem*, Tribunal suprême, chambre civile, 1^{re} section (Espagne), 20 juillet 2004, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006); *Diag Human SE c. Czech Republic*, High Court, Queen's Bench Division (Royaume-Uni), 22 mai 2014 (la juridiction a déclaré que la charge de la preuve repose “incontestablement” sur la partie s'opposant à l'exécution).

⁹⁶⁷Nadia Darwazeh, “Article V(1)(e)”, dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 301, et plus précisément p. 305 et 310; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 338; Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 968, par. 1673; Christoph Liebscher, “Article V(1)(e)”, dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 356, par. 353 à 356.

⁹⁶⁸*Merck & Co. Inc. c. Merck Frosst Canada Inc., Frosst Laboratories Inc. c. Tecnoquímicas SA*, Cour suprême de justice (Colombie), 24 mars 1999, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001); *Living Consulting Group AB (Suède) c. OOO Sokotel (Fédération de Russie)*, Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 5 octobre 2010, A56-63115/2009; *Hall Steel Company (États-Unis) c. Metalloyd Ltd. (Royaume-Uni)*, District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division (États-Unis d'Amérique), 7 juin 2007, 05-70743, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008). Pour une analyse plus détaillée des conditions en vertu desquelles les ordonnances de procédure et les sentences provisoires ou partielles ont force exécutoire en vertu de la Convention, voir le chapitre du Guide consacré à l'article premier.

⁹⁶⁹*Resort Condominiums International Inc. c. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Supreme Court of Queensland (Australie), 29 octobre 1993, XX Y.B. Com. Arb. (1995). Voir également *Misir Foreign Trade Co. c. R.D. Harboties (Mercantile)*, Cour de cassation (Égypte), 22 janvier 2008, 2010/64.

16. Dans certaines affaires, les juridictions ont établi une distinction entre les sentences relatives à des questions de compétence ou de procédure, et celles concernant le fond du litige, et ont exclu que celles relevant de la première catégorie soient considérées comme obligatoires. Par exemple, la Cour suprême de justice colombienne a refusé d'exécuter une sentence provisoire sur la compétence au motif qu'il "ressort à l'évidence de la Convention que les 'sentences arbitrales' sont celles qui mettent un terme à l'arbitrage quant au fond en tranchant les litiges soumis à la demande d'arbitrage, et non celles qui naissent de l'arbitrage proprement dit", comme une sentence provisoire sur la compétence du tribunal arbitral⁹⁷⁰. De même, une juridiction russe a déclaré que l'article V-1 e) n'était pas applicable aux "sentences interlocutoires, y compris les décisions prises par les arbitres sur des questions de procédure (recouvrement des frais de l'arbitrage, détermination de la compétence et garanties)", et ne l'était qu'"aux sentences arbitrales relatives à l'examen procédural du litige quant au fond et rendues au terme de la procédure arbitrale"⁹⁷¹.

17. D'autres juridictions ont examiné la question de savoir si les sentences partielles ou provisoires réglaient définitivement un point litigieux particulier quant au fond, ou si elles pouvaient encore être revues par le tribunal arbitral à un stade ultérieur de l'arbitrage, et ont considéré que les sentences de cette dernière catégorie n'étaient pas obligatoires. Par exemple, dans une affaire où une partie demandait l'exécution d'une "ordonnance et sentence d'arbitrage provisoires", la Cour suprême du Queensland a estimé que la sentence visée à l'article V-1 e) était le type de sentence qui "tranche tout ou partie des questions soumises à l'arbitre, et non une ordonnance interlocutoire rendue par un arbitre". Elle a également estimé qu'"une ordonnance interlocutoire susceptible d'être rétractée, suspendue, modifiée ou réexaminée par le tribunal qui l'a rendue n'est pas exécutoire en vertu de la Convention"⁹⁷². De même, un tribunal de district des États-Unis a jugé que, nonobstant l'absence de sentence réglant définitivement toutes les questions soumises à l'arbitrage, une sentence "qui tranche finalement et définitivement une question indépendante et distincte" pouvait être considérée comme obligatoire. En conséquence, il a confirmé l'exécution d'une sentence provisoire ordonnant aux parties de continuer de s'acquitter de leurs obligations au titre du contrat jusqu'à ce que l'arbitre se soit prononcé sur la question contractuelle de fond⁹⁷³.

⁹⁷⁰*Merck & Co. Inc. c. Merck Frosst Canada Inc., Frosst Laboratories Inc. c. Tecnoquímicas SA*, Cour suprême de justice (Colombie), 24 mars 1999, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001).

⁹⁷¹*Living Consulting Group AB (Suède) c. OOO Sokotel (Fédération de Russie)*, Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 5 octobre 2010, A56-63115/2009 (la juridiction a refusé l'exécution d'une sentence provisoire ordonnant à l'une des parties de rembourser à l'autre partie l'avance sur les frais de l'arbitrage).

⁹⁷²*Resort Condominiums International Inc. c. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Supreme Court of Queensland (Australie), 29 octobre 1993, XX Y.B. Com. Arb. (1995).

⁹⁷³*Island Creek Coal Sales Company c. City of Gainesville, Florida*, Court of Appeals, Sixth Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 mars 1984, 729 F.2d 1046.

d) Doctrine de la fusion

18. Si la pratique des juridictions étatiques ne laisse planer aucun doute sur le fait que l'obtention d'un *exequatur* au lieu de l'arbitrage n'est pas nécessaire pour qu'une sentence soit exécutée en vertu de la Convention⁹⁷⁴, certaines parties ont fait valoir *a contrario* que, si l'exécution est ordonnée par les juridictions du siège de l'arbitrage et la sentence fusionnée à un jugement, cette sentence ne peut plus être considérée comme obligatoire en vertu de l'article V-1 e).

19. Cette interprétation a été rejetée par les juges, conformément à l'opinion d'un commentateur de la Convention, qui a fait observer qu'elle irait à l'encontre de l'objet de cette dernière, à savoir faciliter l'exécution⁹⁷⁵. Par exemple, dans une affaire où la partie contestant l'exécution avait fait valoir que la sentence avait été fusionnée avec un jugement rendu au Royaume-Uni, et ne pouvait plus, en conséquence, être exécutée en vertu de la Convention, une juridiction australienne a estimé que, même si un jugement avait été rendu au Royaume-Uni, la sentence ne serait pas considérée comme ayant été fusionnée avec le jugement aux fins de l'exécution en Australie⁹⁷⁶. De même, une juridiction allemande a jugé que, bien qu'une sentence eût été fusionnée avec un jugement d'un tribunal anglais, cette fusion n'impliquait pas que la sentence devait être considérée comme ayant été incorporée dans le jugement en Allemagne, l'objet de la Convention étant de faciliter l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁹⁷⁷. Des juridictions allemandes ont toutefois précisé que, si la fusion d'une sentence avec un jugement ne prive pas la sentence de son caractère obligatoire en vertu de l'article V-1 e) aux fins de l'exécution à l'étranger, seule la sentence proprement dite, et non le jugement l'ayant incorporée, peut être exécutée en vertu de la Convention⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 e), par. 11.

⁹⁷⁵Albert Jan van den berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 346 à 348. Voir également Christoph Liebscher, "Article V(1)(e)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 356, et plus précisément p. 378, par. 413 et 414.

⁹⁷⁶*Brali c. Hyundai Corp.*, Supreme Court of New South Wales, Commercial Division (Australie), 17 octobre 1988.

⁹⁷⁷*Acheteur allemand (République fédérale d'Allemagne) c. Vendeur anglais*, Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 27 juillet 1978, IV Y.B. Com. Arb. (1979). Voir également *COSID Inc. c. Steel Authority of India Ltd.*, High Court de Delhi (Inde), 12 juillet 1985, XI Y.B. Com. Arb. (1986) (la juridiction a considéré que la fusion d'une sentence avec un jugement en vertu de l'article 26 de la loi anglaise sur l'arbitrage ne fait pas obstacle à l'exécution de la sentence en Inde).

⁹⁷⁸Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 1^{er} septembre 2009, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010).

B. Détermination de l'“autorité compétente” du pays “dans lequel, ou d'après la loi duquel”, la sentence a été rendue

20. En vertu de l'article V-1 e), une juridiction peut refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence si la partie contestant l'exécution fournit la preuve que la sentence a été annulée ou suspendue par une “autorité compétente” du “pays dans lequel”, ou “d'après la loi duquel”, la sentence a été rendue.

a) L'“autorité compétente”

21. L'article V-1 e) ne définit pas le terme “autorité compétente” mais il ne fait guère de doute que ce terme renvoie aux juridictions ayant compétence dans chaque pays pour suspendre ou annuler des sentences⁹⁷⁹. Une juridiction caïmanaise a également envisagé que, dans un pays donné, cette compétence puisse revenir à un tribunal spécial ou un “organe exécutif spécial de l'État”⁹⁸⁰.

b) Pays “dans lequel”, ou “d'après la loi duquel”, la sentence a été rendue

22. Le membre de phrase “dans lequel [...] la sentence a été rendue” s'entend du pays du lieu de l'arbitrage⁹⁸¹. Par exemple, dans une affaire où le lieu de l'arbitrage était Singapour, un tribunal de district des États-Unis a déclaré, en faisant référence à l'article V-1 e), que “Singapour était clairement le pays dans lequel la sentence avait été rendue”⁹⁸².

23. Bien que la Convention ne donne pas d'indication sur le sens de l'expression “d'après la loi duquel”, les juridictions ont, à de très rares exceptions près,

⁹⁷⁹*Resort Condominiums International Inc. c. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Supreme Court of Queensland (Australie), 29 octobre 1993, XX Y.B. Com. Arb. (1995) (la juridiction a estimé que le terme “autorité compétente” à l'article V-1 e) “renvoie à une juridiction étatique et non à l'arbitre”). Voir également les éléments et références mentionnés dans le chapitre du Guide consacré à l'article VI.

⁹⁸⁰*The Republic of Gabon c. Swiss Oil Corporation*, Grand Court (îles Caïmanes), 17 juin 1988, XIV Y.B. Com. Arb. (1989).

⁹⁸¹Nadia Darwazeh, “Article V(1)(e)”, dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 301, et plus précisément p. 319; Christoph Liebscher, “Article V(1)(e)”, dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 356, et plus précisément p. 374, par. 404.

⁹⁸²*Steel Corporation of the Philippines c. International Steel Services, Inc.*, District Court for the Western District of Pennsylvania (États-Unis d'Amérique), 31 juillet 2006, action civile n° 06-386. Voir également *International Trading and Industrial Investment Company c. Dyncorp Aerospace Technology*, District Court for the District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 21 janvier 2011, action civile n° 09-791 (RBW).

généralement rejeté les arguments selon lesquels cette expression renvoyait à la loi applicable quant au fond. Elles ont jugé qu'elle renvoyait plutôt au droit procédural régissant l'arbitrage, dans les rares cas où les parties avaient choisi, pour régir l'arbitrage, une loi différente de celle du lieu de l'arbitrage. Dans l'affaire *Steel Corporation of the Philippines c. International Steel Services*, un tribunal de district des États-Unis a jugé que l'expression "renvoie au cas théorique dans lequel, sur le fondement d'une convention des parties, la sentence serait régie par une loi sur l'arbitrage différente de celle du pays dans lequel la sentence a été rendue". En l'espèce, le lieu de l'arbitrage était Singapour, mais la clause compromissoire stipulait que "[l]a validité et l'exécution du contrat sont régies par le droit philippin". Le défendeur a fait valoir que la sentence avait été rendue en vertu du droit philippin et, puisqu'il avait déposé une requête pour faire annuler la sentence devant les tribunaux philippins, celle-ci ne devait pas être reconnue en vertu de l'article V-1 e). Le tribunal de district a considéré que "s'il est rare que les parties choisissent un droit procédural différent de celui du lieu de l'arbitrage, lorsqu'elles le font, leur choix doit être clair", ce qui, selon lui, n'était pas le cas en l'espèce⁹⁸³. De même, dans l'affaire *Karaha Bodas*, la Haute Cour de Hong Kong a déclaré que la référence à la loi d'après laquelle la sentence a été rendue "renvoie indubitablement à la loi qui a régi la procédure d'arbitrage, non aux règles juridiques de fond du contrat"⁹⁸⁴.

24. Contrairement à la solution présentée ci-dessus, la Cour suprême indienne avait considéré, dans d'anciennes décisions, que l'expression "d'après la loi duquel" pouvait désigner la loi applicable à la convention d'arbitrage ou au fond de l'affaire. Dans des décisions plus récentes, elle a toutefois revu cette jurisprudence. Dans l'affaire *Balco*, elle a jugé que l'expression "d'après la loi duquel" renvoyait au droit

⁹⁸³*Steel Corporation of the Philippines c. International Steel Services, Inc.*, District Court for the Western District of Pennsylvania (États-Unis d'Amérique), 31 juillet 2006, action civile n° 06-386, décision confirmée dans *Steel Corporation of the Philippines c. International Steel Services, Inc.*, Court of Appeals for the Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 19 novembre 2009, n° 08-1853 et 082568. Voir également *Coutinho Caro & Co. USA, Inc. c. Marcus Trading, Inc. and others*, District Court, District of Connecticut (États-Unis d'Amérique), 14 mars 2000, action civile n° 3:95cv2362, 3:96cv2218 et 3:96cv2219 (la juridiction a estimé que "l'expression 'd'après la loi duquel' la sentence était rendue renvoie au cas théorique dans lequel, sur le fondement d'une convention des parties, la sentence est régie par une loi d'arbitrage différente de celle du pays dans lequel la sentence a été rendue"); *International Standard Electric Corp. c. Bidas Sociedad Anónima Petrolera, Industrial y Comercial*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 24 août 1990, 90 Civ. 0720 (KC); *Belize Social Development Ltd. (Belize) c. Government of Belize*, Court of Appeals, D.C. Circuit (États-Unis d'Amérique), 13 janvier 2012, 10-7167 (la Cour a fait observer que l'expression "d'après la loi duquel" renvoie "au droit procédural régissant l'arbitrage, non aux règles juridiques de fond régissant la convention"); *M&C Corp. c. Erwin Behr GmbH & co.*, Court of Appeals, Sixth Circuit (États-Unis d'Amérique), 3 juillet 1996, 95-1390; *International Trading and Industrial Investment Company c. Dyncorp Aerospace Technology et al.*, 21 janvier 2011, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 09-791 (RBW); *Four Seasons Hotels and Resorts, B.V., et al. c. Consórcio Barr, S.A.*, District Court, Southern District of Florida, Miami Division (États-Unis d'Amérique), 4 juin 2003, 02-23249 (la juridiction a déclaré qu'une autorité compétente est "une juridiction du pays dont le droit procédural a été appliqué dans l'arbitrage", et non les règles juridiques de fond); *The Commercial Company for Investment c. Bell Rover Shipping Limited*, cour d'appel du Caire (Égypte), 19 mars 1997, 68/113.

⁹⁸⁴*Karaha Bodas Company LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara — Pertamina*, Court of First Instance, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Hong Kong), 27 mars 2003, [2003] HKCU 288.

procédural de l'arbitrage lorsqu'elle était différente de la loi du siège de l'arbitrage, et non aux règles juridiques de fond régissant le contrat conclu entre les parties⁹⁸⁵.

25. Les commentateurs de la Convention retiennent la même interprétation⁹⁸⁶.

26. En conséquence, dans la pratique, l'exécution d'une sentence ne peut être refusée en vertu de la Convention que si la sentence a été annulée ou suspendue par les juridictions compétentes du lieu de l'arbitrage ou, selon le cas, les juridictions compétentes du pays dont les parties ont choisi la loi pour leur arbitrage. Le fait que la sentence ait été annulée ou suspendue dans un autre pays ne saurait valablement fonder le refus de l'exécution. Par exemple, une juridiction des États-Unis d'Amérique a refusé de rejeter l'exécution d'une sentence au motif que les tribunaux béliziens avaient ordonné que l'exécution soit suspendue "dans tout pays autre que le Belize", alors que le lieu de l'arbitrage était l'Angleterre et le droit procédural applicable, le droit anglais⁹⁸⁷. Un certain nombre de juridictions considèrent que cette disposition équivaut en fait à conférer aux juges du lieu de

⁹⁸⁵*Bharat Aluminium Co. c. Kaiser Aluminium Technical Service Inc.*, Supreme Court (Inde), 6 septembre 2012, recours civil n° 7019 de 2005. La Cour suprême a ajouté que la position adoptée par les juges indiens dans le passé, selon laquelle les sentences étaient annulées par ces juges même lorsque le siège de l'arbitrage se trouvait à l'étranger, faisait fi de "l'esprit sous-tendant la Convention de New York, qui consacre un accord établi pour encourager le règlement amiable de litiges de commerce international complexes, épineux et souvent très délicats".

⁹⁸⁶Nadia Darwazeh, "Article V(1)(e)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento *et al.*, dir. publ., 2010), p. 301, et plus précisément p. 320 à 323; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 350; Christoph Liebscher, "Article V(1)(e)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 356, et plus précisément p. 376, par. 409.

⁹⁸⁷*Belize Social Development Ltd. (Belize) c. Government of Belize*, Court of Appeals, D.C. Circuit (États-Unis d'Amérique), 13 janvier 2012, 10-7167. Voir également *Continental Transfert Technique Limited c. Federal Government of Nigeria*, District Court for the District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 23 mars 2010, action civile n° 08-2026 (PLF) (dans une affaire où le siège de l'arbitrage se trouvait au Royaume-Uni, la juridiction a estimé qu'une ordonnance *ex parte* rendue par les juges nigériens en vue d'interdire temporairement au plaignant "de demander ou de continuer à demander la reconnaissance et l'exécution de la sentence définitive [...] en attendant l'audience et le jugement" ne peut valablement fonder le refus de l'exécution de la sentence en vertu de l'article V-1 e)).

l'arbitrage une compétence exclusive pour trancher des demandes d'annulation ou de suspension d'une sentence arbitrale⁹⁸⁸.

C. Sentence annulée ou suspendue

27. L'article V-1 e) autorise les juridictions nationales à refuser la reconnaissance ou l'exécution s'il est prouvé que la sentence a été annulée ou suspendue par les juridictions du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

28. Comme il a été dit dans le commentaire concernant le chapeau de l'article V, l'emploi du mot "may" dans la version anglaise du chapeau de l'article V-1 montre que les tribunaux nationaux ont la possibilité de refuser l'exécution d'une sentence en se fondant sur les motifs énumérés dans cet article, mais qu'ils n'y sont pas tenus⁹⁸⁹. En outre, comme il est expliqué dans le chapitre du Guide consacré à l'article VII, une juridiction étatique ne violera pas la Convention en exécutant une sentence arbitrale en vertu de dispositions plus favorables de sa loi nationale, conformément à l'article VII-1. En conséquence, un certain nombre de juridictions ont accepté d'exécuter des sentences suspendues ou annulées au siège de l'arbitrage, soit sur le fondement de l'emploi du terme "may" dans la version anglaise de

⁹⁸⁸ Selon la jurisprudence constante de la cour d'appel du Caire, par exemple dans l'affaire *Brothers for Import, Export and Supply Company (Égypte) c. Hano Acorporish (République de Corée)*, cour d'appel du Caire (Égypte), 2 juillet 2008, 23/125 (la Cour a déclaré que seules les juridictions du pays où la sentence a été rendue sont compétentes pour se prononcer sur les demandes d'annulation); *The Commercial Company for Investment c. Bell Rover Shipping Limited*, cour d'appel du Caire (Égypte), 19 mars 1997, 68/113 (la Cour a déclaré que seules les juridictions du pays où la sentence a été rendue sont compétentes pour se prononcer sur les demandes de suspension ou d'annulation d'une sentence arbitrale); *Cairo for Real Estate Company c. Abdel Rahman Hassan Sharbatly*, cour d'appel du Caire (Égypte), 26 février 2003, 23/119 (la Cour a déclaré que seules les juridictions du lieu de l'arbitrage ont compétence pour se prononcer sur les demandes d'annulation). Voir également *Karaha Bodas Co. (îles Caïmanes) c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonésie)*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 mars 2004, 02-20042, 03-20602. Voir en outre *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 110.

⁹⁸⁹ Voir l'introduction du chapitre du Guide consacré à l'article V-1. Voir également Nadia Darwazeh, "Article V(1)(e)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento *et al.*, dir. publ., 2010), p. 301, et plus précisément p. 307 à 309; Christoph Liebscher, "Article V(1)(e)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 356, et plus précisément p. 356, par. 351. Toutefois, certains auteurs s'interrogent sur cette interprétation en se fondant sur la version française du texte de la Convention. Voir à ce sujet Philippe Fouchard, "La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine", *Rev. Arb.* (1997), p. 344; Jan Paulsson, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)", 9(1) *ICC Bull.* (1998), p. 17.

l'article V-1, soit sur celui d'une disposition du droit interne plus favorable que l'article V-1 e), conformément à l'article VII-1⁹⁹⁰.

a) *Sentence annulée*

29. De l'avis d'un commentateur, les requêtes fondées sur l'annulation d'une sentence "sont rares et presque toujours infructueuses"⁹⁹¹. Dans un certain nombre d'affaires, les juridictions nationales ont rejeté ce motif de refus d'exécution en appliquant des lois nationales plus favorables à l'exécution que l'article V-1 e) de la Convention⁹⁹². Par ailleurs, la Convention n'oblige pas les juges à exécuter les sentences qui ont été annulées au lieu de l'arbitrage et, dans certaines affaires, des juridictions ont refusé l'exécution en vertu de l'article V-1 e) sur ce fondement⁹⁹³.

30. Dans des affaires où ce motif de refus d'exécution a été retenu, les juridictions ont jugé que la sentence devait avoir été effectivement annulée pour que l'exécution puisse être refusée, et que le simple déclenchement d'une procédure d'annulation ne constituait pas un motif valable⁹⁹⁴. Une juridiction russe a déclaré que le fait que la sentence ait été effectivement annulée suffisait à fonder le refus d'exécution;

⁹⁹⁰Voir, par exemple, *Société Barges Agro Industrie SA c. Société Young Pecan Company*, cour d'appel de Paris (France), 10 juin 2004, 2003/09894; *Chromalloy Aeroservices c. Arab Republic of Egypt*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 31 juillet 1996, 94-2339; *Nigerian National Petroleum Corporation c. IPCO (Nigeria) Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 21 octobre 2008, A3/2008/1037.PTA+(A); *Acheteur (Pologne) c. Vendeur (Pologne)*, Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 24 janvier 2003, 11 Sch 06/01, et voir les décisions citées dans le chapitre du Guide consacré à l'article VII-1.

⁹⁹¹Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 332.

⁹⁹²Voir en particulier la jurisprudence française: *Société Pabalk Ticaret Sirketi c. Société Anonyme Norsolor*, Cour de cassation (France), 83-11.355, 9 octobre 1984, Rev. Arb. (1985), p. 431; *Barges Agro Industrie S.A. c. Young Pecan Company*, cour d'appel de Paris (France), 10 juin 2004, Rev. Arb. (2006); *Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, cour d'appel de Paris (France), 31 mars 2005, Rev. Arb. (2006), p. 665, décision confirmée dans l'arrêt *Société PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding Société Moguntia Est Epice*, Cour de cassation (France), 05-18053, 29 juin 2007, Rev. Arb. (2007); *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubaï c. Société International Bechtel Co.*, cour d'appel de Paris (France), 29 septembre 2005, Rev. Arb. (2006); *Société S.A. Lesbats et Fils c. Volker le Docteur Grub*, cour d'appel de Paris (France), 18 janvier 2007, 05/10887.

⁹⁹³Voir en particulier la jurisprudence des tribunaux des États-Unis d'Amérique et d'Allemagne: *Baker Marine Ltd. c. Chevron Limited, Chevron Corp., Inc. and others c. Danos and Curole Marine Contractors, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 12 août 1999, 97-9615 et 97-9617 (la Cour a refusé d'exécuter une sentence au motif qu'elle avait été annulée par les juridictions du siège (Nigéria)); *TermoRio S.A. E.S.P. (Colombie) c. Electranta S.P. (Colombie)*, Court of Appeals, D.C. Circuit (États-Unis d'Amérique), 25 mai 2007, 06-7058 (la Cour a refusé d'exécuter une sentence annulée par les juridictions du siège (Colombie)); *Oberlandesgericht [OLG] de Rostock (Allemagne)*, 28 octobre 1999, 1 Sch 03/99 (le Tribunal a refusé l'exécution d'une sentence annulée au siège de l'arbitrage (Moscou)).

⁹⁹⁴Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 e), par. 12.

la question de savoir si la décision annulant la sentence était ou non susceptible d'appel n'entraînait pas en ligne de compte⁹⁹⁵.

b) Sentence suspendue

31. L'article V-1 e) de la Convention autorise également les parties à contester l'exécution d'une sentence si celle-ci a été "suspendue". La Convention ne donne pas d'indications sur la définition du terme "suspendue"; toutefois, à de très rares exceptions près⁹⁹⁶, la plupart des juridictions conviennent que ce terme renvoie à une suspension formelle découlant d'une décision de justice. Par exemple, le Tribunal fédéral suisse a estimé que cette norme couvre l'hypothèse selon laquelle une autorité, "observant qu'un vice est susceptible d'affecter la sentence, fait obstacle à son exécution jusqu'à ce que la question soit tranchée au fond par le juge saisi de la demande d'annulation". En l'espèce, il a conclu qu'une décision judiciaire rejetant la demande de mise en liquidation du défendeur ne remettait pas en question la validité de la sentence ni ne suspendait formellement son exécution⁹⁹⁷.

32. De même, il est entendu que la suspension automatique découlant de l'introduction d'une demande d'annulation de la sentence auprès d'une juridiction du pays d'origine ne satisfait pas aux conditions de l'article V-1 e). Comme l'ont noté certains commentateurs, si le terme "suspension" devait faire référence à la suspension automatique d'une sentence dans le pays d'origine pendant une procédure d'annulation, cela irait à l'encontre de l'ensemble du mécanisme de la Convention, dans la mesure où il suffirait à la partie contestant l'exécution d'introduire une demande d'annulation de la sentence au lieu de l'arbitrage pour que l'exécution de la sentence soit refusée en tous lieux⁹⁹⁸. En Suisse, par exemple, une partie a contesté l'exécution en vertu de l'article V-1 e) au motif que l'introduction de la demande d'annulation auprès des juridictions du lieu de l'arbitrage en France suspendait automatiquement les effets de la sentence. Le Tribunal fédéral suisse a jugé que la bonne interprétation de la Convention veut que la suspension de la sentence dans

⁹⁹⁵Ciments français (France) c. OAO Holding Company Siberian Cement (Fédération de Russie), OOO Financial Industrial Association Sibconcord (Fédération de Russie), Istanbul Çimento Yatırımları (Turquie), cour fédérale d'arbitrage du district de Sibérie occidentale (Fédération de Russie), 5 décembre 2011, A27-781/2011.

⁹⁹⁶Voir, par exemple, *Creighton Limited c. The Government of the State of Qatar (Ministry of Public Works)*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 22 mars 1995, 94-1035 RMU, XXI Y.B. Com. Arb. (1996) (la juridiction a refusé d'exécuter une sentence au motif que l'introduction d'une procédure d'annulation en France avait pour effet de suspendre automatiquement la sentence).

⁹⁹⁷Tribunal fédéral (Suisse), 21 mars 2000, 5P.371/1999.

⁹⁹⁸Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 352. Voir également Nadia Darwazah, "Article V(1)(e)", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 301, et plus précisément p. 341 et 342; Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 980 et 981, par. 1690; Christoph Liebscher, "Article V(1)(e)", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolf, dir. publ., 2012), p. 356, et plus précisément p. 372, par. 395 et 396.

l'État d'origine constitue un motif d'opposition uniquement si elle repose sur une décision de justice, et non pas si elle découle simplement de plein droit du recours ouvert contre la sentence⁹⁹⁹. Dans l'affaire *AB Götaverken*, la Cour suprême suédoise a confirmé que la référence à une sentence "suspendue" faite à l'article V-1 e) renvoie à "une situation dans laquelle, à l'issue d'un examen approfondi de la question, l'autorité étrangère ordonne l'annulation d'une sentence obligatoire et exécutoire ou la suspension de son exécution". En conséquence, elle a rejeté l'argument du défendeur selon lequel l'exécution devait être refusée au motif qu'un recours en annulation avait été introduit en France, pays dans lequel la sentence avait été rendue¹⁰⁰⁰. Le même principe a conduit une juridiction des États-Unis d'Amérique à refuser l'exécution d'une sentence. Après avoir confirmé que "l'article V-1 e) de la Convention exige une suspension de la sentence décidée par une 'autorité compétente', et non pas un simple effet suspensif *ex lege*", elle a estimé qu'en l'espèce la suspension ordonnée par les juges argentins n'était pas à proprement parler une suspension "automatique" découlant de l'introduction d'une procédure d'annulation ni une formalité "prédéterminée" et, sur ce fondement, elle a rejeté la demande d'exécution de la sentence¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹*Société X SA c. Fédération Y, Tribunal fédéral (Suisse)*, 9 décembre 2008, 4A_403/2008.

¹⁰⁰⁰*AB Götaverken c. General National Maritime Transport Company (GNMTC), Libye et autres*, Cour suprême (Suède), 13 août 1979, SO 1462. Voir également *The Republic of Gabon c. Swiss Oil Corporation*, Grand Court (îles Caïmanes), 17 juin 1988, XIV Y.B. Com. Arb. (1989) (la juridiction a estimé que la suspension automatique des effets de la sentence découlant de l'introduction d'un recours en annulation conformément au droit français ne signifie pas qu'"une autorité compétente [agit] délibérément pour suspendre la [sentence]", et ne peut donc fonder un refus d'exécution en vertu de l'article V-1 e)); *S.A. Recam Sonofadex c. S.N.C. Cantieri Rizzardi de Gianfranco Rizzardi*, cour d'appel d'Orléans (France), 5 octobre 2000 (la cour a déclaré que l'effet suspensif découlant de l'introduction d'une procédure d'annulation au siège de l'arbitrage, à savoir l'Italie, ne peut être assimilé à une suspension effective telle qu'exigée par l'article V-1 e) et ne peut servir de fondement valable pour rejeter la reconnaissance et l'exécution d'une sentence).

¹⁰⁰¹*EDF International S.A. c. YPF S.A.*, District Court for the District of Delaware (États-Unis d'Amérique), 20 novembre 2008, action civile n° 08-167-JJF.

Article V-2 a)

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

[...]

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article V-2 a) tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.2, annexe I; E/2822/Add.5, annexe; E/CONF.26/3/Add.1;
- Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: Note du Secrétaire général: E/CONF.26/2.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.17; E/CONF.26/L.32;
- Comparaison des divers textes proposés pour les articles III, IV et V: E/CONF.26/L.33/Rev.1;

- Amendements supplémentaires au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.38;
- Texte proposé par le Groupe de travail n° 3 pour les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.43;
- Texte des articles III, IV et V de la Convention adopté par la Conférence à sa 17^e séance: E/CONF.26/L.48;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 11^e, 13^e, 14^e, 17^e et 21^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.17; E/CONF.26/SR.21;
- Comptes rendus analytiques des 5^e et 7^e séances du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.5; E/AC.42/SR.7.

Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales:

- L'exécution des sentences arbitrales internationales: Exposé présenté par la Chambre de commerce internationale, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif dans la catégorie A: E/C.2/373;
- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/4.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. L'article V-2 a) de la Convention de New York autorise les juridictions d'un État contractant à refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence si elles constatent que, d'après la loi du pays où cette reconnaissance et exécution sont demandées, l'objet du litige qui a conduit au prononcé de ladite sentence n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage.

2. L'alinéa b) de l'article premier de la Convention de Genève de 1927 subordonnait la reconnaissance et l'exécution à l'obligation de prouver que l'objet de la sentence était, d'après la loi du pays où celle-ci était invoquée, susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage¹⁰⁰². En revanche, l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V de la Convention de New York dispose simplement que la reconnaissance et l'exécution "peuvent" être refusées si l'objet du litige n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage. En s'écartant ainsi du libellé de la Convention de Genève de 1927, cet alinéa a) témoigne du souci qui anime la Convention de New York de favoriser l'exécution des sentences.

3. Au paragraphe 1 de son article II, la Convention de New York mentionne également la question de savoir si l'objet d'un litige est "susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage" en rapport avec la reconnaissance de la convention d'arbitrage¹⁰⁰³. Comme le notent les commentateurs, l'expression "susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage", employée au paragraphe 1 de l'article II et à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V, doit recevoir la même interprétation¹⁰⁰⁴.

4. Le motif de refus prévu à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V peut être soulevé d'office par une juridiction nationale¹⁰⁰⁵. Cependant, certaines juridictions considèrent qu'il incombe en définitive à la partie opposée à la reconnaissance et

¹⁰⁰²L'alinéa b) de l'article premier de la Convention de Genève de 1927 parle de "l'objet de la sentence" qui est "susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage". La Convention de New York parle quant à elle de "l'objet du différend", changement de formulation qui n'a suscité aucune objection ni aucune discussion.

¹⁰⁰³Aux termes du paragraphe 1 de l'article II, les juridictions des États contractants reconnaissent la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les "différents" au sujet d'un rapport de droit portant sur une question susceptible "d'être réglée par voie d'arbitrage". Voir le chapitre du Guide consacré à l'article II.

¹⁰⁰⁴Jan Paulsson, "Arbitrability, Still Through a Glass Darkly", dans *Arbitration in the Next Decade* (Pub. CCI n° 612E (1999)), p. 95, et plus précisément p. 96; Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 359; David Quinke, "Article V(2)(a)", dans *The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 380, et plus précisément p. 383, par. 427. Le présent chapitre s'intéresse aux décisions des juridictions nationales qui analysent le motif de refus prévu à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V. Pour les décisions interprétant l'expression "susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage" dans le cadre du paragraphe 1 de l'article II, on se reportera au chapitre du Guide consacré à cet article.

¹⁰⁰⁵Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 983, par. 1693; Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 359.

à l'exécution de la sentence de prouver que l'objet du litige sous-jacent n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage¹⁰⁰⁶.

5. Durant les délibérations sur l'alinéa a), la délégation française a exprimé la crainte que ce dernier n'autorise le juge à appliquer la loi interne pour justifier le refus de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale étrangère¹⁰⁰⁷. La pratique des juridictions des États contractants a permis de dissiper cette crainte. La question de savoir si l'objet du différend qui se trouve à l'origine de la sentence arbitrale est susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage n'a été soulevée que dans un nombre relativement limité d'affaires. Les juridictions n'ont exercé leur pouvoir d'appréciation pour refuser la reconnaissance et l'exécution au titre de l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V que dans un tout petit nombre de causes.

Analyse

A. Concept

6. L'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V de la Convention dispose qu'une juridiction nationale "peut" refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale si "l'objet du différend" n'est pas "susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage". La Convention ne définit pas les expressions "objet du différend" ni "susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage". Les travaux préparatoires de la Convention ne traitent pas du libellé de cet alinéa.

7. De l'avis général, l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V autorise les juridictions nationales à refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale lorsque le recours à l'arbitrage pour régler l'objet du litige sous-jacent se heurte à un obstacle juridique, en d'autres termes lorsque le litige sous-jacent n'est pas "arbitrable"¹⁰⁰⁸. Dans le contexte de l'alinéa a), l'arbitrabilité renvoie à la question de savoir si l'objet du litige peut être réglé dans le cadre d'une procédure arbitrale ou

¹⁰⁰⁶Partie italienne c. Société suisse, cour d'appel de Zurich (Suisse), 17 juillet 2003, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 819; Société anglaise X c. Société espagnole Y, Tribunal suprême (Espagne), 10 février 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 493.

¹⁰⁰⁷Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 11^e séance, E/CONF.26/SR.11, p. 7.

¹⁰⁰⁸Voir Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 948; W. Laurence Craig, William W. Park et Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration* (2000), p. 60. Pendant la rédaction de la Convention, la Société de législation comparée a proposé de remplacer les mots "non susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage" par l'expression "n'est pas arbitrable". Cette proposition n'a pas été examinée plus avant et n'a pas été retenue non plus par le Comité de rédaction. Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, annexe II, Observations générales, E/2822, p. 24.

s'il ne peut être réglé que dans le cadre d'une procédure judiciaire¹⁰⁰⁹. La notion d'arbitrabilité ne doit pas être interprétée comme renvoyant à la question de savoir si le litige relève du champ d'application de la convention d'arbitrage¹⁰¹⁰.

8. L'«arbitrabilité» n'est pas un concept propre à la Convention de New York. Elle s'inscrit dans un ensemble plus large d'outils, tels que les règles impératives du for, qui l'emportent sur l'autonomie de la volonté des parties et qui permettent à une juridiction nationale de protéger les intérêts fondamentaux de l'ordre juridique auquel elle appartient.

9. Les rédacteurs de la Convention ont rejeté la proposition de suppression de l'alinéa a) présentée par la délégation française, laquelle estimait que celui-ci accordait beaucoup trop d'importance sur le plan international à des règles n'ayant de valeur que sur le plan interne et qu'il suffisait que la sentence satisfasse à l'ordre public international comme l'exigeait la disposition qui est devenue depuis l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article V¹⁰¹¹. Au lieu de cela, le texte final de la Convention a suivi la même approche que la Convention de Genève de 1927, qui traitait séparément l'exception d'ordre public (article 1 e)) et l'exception d'arbitrabilité (article 1 b)), et il a donc conservé les alinéas a) et b) en tant que motifs de refus distincts.

10. Par ailleurs, le motif de refus prévu à l'alinéa a) et celui prévu à l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article V peuvent se recouvrir dans certains cas, mais pas dans d'autres. Par exemple, certaines questions relevant du droit de la famille qui touchent également à des aspects financiers, comme le règlement d'accords

¹⁰⁰⁹W. Laurence Craig, William W. Park et Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration* (2000), p. 60; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 944, note 3; Albert Jan van den Berg, "Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) — XXVII (2002)", XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 666, par. 519; *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 112.

¹⁰¹⁰Voir, en particulier, la terminologie employée par la Cour suprême des États-Unis dans la cause *First Options of Chicago, Inc. c. Manuel Kaplan, et ux. and MK Investments, Inc.*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 22 mai 1995, 514 United States 938. Cette interprétation plus large de la notion d'arbitrabilité n'a généralement pas cours dans la pratique internationale; voir, par exemple, dans le contexte de la négociation de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Howard M. Holtzmann et Joseph E. Neuhaus, *A Guide To The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration — Legislative History and Commentary* (1989), p. 135 et suiv.

¹⁰¹¹Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 11^e séance, E/CONF.26/SR.11, p. 7. Une proposition soumise ensuite par la France, les Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne envisageait également la suppression de la disposition qui constitue aujourd'hui l'alinéa a). Voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 14^e séance, E/CONF.26/SR.14, p. 2. La délégation grecque a proposé de reformuler la disposition "de manière à refuser la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères rien que si elles sont contraires à l'ordre public". Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements relatives au projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, annexe I, Observations générales, E/2822/Add.2, p. 2.

financiers entre époux, ne peuvent être soumises à l'arbitrage dans certains États¹⁰¹², alors qu'elles peuvent l'être dans d'autres¹⁰¹³ sans pour autant relever du concept d'ordre public international.

11. Conformément au choix opéré par les rédacteurs de la Convention de New York d'établir une distinction entre l'arbitrabilité et l'ordre public, les juridictions des États contractants ont invariablement traité les deux motifs de refus prévus à l'alinéa a) et à l'alinéa b) de manière séparée, sans se demander s'ils renvoyaient au même concept¹⁰¹⁴.

12. Il a été estimé que l'inarbitrabilité d'une question particulière au regard d'une loi nationale ne devrait pas nécessairement signifier que la sentence prononcée à son sujet ne sera pas susceptible d'exécution en vertu de la Convention de New York. Dans la cause *Parsons*, une cour d'appel américaine a jugé que "les considérations et principes particuliers" qui sous-tendent l'arbitrage international "peuvent fort bien appeler une interprétation plus étroite de l'inarbitrabilité dans le contexte international que dans le contexte national"¹⁰¹⁵. Un certain nombre de commentateurs estiment eux aussi que, en raison de son approche favorable à

¹⁰¹²Voir, par exemple, l'article 806 du Code de procédure civile italien, qui autorise les parties à opter pour l'arbitrage excepté lorsque les litiges concernent notamment "les questions de statut personnel et de séparation entre époux". De même, l'article 2060 du Code civil français dispose qu'"[o]n ne peut compromettre sur [les questions] relatives au divorce et à la séparation de corps". Bien que ce texte ne s'applique pas à l'arbitrage international, il révèle l'importance que le législateur français accorde à ces questions.

¹⁰¹³Voir, par exemple, l'article 177 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé, lequel dispose que "[t]oute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage". En d'autres termes, tout litige susceptible d'évaluation pécuniaire peut être réglé par un arbitrage.

¹⁰¹⁴Voir, par exemple, *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969, 975; *Angel c. Bernardo Alfágeme, S.A.*, Tribunal suprême, chambre civile, 1^{re} section (Espagne), 20 mars 2001, XXXI Y.B Com. Arb. (2006), p. 821; *Hemofarm DD, MAG International Trade Holding DD, Suram Media Ltd. c. Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 2 juin 2008, Min Si Ta Zi n° 11; *Javor c. Francoeur*, Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada), 6 mars 2003, BCSC 2003 350; *Bobbie Brooks Inc. c. Lanificio Walter Banci s.a.s.*, cour d'appel de Florence (Italie), 8 octobre 1977, IV Y.B Com. Arb. (1979), p. 289; *KM c. JSC*, Cour suprême (Lituanie), 21 février 2011, XXXVIII Y.B Com. Arb. (2013), p. 414; *Drummond Ltd. c. Ferrovías en Liquidación, Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A. (FENOCO)*, Cour suprême de justice (Colombie), 19 décembre 2011, 11001-0203-000-2008-01760-00.

¹⁰¹⁵*Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969, 975. La cour d'appel a estimé qu'aucun intérêt national particulier plaidant en faveur du règlement par voie judiciaire plutôt que par voie arbitrale d'un litige lié à une contravention au contrat ne justifiait une décision de refuser, sur le fondement de l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V, de reconnaître et d'exécuter la sentence arbitrale rendue en rapport avec ce litige. Elle a également estimé qu'il n'était pas nécessaire d'établir de distinction entre arbitrabilité nationale et arbitrabilité internationale pour ce qui concerne la sentence. Dans un contexte différent, des juridictions américaines ont également confirmé que des litiges ayant trait à des questions relevant de la législation antitrust américaine, questions qui sont normalement soumises à la compétence des juridictions internes, sont susceptibles d'être réglés par voie d'arbitrage au sens de l'article II de la Convention. Voir, par exemple, *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 20 décembre 1983, 473 United States 614, XI Y.B Com. Arb. (1986), p. 555. Dans cette affaire, la Cour suprême a affirmé qu'il est "nécessaire pour les juridictions internes de subordonner la conception nationale de l'arbitrabilité à la politique internationale favorable à l'arbitrage commercial".

l'exécution des sentences, la Convention exige des juridictions nationales qu'elles appliquent une notion internationale, plutôt que nationale, de l'arbitrabilité de l'objet du litige¹⁰¹⁶.

B. Application

13. L'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V dispose qu'une juridiction nationale peut refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence lorsque l'objet du litige à l'origine de ladite sentence n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage.

14. La Convention ne mentionne pas les types de questions susceptibles d'être réglées par voie d'arbitrage. Tel qu'il est libellé, l'alinéa a) invite expressément la juridiction chargée de l'exécution à déterminer si l'objet du litige peut être réglé par une procédure arbitrale conformément à la "loi du pays" où la reconnaissance et l'exécution sont requises. Se conformant à ce libellé, les juridictions des États contractants ont systématiquement appliqué la loi de leur pays, et non la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ni d'autres lois, pour déterminer si un litige pouvait être réglé par arbitrage¹⁰¹⁷.

15. Les juridictions qui ont été amenées à appliquer l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V ont adopté différentes approches pour déterminer quels litiges étaient arbitrables conformément à la législation de leur pays. Par exemple, pour déterminer si le litige découlant d'un contrat entre un joueur de basket-ball et un club local pouvait être réglé par une procédure arbitrale, la Cour suprême lituanienne a examiné si ce litige relevait du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 11 de la loi sur l'arbitrage commercial de la République de Lituanie, lequel prévoit que certains litiges, notamment les conflits du travail, ne peuvent être soumis à

¹⁰¹⁶Fouchard Gaillard *Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 995, par. 1707; W. Laurence Craig, William W. Park et Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration* (2000), p. 62 et 63; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2014), p. 3697 et 3698; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 152 et 153; *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 113; David Quinke, "Article V(2)(a)", dans *The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 380, et plus précisément p. 388 et 389, par. 438 à 440.

¹⁰¹⁷Voir, par exemple, *Société O.A.O. NPO Saturn c. Société Unimpex Entreprises*, cour d'appel de Paris (France), octobre 2009, 07/17049; *Masse de l'insolvabilité de Kommandiittiyhtiö Finexim O. Ivanoff (Finexim) c. Ferromet Aussenhandelsunternehmen*, Cour suprême (Finlande), 27 février 1989, S88/310; *ED & F Man (Hong Kong) Co., Ltd. c. China National Sugar & Wines Group Corp.*, Cour populaire suprême (Chine), 1^{er} juillet 2003, Min Si Ta Zi n° 3; *Aloe Vera of America, Inc. c. Asianic Food (S) Pte Ltd. and Another*, Supreme Court, High Court de Singapour, 10 mai 2006, OS 762/2004, RA 327/2005, XXXII Y.B Com. Arb. (2007), p. 489; *Entreprise de construction Z c. État X, Kammergericht [KG] de Berlin (Allemagne)*, 11 juin 2009, 20 Sch 4/07.

l'arbitrage¹⁰¹⁸. Les juridictions d'autres pays ont appliqué cet alinéa en se reportant à des dispositions similaires de la législation nationale¹⁰¹⁹.

16. Les juridictions des États contractants dont la loi ne détermine pas expressément quels litiges sont arbitrables ont adopté une approche différente. Dans l'une des affaires dont il est rendu compte ici, la Cour suprême de Singapour a été amenée à se prononcer sur l'arbitrabilité du litige sous-jacent, dans lequel il fallait déterminer si une personne était l'"alter ego d'une société", en examinant si ledit litige comportait un élément d'intérêt général. Concluant que tel n'était pas le cas, la Cour suprême a rejeté l'appel interjeté contre la décision d'*exequatur* qui avait été prononcée par une juridiction inférieure¹⁰²⁰.

17. Aux États-Unis, des juridictions ont examiné des recours en refus de reconnaissance et d'exécution formés sur le fondement de l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V en se référant à l'intention tacite qui animait le législateur au moment de l'adhésion du pays à la Convention de New York, à savoir promouvoir le recours à l'arbitrage international¹⁰²¹.

18. Indépendamment de l'approche retenue, les juridictions des États contractants ont appliqué l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V en fixant très peu de limites aux types de litiges susceptibles d'être réglés par voie d'arbitrage. Ce choix s'explique par une tendance à ne réserver qu'une catégorie limitée de litiges à la compétence exclusive des juridictions nationales et par la confiance accrue que l'arbitrage inspire à la plupart des juridictions. Pour reprendre les mots d'une juridiction américaine, "l'exception d'inarbitrabilité du litige a reçu une interprétation

¹⁰¹⁸*KM c. JSC*, Cour suprême (Lituanie), 21 février 2011, XXXVIII Y.B. Com. Arb. (2013), p. 414.

¹⁰¹⁹Voir, par exemple, *Quaglia c. Daros*, tribunal de Gênes (Italie), 30 avril 1980. Dans cette décision, le Tribunal s'est référé à l'article 806 du Code de procédure civile italien, lequel prévoit que les parties peuvent soumettre leurs litiges à l'arbitrage, à l'exception des litiges qui concernent des questions de statut personnel et de séparation entre époux ainsi que des conflits du travail et des litiges liés à la sécurité sociale; *Hemofarm DD, MAG International Trade Holding DD, Suram Media Ltd. c. Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 2 juin 2008, Min Si Ta Zi n° 11, mentionnant l'article 2 de la loi chinoise sur l'arbitrage, qui dispose que seuls peuvent être soumis à l'arbitrage les litiges entre citoyens, personnes morales et autres organisations concernant des questions contractuelles et commerciales.

¹⁰²⁰*Aloe Vera of America, Inc. c. Asianic Food (S) Pte Ltd. and Another*, Supreme Court, High Court de Singapour, 10 mai 2006, OS 762/2004, RA 327/2005, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 489.

¹⁰²¹*Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 20 décembre 1983, 473 United States 614, XI Y.B. Com. Arb. (1986), p. 555; *McDermott International Inc. c. Underwriters at Lloyd's*, District Court, E.D. Louisiana (États-Unis d'Amérique), 29 mai 1996, Civ.A. n° 91-841; *Saudi Iron And Steel Co. c. Stencor USA Inc.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 17 octobre 1997, 97 CIV. 5976 (DLC), XXIII Y.B. 1082 Com. Arb. (1998); *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969, 975; *Shaheen Natural Resources Company Inc. c. Société nationale pour la recherche, la production, le transport et la commercialisation des hydrocarbures*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 585 F. Supp. 57; Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 novembre 1983, 733 F. Supp. 2d 260, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 540; *VRG Linhas Aereas S.A. c. Matlin Patterson Global Opportunities Partners II L.P.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), Docket n° 12-593-cv, 3 juin 2013.

restrictive qui est motivée par la ferme volonté des juges d'encourager le recours à l'arbitrage"¹⁰²².

19. Les types de litiges qui ont été analysés dans les quelques décisions judiciaires dont on dispose sur l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V peuvent être subdivisés en deux grandes catégories: d'une part, les litiges qui portent sur des questions commerciales et, d'autre part, les litiges sur des questions non commerciales que les juridictions ont, dans des cas exceptionnels, considérés comme non susceptibles d'être réglés par arbitrage au regard de la loi nationale.

a) *Litiges commerciaux*

20. Les juridictions des États contractants s'accordent généralement à reconnaître que tout litige dont l'objet revêt un caractère commercial est susceptible d'être réglé par une procédure arbitrale et que l'exécution de la sentence arbitrale découlant d'un litige commercial ne saurait être refusée au titre de l'article V-2 a).

21. Des juridictions en Allemagne¹⁰²³, en Suisse¹⁰²⁴, en Italie¹⁰²⁵, en Espagne¹⁰²⁶, en Colombie¹⁰²⁷, aux États-Unis¹⁰²⁸ et à Singapour¹⁰²⁹ ont estimé expressément que l'exécution d'une sentence arbitrale prononcée en rapport avec un litige d'origine commerciale ne saurait être refusée sur le fondement de cet article.

¹⁰²²*Saudi Iron And Steel Co. c. Stencor USA Inc.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 16 octobre 1997, n° 97 CIV. 5976 (DLC), XXIII Y.B. 1082 Com. Arb. (1998).

¹⁰²³*Oberlandesgericht [OLG] de Hamm (Allemagne)*, 2 novembre 1983, 20 U 57/83; *Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne)*, 23 février 2007, 34 Sch 31/06.

¹⁰²⁴*Partie italienne c. Société suisse*, tribunal supérieur de Zurich (Suisse), 17 juillet 2003, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 819.

¹⁰²⁵*Società La Naviera Grancebaco S.A. c. Ditta Italgrani*, tribunal de Naples (Italie), 30 juin 1976, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 277; *Renault Jacquinet c. Sicea*, cour d'appel de Milan (Italie), 3 mai 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 284; *Bobbie Brooks Inc. c. Lanificio Walter Banci s.a.s.*, cour d'appel de Florence (Italie), 8 octobre 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 289; *Efxinos Shipping Co. Ltd. c. Rawi Shipping Lines Ltd.*, cour d'appel de Gênes (Italie), 2 mai 1980, VIII Y.B. Com. Arb. (1983), p. 381.

¹⁰²⁶*Société anglaise X c. Société espagnole Y*, Tribunal suprême (Espagne), 10 février 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 493; *Thyssen Haniel Logistic International GmbH c. Barna Consignataria SL*, Tribunal suprême (Espagne), 14 juillet 1998, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001), p. 851; *Angel c. Bernardo Alfigeme, S.A.*, Tribunal suprême, chambre civile, 1^{re} section (Espagne), 20 mars 2001, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 821.

¹⁰²⁷*Sunward Overseas SA c. Servicios Marítimos Limitada Semar (Ltda.)*, Cour suprême de justice (Colombie), 20 novembre 1992, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 651; *Drummond Ltd. c. Ferrovías en Liquidación, Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A. (FENOCO)*, Cour suprême de justice (Colombie), 19 décembre 2011, 11001-0203-000-2008-01760-00.

¹⁰²⁸*Seven Seas Shipping Ltd. c. Tondo Limitada*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 25 juin 1999, 99 CIV. 1164 (DLC), XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641; *Stellar Lines, S.A. c. Euroleader Shipping and Trading Corp.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 16 août 1999, 99 CIV. 4073 (DLC), XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641.

¹⁰²⁹*Aloe Vera of America, Inc. c. Asianic Food (S) Pte Ltd. and Another*, Supreme Court, High Court de Singapour, 10 mai 2006, OS 762/2004, RA 327/2005, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 489.

22. Les griefs tirés d'une contravention au contrat sont les exemples les plus fréquemment cités de litiges que les juridictions considèrent comme revêtant un caractère commercial et, donc, comme étant susceptibles de règlement par voie arbitrale. Par exemple, une cour d'appel italienne a estimé qu'un litige se rapportant à un problème de qualité du produit en cause pouvait être réglé par voie d'arbitrage¹⁰³⁰. Des juridictions en Espagne¹⁰³¹ et en Chine¹⁰³² sont parvenues à des conclusions similaires lorsqu'elles ont eu à trancher des demandes en exécution de sentences arbitrales prononcées dans le cadre de litiges ayant trait à des contrats de vente de marchandises.

23. Des juridictions ont estimé que d'autres types de litiges contractuels pouvaient être réglés par une procédure arbitrale. Ainsi, la Cour suprême colombienne a jugé qu'un litige concernant l'exécution d'un contrat de transport de charbon pouvait être soumis à l'arbitrage¹⁰³³. Des juridictions aux États-Unis¹⁰³⁴, en Colombie¹⁰³⁵, en Italie¹⁰³⁶ et en Espagne¹⁰³⁷ ont elles aussi systématiquement considéré que des litiges découlant de chartes-parties pouvaient être soumis à une procédure arbitrale au sens de l'article V-2 a).

24. Dans une autre affaire, une juridiction suisse a considéré que la sentence rendue dans le cadre d'un litige d'ordre pécuniaire découlant d'un accord de licence pouvait être soumis à l'arbitrage conformément à la législation suisse et a jugé que l'exécution ne saurait être refusée au titre de l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V¹⁰³⁸. Les litiges nés de contrats de service ont également été considérés

¹⁰³⁰*Renault Jacquinet c. Sicea*, cour d'appel de Milan, (Sez. I) (Italie), 3 mai 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 284. Voir aussi *Bobbie Brooks Inc. c. Lanificio Walter Banci s.a.s.*, cour d'appel de Florence (Italie), 8 octobre 1977, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 289.

¹⁰³¹*Angel c. Bernardo Alfageme, S.A.*, Tribunal suprême, chambre civile, 1^{re} section (Espagne), 20 mars 2001, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 821.

¹⁰³²*Société anglaise X c. Société espagnole Y*, Tribunal suprême (Espagne), 10 février 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 493; *ED & F Man (Hong Kong) Co., Ltd. c. China National Sugar & Wines Group Corp.*, Cour suprême populaire (Chine), 1^{er} juillet 2003, Min Si Ta Zi n° 3.

¹⁰³³*Drummond Ltd. c. Ferrovias en Liquidación, Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A. (FENOCO)*, Cour suprême de justice (Colombie), 19 décembre 2011, 11001-0203-000-2008-01760-00.

¹⁰³⁴*Seven Seas Shipping Ltd. c. Tondo Limitada*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 25 juin 1999, 99 CIV. 1164 (DLC), XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641; *Stellar Lines, S.A. c. Euroleader Shipping and Trading Corp.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 16 août 1999, 99 CIV. 4073 (DLC), XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641.

¹⁰³⁵*Sunward Overseas SA c. Servicios Marítimos Limitada Semar (Ltda.)*, Cour suprême de justice (Colombie), 20 novembre 1992, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 651.

¹⁰³⁶*Società La Naviera Grancebaco S.A. c. Ditta Italgrani*, tribunal de Naples (Italie), 30 juin 1976, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 277; *Efxinos Shipping Co. Ltd. c. Rawi Shipping Lines Ltd.*, cour d'appel de Gênes (Italie), 2 mai 1980, VIII Y.B. Com. Arb. (1983), p. 381.

¹⁰³⁷*Thyssen Haniel Logistic International GmbH c. Barna Consignataria SL*, Tribunal suprême (Espagne), 14 juillet 1998, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001), p. 851.

¹⁰³⁸*Partie italienne c. Société suisse*, tribunal supérieur de Zurich (Suisse), 17 juillet 2003, XXIX Y.B. Com. Arb. (2004), p. 819.

comme revêtant un caractère commercial et, partant, comme étant susceptibles de règlement par voie d'arbitrage au sens de cet alinéa¹⁰³⁹.

b) Litiges non commerciaux

25. Différentes catégories de litiges non commerciaux ont été analysées dans la jurisprudence qui se rapporte à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V. Comme il a été mentionné plus haut, le libellé de cet alinéa invite les juridictions nationales à déterminer l'arbitrabilité d'un litige particulier en se référant à la législation de leur pays.

26. En ce qui concerne les conflits du travail, la législation de certains États autorise le recours à l'arbitrage pour ce type de différends, tandis que la législation d'autres États l'interdit¹⁰⁴⁰. Dans la seule décision fondée sur l'article V-2 a) qui concerne un différend relatif à la législation du travail¹⁰⁴¹, la Cour suprême lituanienne a infirmé le jugement d'une juridiction inférieure qui avait refusé de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale réglant un litige, auquel était partie un club sportif local, au motif qu'il s'agissait d'un litige en matière d'emploi non susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage au regard du droit lituanien. Dans son raisonnement, la Cour suprême a estimé que les accords dans le domaine du sport professionnel reposaient sur le principe de la liberté contractuelle et que, dès lors, rien n'empêchait de soumettre les litiges découlant de tels contrats à la procédure arbitrale¹⁰⁴².

27. On ne dispose à l'heure actuelle d'aucune décision judiciaire dans laquelle le juge aurait analysé s'il convient de refuser, sur le fondement de l'article V-2 a), la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale qui tranche une question

¹⁰³⁹Voir, par exemple, *Parsons & Whittemore Overseas Co. c. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969, 975; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 23 février 2007, 34 Sch 31/06.

¹⁰⁴⁰Par exemple, le législateur américain est favorable au recours à l'arbitrage dans de nombreux types de conflits du travail. Voir l'article premier de la loi fédérale sur l'arbitrage des États-Unis, qui exclut du champ d'application de cette dernière les accords issus d'un nombre limité de relations du travail seulement, dont "les contrats de travail des gens de mer, des employés du transport ferroviaire ou de toute autre catégorie de travailleurs employés dans le commerce extérieur ou interétatique". La Suisse fait elle aussi preuve de souplesse concernant le recours à l'arbitrage pour les conflits du travail. Voir Alexandra Johnson, Isabelle Wildhaber, "Arbitrating Labor Disputes in Switzerland", 27(6) *J. Int'l Arb.* (2010), p. 631 à 655. Dans d'autres pays, comme l'Allemagne, une convention d'arbitrage entre un employeur et un employé concernant un contrat de travail est nulle et non avenue. Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Comparative Law Of International Arbitration* (2007), p. 313.

¹⁰⁴¹La question de l'arbitrabilité des conflits du travail se pose plus souvent avant le prononcé de la sentence. Voir le chapitre du Guide consacré à l'article II.

¹⁰⁴²*KM c. JSC*, Cour suprême (Lituanie), 21 février 2011, XXXVIII Y.B. Com. Arb. (2013), p. 414. La Cour suprême a renvoyé l'affaire à la cour d'appel afin que celle-ci examine si la sentence arbitrale était contraire à l'ordre public et si sa reconnaissance et son exécution devaient être refusées conformément à l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article V.

se rapportant au droit de la concurrence. Dans un contexte différent, la Cour suprême des États-Unis, dans la décision *Mitsubishi Motors* de 1983, a considéré qu'un litige découlant d'une "opération internationale" et concernant des questions en rapport avec la législation antitrust pouvait valablement être soumis à la Convention de New York et que l'accord des parties de soumettre leur différend à une procédure arbitrale devait être exécuté au titre de l'article II. Pour parvenir à cette décision, la Cour suprême a noté qu'au moment de l'adhésion à la Convention de New York, le Congrès des États-Unis n'avait expressément exclu aucune matière du champ d'application de cette convention et que "[l]'utilité de la Convention dans la promotion de l'arbitrage commercial international dépend de la volonté des juridictions nationales de se dessaisir de questions dont elles considèrent normalement qu'elles relèvent de leur propre compétence"¹⁰⁴³.

28. Il est généralement admis que le pouvoir d'ouvrir et d'administrer une procédure de faillite appartient exclusivement aux juridictions nationales¹⁰⁴⁴. La question de savoir si des litiges liés au droit de la faillite sont susceptibles d'être réglés par voie d'arbitrage au sens de l'article V-2 a) a débouché sur des conclusions différentes. Par exemple, la Cour suprême finlandaise a considéré que les litiges liés aux dettes d'une société insolvable pouvaient être réglés par voie d'arbitrage¹⁰⁴⁵. Dans un contexte différent, la Cour d'appel lituanienne a conclu à l'inarbitrabilité d'un litige entre deux sociétés au motif que le statut juridique de leur relation avait changé après la déclaration en faillite de l'une d'entre elles. Elle a estimé que la convention d'arbitrage prévue au contrat initial ne pouvait être invoquée et a donc refusé l'exécution sur le fondement de l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V¹⁰⁴⁶.

29. Dans une affaire qui concerne des questions de succession, la Cour suprême populaire de Chine a refusé de reconnaître et d'exécuter une sentence qui portait sur l'héritage par l'épouse de la participation que son défunt mari détenait dans une société. La Cour s'est référée à l'article 3 de la loi sur l'arbitrage de la République populaire de Chine, laquelle dispose que les questions de succession ne peuvent être soumises à l'arbitrage¹⁰⁴⁷. Bien que l'on ne dispose à ce jour d'aucune

¹⁰⁴³*Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 20 décembre 1983, XI Y.B. Com. Arb. (1986), p. 555.

¹⁰⁴⁴Voir Gabrielle Kaufmann-Kohler et Laurent Lévy, "International Commercial Arbitration, Insolvency and International Arbitration", dans *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century* (H. Peter, N. Jeandin et J. Kilborn, dir. publ., 2006), p. 257, et plus précisément p. 262 et 263; Fernando Mantilla-Serrano, "International Arbitration and Insolvency Proceedings", 11 *Arb. Int'l* (1995), p. 51, et plus précisément p. 65 (citant une sentence non publiée: "seules les questions qui ont un lien direct avec la procédure d'insolvabilité, en d'autres termes, les questions qui découlent de l'application des règles propres à cette procédure," ne peuvent être soumises à l'arbitrage); Adam Samuel, "Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law" (1989), p. 143 ("un arbitre ne saurait prononcer officiellement la faillite de quiconque").

¹⁰⁴⁵*Masse de l'insolvabilité de Kommandiittiyhtiö Finexim O. Ivanoff (Finexim) c. Ferromet Aussenhandlungsunternehmen*, Cour suprême (Finlande), 27 février 1989, S88/310.

¹⁰⁴⁶*Shipping Services A/S c. RAB Sevnaučflot, Fishery Group*, Cour d'appel (Lituanie), 13 mai 2011, 2-1545/2011.

¹⁰⁴⁷*Wu Chunying c. Zhang Guiwen*, Cour suprême populaire (Chine), 2 septembre 2009, Min Si Ta Zi n° 33.

autre décision judiciaire sur cette question, il est à noter que la législation de certains États contractants, comme la Suisse¹⁰⁴⁸, n'interdit pas le recours à l'arbitrage pour régler des litiges pécuniaires entre héritiers.

¹⁰⁴⁸L'article 177 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé dispose que "[t]oute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage". En d'autres termes, tout litige susceptible d'évaluation pécuniaire peut être soumis à l'arbitrage.

Article V-2 b)

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:

[...]

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

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article V-2 b) tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I; E/2822/Add.4, annexe I; E/CONF.26/3; E/CONF.26/3/Add.1;
- Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l'arbitrage commercial international: Rapport d'ensemble du Secrétaire général: E/CONF.26/4;
- Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: Note du Secrétaire général: E/CONF.26/2.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.8; E/CONF.26/L.15; E/CONF.26/L.15/Rev.1; E/CONF.26/L.17; E/CONF.26/L.31; E/CONF.26/L.34; E/CONF.26/L.35;

- Comparaison des divers textes proposés pour les articles III, IV et V: E/CONF.26/L.33/Rev.1;
- France, République fédérale d'Allemagne et Pays-Bas: document de travail sur les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.40;
- Texte proposé par le Groupe de travail n° 3 pour les articles III, IV et V du projet de convention: E/CONF.26/L.43;
- Texte des articles III, IV et V de la Convention adopté par la Conférence à sa 17^e séance: E/CONF.26/L.48;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 2^e, 7^e, 11^e, 13^e, 14^e, 17^e, 21^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.2; E/CONF.26/SR.7; E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.17; E/CONF.26/SR.21; E/CONF.26/SR.24;
- Comptes rendus analytiques des 1^{re}, 2^e, 5^e et 7^e séances du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.1; E/AC.42/SR.2; E/AC.42/SR.5; E/AC.42/SR.7.

Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales:

- L'exécution des sentences arbitrales internationales: Exposé présenté par la Chambre de commerce internationale, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif dans la catégorie A: E/C.2/373;
- Observations des gouvernements relatives au projet de convention sur l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/1;
- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/4.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. L'article V-2 b) de la Convention de New York autorise les juridictions d'un État contractant à refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence si elles constatent que cette reconnaissance ou cette exécution serait contraire à l'ordre public dudit État.
2. La notion d'ordre public n'est pas propre à la Convention de New York. Elle fait au contraire partie d'une gamme plus large d'outils, tels que les règles impératives du for primant sur l'autonomie de la volonté des parties, qui permettent à une juridiction de protéger l'intégrité de l'ordre juridique auquel elle appartient. Il est donc impossible de dissocier la notion d'ordre public, au sens de l'article V-2 b) de la Convention de New York, de la notion d'ordre public telle qu'elle s'entend en droit international.
3. La Convention de New York n'est pas non plus le premier instrument à faire de l'ordre public un motif de refus de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales. L'article 1 e) de la Convention de Genève de 1927 exigeait, en effet, qu'il soit concrètement démontré que la "reconnaissance ou l'exécution de la sentence [n'est] pas contraire à l'ordre public ou aux principes du droit public du pays où elle est invoquée", pour que cette reconnaissance ou exécution puisse être accordée. La Convention de New York se contente, pour sa part, de prévoir en son article V-2 b) que la reconnaissance peut être refusée sur le fondement de l'ordre public¹⁰⁴⁹. Il est, en outre, intéressant de constater que le cas où une sentence

¹⁰⁴⁹Voir Anton G. Maurer, *The Public Policy Exception under the New York Convention: History, Interpretation and Application* (2012), p. 61; Bernard Hanotiau et Olivier Caprasse, "Public Policy in International Commercial Arbitration", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 787, et plus précisément p. 802.

serait contraire aux “principes du droit public”¹⁰⁵⁰ du pays concerné n’y est aucunement mentionné, ce qui souligne le fort parti pris en faveur de l’exécution qui marque cette convention¹⁰⁵¹.

Analyse

A. Concept

a) *L’exception d’ordre public dans la Convention*

4. Si l’ordre public est défini de manière différente d’un État à l’autre, la jurisprudence tend à se fonder sur le motif d’ordre public pour refuser la reconnaissance et l’exécution d’une sentence en vertu de l’article V-2 b) dans les cas où il a été dérogé aux valeurs fondamentales d’un système juridique. Invoquer l’exception d’ordre public représente une soupape de sécurité à laquelle on peut avoir recours dans les circonstances exceptionnelles où il serait impossible pour un système

¹⁰⁵⁰Pour différentes observations sur ce membre de phrase, qui a finalement été omis, voir Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l’exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 12; Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, E/2822, annexe II, p. 22, 23 et 25; Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements relatives au projet de convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, E/2822/Add.4, annexe I, p. 3; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements sur le projet de convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, E/CONF.26/3, p. 3; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l’arbitrage commercial international, Rapport d’ensemble du Secrétaire général, E/CONF.26/4, p. 31; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Observations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, Note du Secrétaire général, E/CONF.26/2, p. 7; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, Yougoslavie. Amendement aux articles III et IV du projet de convention, E/CONF.26/L.35; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, République fédérale d’Allemagne: amendement aux articles III à V du projet de convention, E/CONF.26/L.34; Travaux préparatoires, Comité de l’exécution des sentences arbitrales internationales, Compte rendu analytique de la 6^e séance, E/AC.42/SR.6, p. 11; Travaux préparatoires, Comité de l’exécution des sentences arbitrales internationales, Compte rendu analytique de la 7^e séance, E/AC.42/SR.7; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 14^e séance, Observations du représentant du Gouvernement péruvien, M. Maurtua, E/CONF.26/SR.14, p. 9 et 10; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 16 et 17. Voir également Joel R. Junker, “The Public Policy Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, Cal. W. Int’l L.J. (1977), p. 228, et plus précisément p. 229 et 230.

¹⁰⁵¹Voir *Parsons & Whittemore Overseas c. Société générale de l’industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d’Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969, 973.

juridique de reconnaître et d'exécuter une sentence sans renier les fondements mêmes sur lesquels il repose¹⁰⁵².

5. Selon les termes de l'arrêt, souvent cité, de la cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis rendu dans l'affaire *Parsons*, "[l']exécution des sentences arbitrales étrangères ne peut être refusée [sur le fondement de l'ordre public] que si cette exécution est susceptible de porter atteinte aux valeurs les plus fondamentales de morale et de justice de l'État du for"¹⁰⁵³. Plusieurs juridictions en dehors des États-Unis ont invoqué ce passage dans le cadre de leur appréciation de l'exception d'ordre public¹⁰⁵⁴.

6. De même, la Cour fédérale australienne a récemment décidé que "seuls les aspects de l'ordre public qui touchent aux questions fondamentales et essentielles de la morale et de la justice [dans le] pays [où l'exécution est requise] sont susceptibles de donner lieu à cette exception légale particulière permettant de refuser l'exécution"¹⁰⁵⁵. Dans le même esprit, la Cour d'appel final de Hong Kong a défini une sentence contraire à l'ordre public comme une sentence "portant si

¹⁰⁵²Concernant le caractère exceptionnel de ce moyen, voir les observations du Gouvernement néerlandais dans Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements relatives au projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/2822/Add.4, annexe I, p. 3. Voir aussi les observations du représentant de la France, M. Holleaux, dans Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 11^e séance, E/CONF.26/SR.11, p. 7. Voir également Jan Paulsson, "The New York Convention in International Practice — Problems of Assimilation", ASA Special Series n° 9 (1996), p. 100, et plus précisément p. 113.

¹⁰⁵³*Parsons & Whittemore Overseas c. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969, 974 (1974). En réponse à l'argument de la partie s'opposant à l'exécution, selon lequel ses actions avaient été dictées par la rupture des relations diplomatiques entre les États-Unis et l'Égypte, la cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis a déclaré "[q]u'interpréter l'exception d'ordre public comme un instrument étroitement centré sur la protection des intérêts politiques nationaux compromettrait gravement l'utilité de la Convention. Cette disposition n'a pas été conçue pour épouser les vicissitudes de la politique internationale sous couvert de 'ordre public'". Voir aussi *National Oil Corp. c. Libyan Sun Oil Co.*, District Court, District of Delaware (États-Unis d'Amérique), 15 mars 1990, 733 F. Supp. 800, XVI Y.B. Com. Arb. (1991), p. 651 (à propos d'une sentence dont la reconnaissance et l'exécution auraient — selon les allégations de la partie opposante — violé les sanctions américaines contre la Libye). Voir aussi *Ameropa A.G. c. Havi Ocean Co. LLC*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 16 février 2011, 2011 WL 570130 (à propos d'une sentence dont la reconnaissance et l'exécution auraient — selon les allégations de la partie opposante — violé les sanctions américaines contre l'Iran). Voir aussi Linda Silberman, "The New York Convention After Fifty Years: Some Reflections on the Role of National Law", 2009-2010 GA. J. Int'l & Comp. L., p. 25, et plus précisément p. 35.

¹⁰⁵⁴Voir, par exemple, *BCB Holdings Limited and The Belize Bank Limited c. The Attorney General of Belize*, Cour de justice des Caraïbes, juridiction d'appel, 26 juillet 2013, [2013] CCJ 5 (AJ); *Traxys Europe S.A. c. Balaji Coke Industry Pvt Ltd.*, Federal Court (Australie), 23 mars 2012, [2012] FCA 276; *Uganda Telecom Ltd. c. Hi-Tech Telecom Pty Ltd.*, Federal Court (Australie), 22 février 2011, [2011] FCA 131; *Petrotesting Colombia S.A. et South-east Investment Corporation c. Ross Energy S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 27 juillet 2011; *Hebei Import & Export Corp. c. Polytek Engineering Co. Ltd.*, Court of Final Appeal (Hong Kong), 9 février 1999, [1999] 2 HKC 205; *Renusagar Power Co. Ltd. c. General Electric Company & anor.*, Supreme Court (Inde), 7 octobre 1993, 1994 AIR 860; *Brostrom Tankers AB c. Factorias Vulcano S.A.*, High Court, Dublin (Irlande), 19 mai 2004, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 591.

¹⁰⁵⁵*Traxys Europe S.A. c. Balaji Coke Industry Pvt Ltd.*, Federal Court (Australie), 23 mars 2012, [2012] FCA 276.

profondément atteinte aux notions de justice du [pays d'exécution] que l'on ne peut raisonnablement attendre que celui-ci, malgré sa qualité de partie à la Convention, écarte cette objection"¹⁰⁵⁶.

7. Les juridictions suisses ont également défini l'exception d'ordre public prévue par la Convention en se référant à la notion de justice. Dans un arrêt marquant sur la définition de l'ordre public, intervenu certes dans le contexte d'une action en annulation, le Tribunal fédéral suisse a estimé qu'une sentence était contraire à l'ordre public "si elle méconnaissait les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique"¹⁰⁵⁷. Dans des décisions plus récentes, le Tribunal fédéral suisse a défini une sentence contraire à l'ordre public comme une sentence qui heurte "de manière intolérable" les conceptions suisses de la justice¹⁰⁵⁸.

8. Les juridictions françaises ont adopté une approche similaire. La cour d'appel de Paris a, par exemple, défini l'ordre public international comme "l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international"¹⁰⁵⁹.

9. Les juridictions allemandes ont considéré qu'une sentence contrevenait à l'ordre public lorsqu'elle méconnaissait une norme régissant les fondements de la vie publique et économique allemande, ou s'opposait irrémédiablement à la conception allemande de la justice¹⁰⁶⁰. La Cour suprême chypriote a également estimé que l'exception d'ordre public dans la Convention devait s'entendre des principes fondamentaux qui sont reconnus, à un moment donné, par une société

¹⁰⁵⁶*Hebei Import & Export Corp. c. Polytek Engineering Co. Ltd.*, Court of Final Appeal (Hong Kong), 9 février 1999, [1999] 2 HKC 205. Pour une définition similaire, voir *Karaha Bodas Company LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et P.T. PLN (Persero)*, Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (Canada), 9 décembre 2004, 2004 ABQB 918. Pour une décision insistant sur le caractère "essentiel" des principes juridiques que la notion d'ordre public entend protéger, voir *Soc. des Ciments d'Abidjan c. Soc. Burkinabé des Ciments et Matériaux*, tribunal de grande instance de Ouagadougou (Burkina Faso), 13 juin 2001.

¹⁰⁵⁷*X S.p.A. c. Y S.r.l.*, Tribunal fédéral (Suisse), 8 mars 2006, Arrêts du Tribunal fédéral (2006) 132 III 389; Paolo Michele Patocchi, *The 1958 New York Convention: The Swiss Practice*, ASA Bull. (1996), p. 145, et plus précisément p. 188 à 196. Pour une définition similaire, voir *Kersa Holding Co. Luxembourg c. Infancourtage Famajuk Investment et Isny*, Cour supérieure de justice (Luxembourg), 24 novembre 1993, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 617.

¹⁰⁵⁸Voir, par exemple, Tribunal fédéral (Suisse), 10 octobre 2011, 5A_427/2011; Tribunal fédéral (Suisse), 28 juillet 2010, 4A_233/2010. Pour une définition similaire, voir Cour suprême (Autriche), affaire 3Ob221/04b, 26 janvier 2005, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 421: il appartient aux juridictions autrichiennes de décider "si la sentence arbitrale est incompatible avec les principes fondamentaux du système juridique autrichien au motif qu'elle est fondée sur un principe juridique étranger complètement inconciliable avec le système juridique interne".

¹⁰⁵⁹*Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar c. M. N'DOYE Issakha*, cour d'appel de Paris (France), 16 octobre 1997.

¹⁰⁶⁰Voir, par exemple, Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 28 novembre 2005, 34 Sch 019/05; Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne), 21 juillet 2004, VI Sch (Kart) 1/02; Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Brême (Allemagne), 30 septembre 1999, (2) Sch 04/99; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 18 janvier 1990, III ZR 269/88.

comme régissant les relations entre ses membres, ainsi que les autres manifestations de la vie de ceux-ci, et sur lesquels se fonde l'ordre juridique auquel appartient la juridiction d'exécution¹⁰⁶¹.

10. Des juridictions ont considéré dans certaines espèces que l'ordre public n'était pas une notion se prêtant à une définition précise. La Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a ainsi jugé que l'exception d'ordre public prévue dans la Convention de New York visait des cas où "l'exécution de la sentence porterait clairement atteinte à l'intérêt général ou l'exécution pourrait heurter vivement le citoyen ordinaire, raisonnable et bien informé au nom duquel l'autorité de l'État est exercée"¹⁰⁶². La même cour a par ailleurs reconnu que les "[c]onsidérations liées à l'ordre public ne peuvent jamais être définies de manière exhaustive, mais devraient être analysées avec une extrême prudence"¹⁰⁶³.

11. Certaines juridictions ont mis l'accent sur le lien existant entre l'ordre public et l'intérêt national ou la souveraineté nationale. Par exemple, examinant la compatibilité de sentences avec l'ordre public en vertu de la Convention de New York, le Tribunal supérieur de justice brésilien a indiqué que "la question [qui lui est soumise] ne revêt pas un caractère d'ordre public et n'a pas trait à la notion de souveraineté nationale"¹⁰⁶⁴. De même, les juridictions indiennes ont jugé qu'une sentence était contraire à l'ordre public lorsque son exécution était susceptible de porter atteinte aux "intérêts de l'Inde"¹⁰⁶⁵.

12. Les juridictions russes ont adopté la position suivante: la Cour supérieure d'arbitrage de la Fédération de Russie a invoqué la notion d'ordre public afin de refuser la reconnaissance et l'exécution de sentences produisant des résultats

¹⁰⁶¹*The Attorney General of the Republic of Kenya c. Bank für Arbeit und Wirtschaft AG*, Cour suprême (Chypre), 28 avril 1999, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 641. Voir aussi pour une définition similaire, Cour de cassation (Grèce), 30 juin 2009, affaire n° 1665/2009, XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 284; *Misr Insurance Co. c. Alexandria Shipping Agencies Co.*, Cour de cassation (Égypte), 23 décembre 1991; *BCB Holdings Limited and The Belize Bank Limited c. The Attorney General of Belize*, Cour de justice des Caraïbes, juridiction d'appel, 26 juillet 2013, [2013] CCJ 5 (A).

¹⁰⁶²*Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft m.b.H. c. Shell International Petroleum Co. Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 24 mars 1987, [1990] 1 A.C. 295.

¹⁰⁶³*Id.*

¹⁰⁶⁴Voir *Grain Partners S.p.A. c. Cooperativa dos Produtores Trabalhadores Rurais de Sorriso Ltda.*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 18 octobre 2006.

¹⁰⁶⁵Voir *Renusagar Power Co. Ltd. c. General Electric Company & anor*, Supreme Court (Inde), 7 octobre 1993, 1994 AIR 860; *Penn Racquet Sports c. Mayor International Ltd.*, High Court de Delhi (Inde), 11 janvier 2011; *Shri Lal Mahal Ltd. c. Progetto Grano S.p.A.*, Supreme Court (Inde), 3 juillet 2013. Voir aussi pour une analyse de l'ordre public basée sur l'intérêt national, *Petrotesting Colombia S.A. et Southeast Investment Corp. c. Ross Energy S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 27 juillet 2011. Il est également rapporté que les juridictions indonésiennes auraient adopté une approche similaire, selon laquelle l'intérêt national est considéré comme relevant de l'ordre public indonésien: voir Fifé Junita, "Refusing Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under Article V(2)(b) of the New York Convention: The Indonesian Perspective", *Contemp. Asia Arb. J.* (2009), p. 301, et plus précisément p. 320.

contraires “aux règles de la morale et de l'éthique universellement reconnues, ou constituant une menace pour la vie et la santé des citoyens ou la sûreté de l'État”¹⁰⁶⁶.

b) *Ordre public international — transnational*

13. Il est largement admis que l'ordre public au sens de l'article V-2 b) de la Convention de New York désigne l'ordre public de l'État du for¹⁰⁶⁷. L'article V-2 b) vise en effet expressément “l'ordre public de ce pays”, en référence au pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises¹⁰⁶⁸. Toutefois, s'agissant d'apprécier le caractère international ou interne de l'ordre public, la plupart des juridictions reconnaissent qu'il est peu probable qu'une simple violation du droit interne soit susceptible de constituer un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution sur le fondement de l'ordre public¹⁰⁶⁹.

14. Les approches diffèrent d'une juridiction nationale à l'autre quant à la question de savoir si la notion d'ordre public revêt un caractère universel ou transnational. La Cour suprême indienne a ainsi jugé impraticable l'idée de donner une définition transnationale de cette notion et a admis le principe selon lequel il convient de considérer que l'ordre public visé à l'article V-2 b) de la Convention de New York désigne l'ordre public du for de l'exécution¹⁰⁷⁰. En revanche, les juridictions italiennes ont déclaré de leur côté que l'ordre public renvoyait à “un corpus de principes universels partagés par les nations appartenant à la même civilisation,

¹⁰⁶⁶Voir *Ansell S.A. c. OOO MedBusinessService-2000*, Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 3 août 2010, VAS-8786/10. Voir aussi Patricia Nacimiento et Alexey Barnashov, “Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in Russia”, 27(3) *J. Int'l Arb.* (2010), p. 295, et plus précisément p. 300 et 301.

¹⁰⁶⁷Voir, par exemple, *Traxys Europe S.A. c. Balaji Coke Industry Pvt Ltd.*, Federal Court (Australie), 23 mars 2012, [2012] FCA 276; *IPCO (Nigeria) Ltd. c. Nigerian National Petroleum Corp.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, [2005] EWHC 726; *Gao Haiyan & anor. c. Keeneye Holdings Ltd. & anor.*, Court of Appeal (Hong Kong), 2 décembre 2011, CACV 79/2011; *Renusagar Power Co. Ltd. c. General Electric Company & anor.*, Supreme Court (Inde), 7 octobre 1993, 1994 AIR 860; *Brostrom Tankers AB c. Factorias Vulcano S.A.*, High Court, Dublin (Irlande), 19 mai 2004, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 591; *A. c. B & Cia Ltda. et autres*, Tribunal suprême de justice (Portugal), 9 novembre 2003, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 474; Tribunal fédéral (Suisse), 10 octobre 2011, SA_427/2011; *Agility Public Warehousing CO. K.S.C., Professional Contract Administrators, Inc. c. Supreme Foodservice GmbH*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 6 septembre 2012, 11-5201-cv. Voir aussi Anton G. Maurer, *The Public Policy Exception under the New York Convention: History, Interpretation and Application* (2012), p. 54.

¹⁰⁶⁸Voir *BCB Holdings Limited and The Belize Bank Limited c. The Attorney General of Belize*, Cour de justice des Caraïbes, juridiction d'appel, 26 juillet 2013, [2013] CCJ 5 (AJ).

¹⁰⁶⁹Voir, par exemple, *Traxys Europe S.A. c. Balaji Coke Industry Pvt Ltd.*, Federal Court (Australie), 23 mars 2012, [2012] FCA 276; *Petrotesting Colombia S.A. et Southeast Investment Corporation c. Ross Energy S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 27 juillet 2011; *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar c. M. N'DOYE Issakha*, cour d'appel de Paris (France), 16 octobre 1997; *K.M. c. UAB A. Sabonio Žalgirio krepšinio centras*, Cour de cassation (Lituanie), 4 novembre 2011.

¹⁰⁷⁰Voir *Renusagar Power Co. Ltd. c. General Electric Company & anor.*, Supreme Court (Inde), 7 octobre 1993, 1994 AIR 860. Voir aussi *Hebei Import & Export Corp. c. Polytek Engineering Co. Ltd.*, Court of Final Appeal (Hong Kong), 9 février 1999, [1999] 2 HKC 205, dans le même sens que la décision de la Cour suprême indienne.

visant à protéger les droits fondamentaux de l'homme, consacrés pour la plupart par des déclarations ou conventions internationales"¹⁰⁷¹.

15. La Cour supérieure d'arbitrage de la Fédération de Russie a fréquemment désigné l'ordre public comme représentant "des règles de la morale et de l'éthique universellement reconnues"¹⁰⁷² ou "des principes juridiques fondamentaux et universels revêtant le caractère le plus impératif, présentant une importance particulière sur le plan de la vie sociale et publique, et constituant la base du système économique, politique et juridique de l'État"¹⁰⁷³.

16. En Suisse, le Tribunal fédéral a conclu dans une décision de 2006 qu'"une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique"¹⁰⁷⁴.

c) *Les règles impératives relèvent-elles de l'ordre public?*

17. Étant donné que l'ordre public est généralement interprété comme désignant les règles fondamentales de l'État saisi de la demande de reconnaissance et d'exécution qui n'admettent aucune dérogation, la question se pose de savoir si les règles impératives du for devraient être considérées comme relevant de l'ordre public de ce dernier et, donc, comme constituant une exception à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence en vertu de la Convention de New York¹⁰⁷⁵.

18. Nul ne conteste que certaines règles impératives satisfont au critère d'exception d'ordre public susceptible d'être invoquée pour s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence¹⁰⁷⁶. Toutefois, différents points de vue se sont exprimés sur la question de savoir si certains ensembles de règles impératives satisfaisaient à ce critère dans le contexte de la reconnaissance et de l'exécution de sentences étrangères dans des domaines tels que le droit de la concurrence, la faillite, la protection du travail, la protection des consommateurs, ou encore les

¹⁰⁷¹ *Allsop Automatic Inc. c. Tecnoski snc*, cour d'appel de Milan (Italie), 4 décembre 1992, XXII Y.B. Com. Arb., p. 725.

¹⁰⁷² *Ansell S.A. c. OOO MedBusinessService-2000*, Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 3 août 2010, VAS-8786/10.

¹⁰⁷³ Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), lettre d'information n° 156 du 26 février 2013.

¹⁰⁷⁴ *X S.p.A. c. Y S.r.l.*, Tribunal fédéral (Suisse), 8 mars 2006, Arrêts du Tribunal fédéral (2006) 132 III 389, p. 395.

¹⁰⁷⁵ Bernard Hanotiau et Olivier Caprasse, "Public Policy in International Commercial Arbitration", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 787, et plus précisément p. 791 à 794.

¹⁰⁷⁶ Voir Luke Villiers, "Breaking in the 'Unruly Horse': The Status of Mandatory Rules of Law as a Public Policy Basis for the Non-Enforcement of Arbitral Awards", *Austl. Int'l L.J.* (2011), p.155, et plus précisément p. 179 et 180.

taux d'intérêt, la réglementation des changes, les interdictions d'exporter et les contrats à terme.

19. Par exemple, dans le domaine du droit de la concurrence, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a estimé que l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), aux termes duquel certains accords ou certaines décisions faussant la concurrence sont nuls de plein droit, constituait "une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à [l'Union] et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur". Elle a conclu par ce motif que cette disposition devait être considérée comme une disposition d'ordre public au sens de l'article V-2 b) de la Convention de New York¹⁰⁷⁷. Elle a ainsi imposé aux juridictions des États membres de l'UE l'obligation de refuser la reconnaissance et l'exécution de toutes les sentences méconnaissant l'article 101 du TFUE¹⁰⁷⁸.

20. Dans une procédure en annulation d'une sentence rendue en Suisse dans le cadre d'un différend entre deux sociétés italiennes, le Tribunal fédéral a admis l'existence d'autres modèles fondés sur une économie planifiée et privilégiant l'intervention de l'État dans les relations économiques. Il en a conclu "[qu']il ne viendrait à personne l'idée de les taxer d'immoraux ou de contraires aux principes fondamentaux du droit du seul fait qu'ils s'écartent du modèle helvétique"¹⁰⁷⁹. Il a donc estimé que "les dispositions du droit de la concurrence [...] ne font pas partie des valeurs essentielles et largement reconnues, qui selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique"¹⁰⁸⁰.

21. Ces décisions soulignent le fait que l'article V-2 b) renvoie à l'ordre public du pays dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont requises. Il n'exige pas d'un signataire de la Convention de New York qu'il fasse sien l'ordre public d'un autre État. Étant donné que la Suisse n'a pas adhéré à l'Union européenne, rien ne l'oblige à considérer que l'article 101 du TFUE fait partie de ses dispositions d'ordre public.

¹⁰⁷⁷*Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, Cour de justice de l'Union européenne, 1^{er} juin 1999, affaire C-126/97, [1999] ECR I-3055, par. 37 à 39.

¹⁰⁷⁸Voir, par exemple, *SNF SAS c. Cytac Industries BV*, cour d'appel de Paris (France), 23 mars 2006, XXXII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 282, décision dans laquelle la juridiction française a admis que le droit de la concurrence de l'UE appartenait à l'ordre public français; *Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne)*, 21 juillet 2004, VI Sch (Kart) 1/02; Cour de cassation (Grèce), 30 juin 2009, décision 1665/2009, XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 284; et *Marketing Displays International Inc. c. VR Van Raalte Reclame BV*, cour d'appel de La Haye (Pays-Bas), 24 mars 2005, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 808; il s'agit d'affaires dans lesquelles les juridictions allemande, grecque et néerlandaise saisies ont respectivement reconnu que l'article 101 du TFUE faisait partie des dispositions d'ordre public de leur pays.

¹⁰⁷⁹*X S.p.A. c. Y S.r.l.*, Tribunal fédéral (Suisse), 8 mars 2006, Arrêts du Tribunal fédéral (2006) 132 III 389.

¹⁰⁸⁰*Id.*

22. La Cour suprême des États-Unis a jugé que les litiges en rapport avec la loi Sherman de lutte contre les cartels (*Sherman Antitrust Act*) étaient susceptibles d'être soumis à l'arbitrage, mais que l'on pouvait recourir à la notion d'ordre public pour veiller à ce que les intérêts légitimes en matière de lutte contre les cartels soient dûment pris en compte, estimant que la question devait être tranchée au cas par cas¹⁰⁸¹.

23. Dans le domaine de l'insolvabilité, les juridictions françaises ont jugé que le principe selon lequel les poursuites individuelles des créanciers contre le patrimoine du failli devaient être suspendues durant la procédure de faillite relevait de l'ordre public¹⁰⁸², alors que les juridictions allemandes n'ont pas estimé, de leur côté, que la soumission à l'arbitrage de différends relatifs à des faillites contrevenait à l'ordre public¹⁰⁸³.

24. En ce qui concerne les taux d'intérêt, tout en reconnaissant que la simple incompatibilité d'une sentence étrangère avec des règles impératives internes n'était pas constitutive d'une violation de l'ordre public, différentes juridictions ont refusé de reconnaître et d'exécuter des sentences, ou certaines de leurs dispositions considérées comme contraires à l'ordre public¹⁰⁸⁴, car les intérêts accordés étaient exagérément élevés¹⁰⁸⁵.

25. On peut citer parmi les autres exemples de règles impératives internes ayant été considérées comme des questions relevant de l'ordre public, susceptibles de justifier un refus de reconnaissance et d'exécution: la réglementation des changes, au sujet de laquelle la Cour fédérale allemande a jugé qu'une sentence contrevenant à la réglementation allemande des changes était contraire à l'ordre public¹⁰⁸⁶; les interdictions d'exportation, à propos desquelles les juridictions indiennes ont refusé la reconnaissance de sentences contrevenant à une interdiction d'exportation de tôles laminées à chaud et bobinées, édictée par l'Inde en raison d'une pénurie

¹⁰⁸¹*Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 2 juillet 1985, 473 United States 614.

¹⁰⁸²*Société Mandataires judiciaires associés, société d'exercice libéral à forme anonyme, agissant en la personne de Mme X..., en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société anonyme Jean Lion et compagnie c. Société Internationale Company For Commercial Exchanges Income*, Cour de cassation (France), 6 mai 2009, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 353.

¹⁰⁸³Oberlandesgericht [OLG] de Karlsruhe (Allemagne), 4 janvier 2012, 9 Sch 02/09.

¹⁰⁸⁴*Voir J. J. Agro Industries (P) Ltd. c. Texuna International Ltd.*, High Court (Hong Kong), 12 août 1992, HCMP000751/1992.

¹⁰⁸⁵*Voir* Cour suprême (Autriche), affaire 3Ob221/04b, 26 janvier 2005, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 421. *Voir*, dans le même sens, *Laminoirs-Tréfileries-Câbleries de Lens S.A. c. Southwire Co. and Southwire International Corp.*, District Court, Northern District of Georgia (États-Unis d'Amérique), 18 janvier 1980, 484 F. Supp. 1063 (1980); *Misr Foreign Trade Co. c. R.D. Harboties (Mercantile)*, Cour de cassation (Égypte), 22 janvier 2008; *Voir Belaja Rus c. Westintorg Corp.*, Cour de cassation (Lituanie), 10 novembre 2008.

¹⁰⁸⁶*Voir* Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 15 juin 1987, II ZR 124/86. *Voir* aussi Susan Choi, "Judicial Enforcement of Arbitration Awards Under the ICSID and New York Conventions", 1196 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. (1995), p. 175, et plus précisément p. 202 à 204.

sur le marché intérieur¹⁰⁸⁷; et les opérations à terme à l'étranger, à propos desquelles les juridictions chinoises ont refusé la reconnaissance d'une sentence en se fondant sur le fait que de telles opérations contrevenaient aux règles impératives chinoises prohibant les contrats à terme¹⁰⁸⁸.

26. Souvent, les juridictions nationales ne précisent pas les critères sur lesquels elles se fondent pour déterminer si des règles impératives du droit interne relèvent de l'ordre public. Les commentateurs observent que, conformément à la lettre et à l'esprit de la Convention de New York, par principe, les règles impératives du for de l'exécution devraient être considérées comme faisant partie de l'ordre public de ce dernier lorsqu'elles reflètent les notions fondamentales de morale et de justice de ce for, auxquelles il ne saurait être dérogé¹⁰⁸⁹.

d) *Ordre public et principes constitutionnels*

27. Les principes constitutionnels peuvent également entrer en interaction avec l'exception d'ordre public à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères au titre de la Convention de New York¹⁰⁹⁰.

B. Application

28. L'exception d'ordre public autorise les juridictions de l'État contractant où la reconnaissance et l'exécution sont demandées à examiner la sentence quant au fond afin de se convaincre que rien dans cette sentence ne porte atteinte aux valeurs fondamentales dudit État. L'appréciation de la juridiction d'exécution couvre également les questions de procédure, de sorte qu'elle est susceptible de refuser de reconnaître ou d'exécuter une sentence lorsque la procédure observée par le tribunal arbitral contrevient à la conception des règles fondamentales d'équité en matière procédurale prévalant dans l'État où la reconnaissance et l'exécution sont requises¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁷Voir *COSID Inc. c. Steel Authority of India Ltd.*, High Court de Delhi (Inde), 12 juillet 1985, XI Y.B. Com. Arb. (1986), p. 502.

¹⁰⁸⁸Voir *ED & F Man (Hong Kong) Co., Ltd. c. China National Sugar & Wines Group Corp.*, Cour populaire suprême (Chine), 1^{er} juillet 2003, [2003] Min Si Ta Zi n° 3. Voir aussi Lanfang Fei, "Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach", 26(2) Arb. Int'l (2010), p. 301, et plus précisément p. 305 et 306.

¹⁰⁸⁹Voir *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 996.

¹⁰⁹⁰*BCB Holdings Limited and The Belize Bank Limited c. The Attorney General of Belize*, Cour de justice des Caraïbes, juridiction d'appel, 26 juillet 2013, [2013] CCJ 5 (AJ).

¹⁰⁹¹Voir, par exemple, *X S.p.A. c. Y S.r.l.*, Tribunal fédéral (Suisse), 8 mars 2006, Arrêts du Tribunal fédéral (2006) 132 III 389, p. 392.

29. Le Tribunal fédéral suisse a établi une distinction entre l'ordre public matériel et l'ordre public procédural¹⁰⁹². Selon ses termes: “[o]n distingue un ordre public matériel et un ordre public procédural [...]. L'ordre public procédural garantit aux parties le droit à un jugement indépendant sur les conclusions et l'état de fait soumis au Tribunal arbitral d'une manière conforme au droit de procédure applicable; il y a violation de l'ordre public procédural lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus ont été violés, ce qui conduit à une contradiction insupportable avec le sentiment de la justice, de telle sorte que la décision apparaît incompatible avec les valeurs reconnues dans un état de droit.”¹⁰⁹³

a) *Ordre public matériel*

30. Même si l'exception d'ordre public autorise les juridictions nationales à examiner la sentence quant au fond, la portée de cet examen n'est pas sans limite. Certaines juridictions ont reconnu que l'ordre public n'offrirait pas à la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution l'occasion de présenter à nouveau ses arguments au fond ou d'invoquer le caractère erroné de la décision¹⁰⁹⁴.

31. En outre, la plupart des juridictions confèrent à la notion d'ordre public une interprétation étroite. Il n'est donc pas surprenant que les demandes tendant à

¹⁰⁹²Pour une distinction similaire entre l'ordre public quant à la procédure et l'ordre public quant au fond, voir *Soc. Excelsior Film TV c. Soc. UGC-PH*, Cour de cassation (France), 24 mars 1998, 95-17.285.

¹⁰⁹³*X S.p.A. c. Y S.r.l.*, Tribunal fédéral (Suisse), 8 mars 2006, Arrêts du Tribunal fédéral (2006) 132 III 389, p. 392.

¹⁰⁹⁴Voir, par exemple, *BCB Holdings Limited and The Belize Bank Limited c. The Attorney General of Belize*, Cour de justice des Caraïbes, juridiction d'appel, 26 juillet 2013, [2013] CCJ 5 (AJ); *Karaha Bodas Company, L.L.C. c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et PT. PLN (Persero)*, Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (Canada), 24 octobre 2007, 2007 ABQB 616; *Atecs Mannesmann GmbH c. Rodrimar S/A Transportes Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 19 août 2009; *GRD Minproc Limited c. Shanghai Feilun Industrial Co.*, Cour populaire suprême (Chine), 13 mars 2009, [2008] *Min Si Ta Zi* n° 48; *Société I.A.I.G.C. — Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Société B.A.I.I. — Banque arabe et internationale d'investissement S.A.*, cour d'appel de Paris (France), 23 octobre 1997; *Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne)*, 22 juin 2009, 34 Sch 26/08, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 371; *Oberlandesgericht [OLG] de Karlsruhe (Allemagne)*, 27 mars 2006, 9 Sch 02/05; *Qinhuangdao Tongda Enterprise Development Company, et al. c. Million Basic Co. Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong, 5 janvier 1993, XIX Y.B. Com. Arb. (1994), p. 675; *C.G. Impianti S.p.A. c. B.M.A.A.B. & Sons International Contracting Co. WLL*, cour d'appel de Milan (Italie), 29 avril 2009, XXXI Y.B. Com. Arb. (2010), p. 802; *Inter Maritime Management SA c. Russin & Vecchi*, Tribunal fédéral (Suisse), 9 janvier 1995, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 789; *Odfjell SE c. OAO PO Sevmarsh*, Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 26 mai 2011, VAS-4369/11; Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), lettre d'information n° 156 du 26 février 2013; Cour suprême (Autriche), 26 janvier 2005, 3Ob221/04b, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 421. Voir aussi William W. Park, “Private Adjudicators and the Public Interest: the Expanding Scope of International Arbitration”, *Brook. J. Int'l L.* (1986), p. 629, et plus précisément p. 646 et 647.

s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution sur le fondement de l'article V-2 b) de la Convention de New York aient rarement été accueillies¹⁰⁹⁵.

32. On compte, au nombre de ces rares affaires, des espèces dans lesquelles:

- La sentence était en contradiction avec un jugement antérieur des juridictions du for¹⁰⁹⁶;
- La sentence ordonnait à la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution de verser des intérêts d'un montant considéré comme excessif au regard des normes de la *lex fori*¹⁰⁹⁷;
- Les parties à l'arbitrage avaient réglé leur différend sans en avvertir le tribunal arbitral et le demandeur à l'arbitrage n'avait pas mis fin à la procédure, afin d'obtenir une sentence condamnant le défendeur à régler une seconde fois la même dette¹⁰⁹⁸;
- La sentence contrevenait aux règles impératives du for dans le domaine du droit de la concurrence, de la protection des consommateurs, de la réglementation des changes ou des interdictions d'exporter¹⁰⁹⁹;
- La sentence contrevenait à des valeurs constitutionnelles fondamentales, telles que la séparation des pouvoirs et la souveraineté parlementaire¹¹⁰⁰;
- La sentence contrevenait aux intérêts nationaux de l'État du for¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁵Voir Pieter Sanders, "A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *Int'l Law* (1979), p. 269, et plus précisément p. 270; Susan Choi, "Judicial Enforcement of Arbitration Awards Under the ICSID and New York Conventions", 28 *N.Y.U. J. Int'l & Pol.* (1995-1996), p. 175, et plus précisément p. 206 et 207.

¹⁰⁹⁶Voir *Hemofarm DD, MAG International Trade Holding DD, Suram Media Ltd. c. Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd.*, Cour populaire suprême (Chine), 2 juin 2008, [2008] *Min Si Ta Zi* n° 11; *Ciments français c. OAO Holding Company Siberian Cement, Istanbul Çimento Yatırımları*, Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 27 août 2012, VAS-17458/11.

¹⁰⁹⁷Voir Cour suprême (Autriche), 26 janvier 2005, 3Ob221/04b, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 421; *Ahmed Mostapha Shawky c. Andersen Worldwide & Wahid El Din Abdel Ghaffar Megahed & Emad Hafez Raghed & Nabil Istanboly Akram Istanboly*, cour d'appel du Caire (Égypte), 23 mai 2001, 25/116; *Harbottle Co. Ltd. c. Egypt for Foreign Trade Co.*, Cour de cassation (Égypte), 21 mai 1990, 815/52; *Belaja Rus c. Westintorg Corp.*, Cour de cassation (Lituanie), 10 novembre 2008, 3K-3-562/2008.

¹⁰⁹⁸Voir Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 20 novembre 2003, 4 Z Sch 17/03.

¹⁰⁹⁹Voir Cour de cassation (Grèce), 30 juin 2009, affaire n° 1665/2009, XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 284; *SNF SAS c. Cytec Industries B.V.*, cour d'appel de Paris (France), 23 mars 2006, XXXII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 282; *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*, Cour de justice de l'Union européenne, 26 octobre 2006, affaire C-168/05, [2006] ECR I-10421; *Marketing Displays International Inc. c. VR Van Raalte Reclame B.V.*, cour d'appel de La Haye (Pays-Bas), 24 mars 2005, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 808; *Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne)*, 21 juillet 2004, VI Sch (Kart) 1/02; *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, Cour de justice de l'Union européenne, 1^{er} juin 1999, affaire n° C-126/97, [1999] ECR I-3055; *Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne)*, 15 juin 1987, II ZR 124/86; *COSID Inc. c. Steel Authority of India Ltd.*, High Court de Delhi (Inde), 12 juillet 1985, XI Y.B. Com. Arb. (1986), p. 502.

¹¹⁰⁰Voir *BCB Holdings Limited and The Belize Bank Limited c. The Attorney General of Belize*, Cour de justice des Caraïbes, juridiction d'appel, 26 juillet 2013, [2013] CCJ 5 (AJ).

¹¹⁰¹Voir *United World c. Krasny Yakor*, Cour fédérale d'arbitrage de la Région de Volga-Viatka (Fédération de Russie), 17 février 2003, A43-10716/02-27-10. Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V2 b).

33. Par opposition, et sans qu'il s'agisse ici de dresser une liste exhaustive des cas dans lesquels des demandes présentées en vertu de l'article V-2 b) de la Convention de New York n'ont pas abouti, les juridictions saisies ont rejeté de telles demandes au fond lorsque:

- Il était allégué que le droit applicable au fond du litige n'avait pas été correctement appliqué par le tribunal arbitral¹¹⁰²;
- Il était allégué que la reconnaissance et l'exécution de la sentence violeraient l'*exceptio non adimpleti contractus*¹¹⁰³;
- Le bénéficiaire des règles internes impératives était sollicité par un commerçant averti qui aurait dû être conscient des risques qu'il avait pris¹¹⁰⁴;
- Le débiteur de la sentence aurait dû obtenir un agrément réglementaire pour pouvoir effectuer un acte nécessaire en vue de se conformer à la sentence¹¹⁰⁵;
- La sentence accordait une somme élevée qui semblait représenter une anticipation des dommages et intérêts futurs¹¹⁰⁶;
- Il était allégué que la convention d'arbitrage était nulle et non avenue, car les parties soumettaient à un tribunal arbitral étranger un différend ne présentant aucun élément étranger¹¹⁰⁷;
- L'opération en question était une opération à terme à l'étranger, qui contrevenait aux règles impératives du for de l'exécution¹¹⁰⁸;
- Il était allégué que l'exécution de la sentence contreviendrait au droit du lieu de la constitution de la société défenderesse¹¹⁰⁹;

¹¹⁰²Voir Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), lettre d'information n° 156 du 26 février 2013; *Sei Societa Esplosivi S.p.A. c. L-3 Fuzing and Ordnance Systems, Inc.*, District Court, District of Delaware (États-Unis d'Amérique), 17 février 2012, 11-149-RGA; *Penn Racquet Sports c. Mayor International Ltd.*, High Court de Delhi (Inde), 11 janvier 2011; *Odfjell SE c. OAO PO Sevmarsh*, Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 26 mai 2011, VAS-4369/11; *Atecs Mannesmann GmbH c. Rodrimar S/A Transportes Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 19 août 2009.

¹¹⁰³Voir *Grain Partners S.p.A. c. Cooperativa dos Produtores Trabalhadores Rurais de Sorriso Ltda.*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 18 octobre 2006.

¹¹⁰⁴Voir *Bad Ass Coffee Company of Hawaii Inc. c. Bad Ass Enterprises Inc.*, Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (Canada), 2 juillet 2008, 2008 ABQB 404.

¹¹⁰⁵Voir *Adamas Management & Services Inc. c. Aurado Energy Inc.*, Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (Canada), 28 juillet 2004, 2004 NBQB 342.

¹¹⁰⁶Voir *Schreter c. Gasmac*, Cour de justice de l'Ontario (Division générale) (Canada), 13 février 1992, 89 D.L.R. (4th) 365.

¹¹⁰⁷Voir *Lifu Candy (Shanghai) Corporation c. Shanghai Lianfu Foodstuff Corporation*, tribunal populaire intermédiaire de Shanghai n° 2 (Chine), 24 juin 2009, [2008] Hu Er Zhong Min Wu (Shang) Chu Zi n° 19.

¹¹⁰⁸Voir *ED & F Man (Hong Kong) Co., Ltd. c. China National Sugar & Wines Group Corp.*, Cour populaire suprême (Chine), 1er juillet 2003, [2003] Min Si Ta Zi n° 3.

¹¹⁰⁹Voir *Soinco SACI & anor. c. Novokuznetsk Aluminium Plant & Ors*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 16 décembre 1997, [1998] CLC 730.

- La sentence portait sur des questions relevant en principe de la compétence exclusive des tribunaux du travail¹¹¹⁰;
- La sentence accordait réparation pour des frais de justice¹¹¹¹;
- Il était allégué que le tribunal arbitral avait accordé des dommages et intérêts de façon arbitraire¹¹¹²;
- Il était allégué que le débiteur de la sentence ne disposait d'aucune voie de recours contre la décision de l'arbitre unique¹¹¹³;
- Il était allégué que la pénalité conventionnelle imposée par le tribunal arbitral et s'élevant à 40 % de la valeur de l'obligation principale aux termes du contrat atteignait un montant disproportionné¹¹¹⁴;
- Il était allégué que le tribunal arbitral aurait dû appliquer au contrat en cause la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, au lieu de la loi désignée par les parties¹¹¹⁵;
- L'indemnisation forfaitaire était interdite par la loi du pays où la reconnaissance et l'exécution étaient requises, mais autorisée par la loi appliquée au différend par le tribunal arbitral¹¹¹⁶;
- La sentence accordait des intérêts composés, ce qui était autorisé en vertu de la loi du siège de l'arbitrage¹¹¹⁷;
- Il était allégué que la sentence contrevenait au droit de la concurrence de l'UE¹¹¹⁸;
- L'arbitre avait omis d'ordonner expressément à l'une des parties le paiement de certaines taxes dues aux États-Unis¹¹¹⁹;

¹¹¹⁰Voir *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar c. M. N'DOYE Issakha*, cour d'appel de Paris (France), 16 octobre 1997.

¹¹¹¹Voir Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 1^{er} septembre 2009, 34 Sch 14/09.

¹¹¹²Voir Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 16 octobre 2008, 26 Sch 13/08.

¹¹¹³Voir Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 18 octobre 2007, 26 Sch 1/07.

¹¹¹⁴Voir Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 6 octobre 2005, 8 Sch 06/05.

¹¹¹⁵Voir Oberlandesgericht [OLG] de Cologne (Allemagne), 15 février 2000, 9 Sch 13/99.

¹¹¹⁶Voir Oberlandesgericht [OLG] de Dresde (Allemagne), 13 janvier 1999, 11 Sch 06/98.

¹¹¹⁷Voir Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] (Allemagne), 26 janvier 1989, 6 U 71/88. À propos de l'opinion selon laquelle l'interdiction par le droit interne des intérêts composés ne constitue pas une disposition relevant de l'ordre public, voir *Inter Maritime Management SA c. Russin & Vecchi*, Tribunal fédéral (Suisse), 9 janvier 1995, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 789.

¹¹¹⁸Voir *X S.p.A. c. Y S.r.l.*, Tribunal fédéral (Suisse), 8 mars 2006, Arrêts du Tribunal fédéral (2006) 132 III 389. *Contra*, voir *SNF SAS c. Cytec Industries B.V.*, cour d'appel de Paris (France), 23 mars 2006, XXXII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 282; Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne), 21 juillet 2004, VI Sch (Kart) 1/02; Cour de cassation (Grèce), 30 juin 2009, affaire n° 1665/2009, XXXVI Y.B. Com. Arb. (2011), p. 284; *Marketing Displays International Inc. c. VR Van Raalte Reclame B.V.*, cour d'appel de La Haye (Pays-Bas), 24 mars 2005, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 808.

¹¹¹⁹Voir *Subway International B.V. c. Panayota Bletas and John Bletas*, District Court, District of Connecticut (États-Unis d'Amérique), 13 mars 2012, 3:10-cv-01715 (JCH).

- La partie s'opposant à l'exécution n'avait pas établi que les pénalités prévues dans le contrat et imposées par le tribunal n'étaient pas raisonnables au regard du dommage réel découlant de la violation dudit contrat¹¹²⁰;
- L'exécution de la sentence, consistant à effectuer certains versements au Gouvernement iranien, violerait les sanctions américaines contre celui-ci¹¹²¹;
- La partie s'opposant à l'exécution avait allégué qu'une ordonnance d'exécution en nature contrevenait à l'ordre public, car le prononcé de dommages et intérêts pécuniaires aurait été approprié¹¹²²;
- La partie s'opposant à l'exécution alléguait que la sentence avait, à tort, importé et fait siennes les conclusions des autorités étrangères chargées des poursuites¹¹²³;
- La sentence était contraire à des jugements rendus par les juridictions d'un pays étranger¹¹²⁴;
- La partie s'opposant à l'exécution alléguait que ses actes ayant entraîné la violation du contrat étaient justifiés par la volonté de se conformer à l'évolution de la politique étrangère de son pays¹¹²⁵;
- Le tribunal arbitral avait fixé des intérêts insusceptibles d'être prononcés en vertu de la loi du for de l'exécution¹¹²⁶;
- La personne demandant l'exécution n'était pas une partie à l'arbitrage, mais son successeur¹¹²⁷.

¹¹²⁰Voir *Chealsea Football Club Ltd. c. Adrian Mutu*, District Court, Southern District of Florida (États-Unis d'Amérique), 13 février 2012, 1:10-cv-24028-FAM. Voir aussi Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), lettre d'information n° 156 du 26 février 2013; *Stena RoRo AB c. OAO Baltiysky Zavod*, Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 13 septembre 2011, résolution n° 9899/09.

¹¹²¹Voir *The Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran, as Successor in Interest to the Ministry of War of the Government of Iran c. Cubic Defense Systems, Inc*, Court of Appeals, Ninth Circuit (États-Unis d'Amérique), 15 décembre 2011, 665 F.3d 1091. Voir aussi *Ameropa A.G. c. Havi Ocean Co. LLC*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 16 février 2011, 2011 WL 570130.

¹¹²²Voir *NTT Docomo Inc. c. Ultra D.O.O.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 12 octobre 2010, 1:10-cv-03823-RMB-JCF.

¹¹²³Voir *AO Techsnabexport c. Globe Nuclear Services and Supply Ltd.*, District Court, District of Maryland (États-Unis d'Amérique), 28 août 2009, AW-08-1521.

¹¹²⁴Voir *Telenor Mobile Communications AS c. Storm LLC*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 2 novembre 2007, 524 F. Supp. 2d 332.

¹¹²⁵Voir *Parsons & Whittemore Overseas c. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 décembre 1974, 508 F.2d 969 (1974).

¹¹²⁶Voir *Lugana Handelsgesellschaft mbH c. OAO Ryazan Metal Ceramics Instrumentation Plant*, Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 2 février 2010, résolution n° 13211/09.

¹¹²⁷Voir *Joy-Lud Distributors International Inc. c. OAO Moscow Refinery*, Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), 22 janvier 2008, 5243/06.

b) *Ordre public procédural*

34. Lorsqu'elles appliquent l'article V-2 b) de la Convention de New York, les juridictions nationales n'examinent pas seulement la teneur même de la sentence mais également la procédure ayant conduit à son prononcé.

35. Si la procédure observée pour l'arbitrage est entachée de graves irrégularités, la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées sur le fondement de l'article V-2 b). Il est donc courant que les juridictions examinent les sentences qui leur sont soumises pour reconnaissance et exécution aux fins de contrôler si elles sont entachées de fraude, de corruption ou d'une autre atteinte importante aux garanties d'une procédure régulière¹¹²⁸.

36. De même que les demandes fondées sur l'ordre public matériel, les demandes tendant à s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence sur le fondement de l'ordre public procédural ont rarement été accueillies. Les juridictions nationales ont conclu à la contrariété de la sentence à l'ordre public dans les cas où elles ont estimé être en présence d'une atteinte au droit d'être entendu. Les juridictions canadiennes ont ainsi refusé de reconnaître et d'exécuter une sentence dans une affaire où le tribunal arbitral avait accordé une mesure non demandée par les parties, au motif que cette circonstance était constitutive d'une violation du principe du contradictoire¹¹²⁹.

37. Une autre juridiction saisie est parvenue à la même conclusion dans une affaire où elle a estimé que le tribunal arbitral n'avait pas motivé sa décision, alors que la convention des parties contenait des dispositions à cet effet. Dans une telle situation, les juridictions canadiennes ont refusé d'accorder la reconnaissance et l'exécution d'une sentence au motif que "reconnaître la sentence serait contre

¹¹²⁸Voir, par exemple, *Karaha Bodas Company, L.L.C. c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et PT. PLN (Persero)*, Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (Canada), 24 octobre 2007, 2007 ABQB 616; *Gater Assets Ltd. c. Nak Naftogaz Ukrainiy*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 15 février 2008, [2008] EWHC 237, [2008] 1 CLC 141; *Westacre Investments Inc. c. Jugoinport-SPDR Holding Ltd. & others*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 12 mai 2000, [2000] 1 QB 288; *Karaha Bodas Co. LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Petarmina)*, Court of Appeal (Hong Kong), 9 octobre 2007; *Karaha Bodas Co. LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 mars 2004, 364 F.3d 274; *Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne)*, 15 décembre 2009, I-4 Sch 10/09; *Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne)*, 27 août 2009, 26 SchH 03/09; *Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne)*, 28 novembre 2005, 34 Sch 019/05; *Drummond Ltd. c. Ferrovías en Liquidación, Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 19 décembre 2011; *SAS C22 c. Soc. John K. King & Sons Ltd. Frontier Agriculture Ltd.*, cour d'appel de Paris (France), 10 avril 2008; *Cie de Saint-Gobain-Pont-à-Mousson c. The Fertilizer Corporation of India Ltd.*, cour d'appel de Paris (France), 10 mai 1971. Voir aussi Stephen M. Schwebel et Susan G. Lahne, "Public Policy and Arbitral Procedure", dans *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series n° 3 (P. Sanders, dir. publ., 1987), p. 205.

¹¹²⁹Voir *Louis Dreyfus S.A.S. c. Holding Tusculum B.V.*, Cour supérieure du Québec (Canada), 12 décembre 2008, 2008 QCCS 5903.

l'ordre public car, contrairement au désir express des parties, elle n'est pas motivée. [...] Ce qui heurte le sens de l'équité, l'ordre entre les plaideurs et en conséquence l'ordre public, ce n'est pas qu'une sentence soit non motivée, c'est qu'elle soit non motivée contrairement à ce qu'avaient voulu les parties. [...] [D]ans un pays démocratique on ne peut imaginer que le pouvoir judiciaire rende justice sans qu'on puisse vérifier si la décision est basée sur autre chose que l'arbitraire."¹¹³⁰

38. Des juridictions ont également conclu à une violation de l'ordre public procédural lorsque les arbitres avaient agi en méconnaissance des principes d'indépendance et d'impartialité. Par exemple, dans le cadre d'un litige donnant lieu à deux arbitrages parallèles entre les mêmes parties, l'un des arbitres, siégeant dans les deux groupes, avait communiqué des informations erronées à l'un des tribunaux au sujet de l'autre procédure d'arbitrage, ce qui avait eu une incidence sur la décision de ce tribunal quant à sa compétence¹¹³¹. En l'espèce, la Cour de cassation française a estimé qu'en agissant ainsi, l'arbitre avait créé un déséquilibre entre les parties, ce qui était contraire aux exigences les plus fondamentales de la régularité de la procédure.

39. Dans une affaire jugée en Suisse, le fait que le conseil de l'une des parties au cours des négociations contractuelles ait inséré dans le contrat une clause le désignant comme arbitre unique en cas de litige entre les parties, a été considéré comme méconnaissant l'ordre public¹¹³². La juridiction suisse saisie a estimé que "le comportement de M. E., arbitre, est si excessif qu'il est difficile d'imaginer qu'aucun système juridique libre et démocratique puisse mettre la sentence rendue par un tel arbitre sur le même pied que l'acte d'un État souverain et l'exécuter. [...] [I]l est totalement inacceptable que la personne qui a rédigé un contrat puisse aussi, en tant qu'arbitre, donner de ce contrat une interprétation ayant force obligatoire, en particulier si cette personne est l'avocat de l'une des parties depuis des années."¹¹³³

40. On peut compter, parmi les autres exemples significatifs de méconnaissance de l'ordre public procédural, une affaire intervenue dans le contexte d'une action en annulation dans laquelle deux des parties à un contrat et à un litige tripartite devaient nommer un arbitre. La Cour de cassation française a estimé qu'en l'espèce le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres relevait de la conception française de l'ordre public international et que l'on ne pouvait y

¹¹³⁰*Smart Systems Technologies Inc. c. Domotique Secant Inc.*, Cour d'appel du Québec (Canada), 11 mars 2008, XXXIII Y.B. Com. Arb. (2008), p. 464. À propos d'une situation dans laquelle le non-respect par les arbitres de la convention des parties a été considéré comme contraire à l'ordre public, voir aussi *Société Dubois & Vanderwalle S.A.R.L. c. Société Boots Frites BV*, cour d'appel de Paris (France), 22 septembre 1995.

¹¹³¹Voir *Soc. Excelsior Film TV c. Soc. UGC-PH*, Cour de cassation (France), 24 mars 1998.

¹¹³²Voir tribunal de district d'Affoltern am Albis (Suisse), 26 mai 1994, XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 754, par. 18 à 24.

¹¹³³*Id.*, par. 21 et 22.

renoncer qu'après la naissance du litige. Elle a conclu qu'une sentence rendue par un tribunal constitué de trois arbitres, dont l'un avait été désigné conjointement par deux défenderesses — avec protestations et réserves —, devrait être annulée¹¹³⁴.

41. On peut également citer un exemple peu courant de méconnaissance de l'ordre public procédural, concernant une affaire dans laquelle la partie s'opposant à l'exécution en Allemagne était une petite entreprise franchisée qui vendait des sandwiches et des salades dans une ville de province allemande et à laquelle le tribunal arbitral avait demandé d'assister à une audience à New York. Les juridictions allemandes ont jugé que le lieu de l'audience imposait une charge excessive à cette partie eu égard à la petite taille de l'entreprise et refusé la reconnaissance et l'exécution de la sentence pour des motifs d'ordre public¹¹³⁵.

c) *Relations avec l'article V-1*

42. L'exception d'ordre public est susceptible d'être fondée sur des faits pouvant également donner lieu à l'invocation d'un moyen tiré de l'article V-1 de la Convention de New York. Tel est notamment le cas dans des affaires dans lesquelles la convention d'arbitrage n'est pas valide¹¹³⁶ ou dans lesquelles il y a eu violation des garanties d'une procédure régulière¹¹³⁷ constitutive d'une méconnaissance de l'ordre public.

43. Par exemple, les juridictions brésiliennes ont estimé que le fait qu'un tribunal arbitral se soit déclaré compétent, malgré l'absence de signature par une partie du contrat renfermant la convention d'arbitrage, était constitutif d'une absence de consentement à l'arbitrage et méconnaissait donc l'ordre public¹¹³⁸. De même, des juridictions allemandes ont refusé la reconnaissance et l'exécution en se fondant sur l'ordre public, au motif de l'absence d'examen par le tribunal arbitral de la validité de la convention d'arbitrage¹¹³⁹.

44. Certaines juridictions ont estimé qu'il convenait de qualifier correctement le point en cause comme relevant, soit de l'article V-1, soit de l'article V-2 b). La Cour

¹¹³⁴Voir *Siemens A.G. c. BKMI Industrienlagen GmbH*, Cour de cassation (France), 7 janvier 1992, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 140. Voir aussi Martin Platte, "Multi-Party Arbitration: Legal Issues Arising out of Joinder and Consolidation", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: the New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 481, et plus précisément p. 491, 492 à 494.

¹¹³⁵Voir *Oberlandesgericht [OLG] de Dresde (Allemagne)*, 7 décembre 2007, 11 Sch 08/07.

¹¹³⁶Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-2 b), par. 36.

¹¹³⁷Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-2 b), par. 36, 38 et 39.

¹¹³⁸Voir, par exemple, *Kanematsu USA Inc. c. Advanced Telecommunications Systems do Brasil Ltda.*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 18 avril 2012, SEC 885; *Indutech S.p.A. c. Algotecno Armazéns Gerais Ltda.*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 17 décembre 2008, SEC 978; *Plexus Cotton Ltd. c. Santana Têxtil S/A*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 15 février 2006.

¹¹³⁹Voir *Landgericht [LG] de Munich (Allemagne)*, 20 juin 1978, V Y.B. Com. Arb. (1980), p. 260.

supérieure d'arbitrage de la Fédération de Russie a ainsi confirmé la pratique des juridictions inférieures russes, selon laquelle le défaut de notification adéquate de la désignation d'un arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ainsi que l'incapacité d'une partie à faire valoir ses arguments, constituaient des moyens distincts d'opposition à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence étrangère, fondés sur l'article V-1 b), et que, eu égard au caractère exceptionnel du moyen tiré de l'ordre public figurant à l'article V-2 b) de la Convention de New York, il n'y avait pas lieu d'appliquer ce dernier¹¹⁴⁰.

45. D'autres juridictions se sont contentées de prendre acte de la redondance des motifs sur le fondement desquels le même point peut être soulevé. Par exemple, selon les termes de la Cour d'appel final de Hong Kong, "[i] est aujourd'hui courant de soulever certains motifs donnés [...] figurant à l'article V-1 b) [...], visant des irrégularités de procédure, au titre de motifs d'ordre public (article V-2 b). Rien ne s'oppose à une telle pratique."¹¹⁴¹ Diverses juridictions ont adopté cette approche. Elles se contentent d'examiner les allégations concernant des irrégularités d'ordre procédural au titre de l'article V-2, sans trouver à redire au fait que les parties seraient tout autant fondées à invoquer ces irrégularités au titre des motifs figurant à l'article V-1¹¹⁴².

46. De fait, rien dans l'article V n'empêche une partie de faire valoir, en se fondant sur le paragraphe 2 b), un argument qui pourrait tout aussi bien être invoqué au titre de l'un des motifs du paragraphe 1. Au contraire, les travaux préparatoires confirment dans une certaine mesure l'idée selon laquelle les parties qui entendent arguer de la violation de leurs droits procéduraux devraient être libres de le faire

¹¹⁴⁰Voir Présidium de la Cour supérieure d'arbitrage (Fédération de Russie), lettre d'information n° 156 du 26 février 2013, p. 10. Voir aussi Anton G. Maurer, *The Public Policy Exception under the New York Convention: History, Interpretation and Application* (2012), p. 67 à 70.

¹¹⁴¹Voir *Hebei Import & Export Corp. c. Polytek Engineering Co. Ltd.*, Court of Final Appeal (Hong Kong), 9 février 1999, [1999] 2 HKC 205.

¹¹⁴²Voir *Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Banque arabe et internationale d'investissements*, cour d'appel de Bruxelles (Belgique), 24 janvier 1997, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 643; *Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne)*, 27 août 2009, 26 Sch 03/09, XXXV Y.B. Com. Arb., p. 377; *Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne)*, 22 juin 2009, 34 Sch 26/08, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 371; *Kammergericht [KG] de Berlin (Allemagne)*, 17 avril 2008, 20 Sch 02/08; *Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne)*, 18 octobre 2007, 26 Sch 1/07; *Goldtron Ltd. c. Media Most B.V., Rechtbank*, Amsterdam (Pays-Bas), 27 août 2002, XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 814; *Shaanxi Provincial Helath Products I/E Corporation c. Olpesa S.A.*, Tribunal suprême (Espagne), 7 octobre 2003, 112/2002, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 617; Tribunal fédéral (Suisse), 28 juillet 2010, 4A_233/2010; *G. S.A. c. T. Ltd.*, Tribunal fédéral (Suisse), 12 janvier 1989, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 509. Voir aussi Albert Jan van den Berg, "The New York Convention of 1958: An Overview", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 39, et plus précisément p. 57, 58 et 64; Herman Verbist, "Challenges on Grounds of Due Process Pursuant to Article V(1)(b) of the New York Convention", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 679.

en invoquant la contrariété de la sentence à l'ordre public¹¹⁴³. Il convient d'observer que les juridictions nationales ont généralement adopté une interprétation restrictive de l'ordre public et exigé un niveau de preuve élevé en la matière, en comparaison du niveau de preuve requis pour l'application de l'article V-1. Il existe une différence notable entre les deux paragraphes de l'article V, qui tient à ce que le paragraphe 2 b) autorise l'examen d'office du moyen d'ordre public par la juridiction concernée¹¹⁴⁴, tandis que les moyens fondés sur le paragraphe 1 ne peuvent être soulevés que par la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence.

C. Questions d'ordre procédural liées à l'invocation du moyen tiré de l'article V-2 b)

a) *Estoppel et renonciation*

47. La question s'est posée de savoir si une partie n'est plus recevable à invoquer le moyen fondé sur l'article V-2 b) de la Convention de New York, lorsqu'elle a omis de le soulever devant le tribunal arbitral, dans la mesure où cela était possible.

48. Dans certaines affaires, les juridictions saisies ont estimé qu'une partie ayant omis de soulever un vice de procédure, ou une erreur quant au fond de la sentence, était réputée avoir renoncé au droit de se prévaloir de ce moyen au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Une juridiction a cependant indiqué que si une partie peut être privée de la possibilité de soulever au stade de la reconnaissance et de l'exécution des moyens qu'elle aurait pu invoquer devant le tribunal arbitral, cette considération ne s'appliquait pas aux moyens fondés sur l'article V-2 b) de la Convention de New York¹¹⁴⁵.

49. Certaines juridictions ont souscrit à l'idée selon laquelle un moyen au fond ne sera pas considéré comme relevant de la clause d'ordre public au stade de l'exécution, si ce moyen existait au moment où la procédure arbitrale s'est tenue et

¹¹⁴³Voir Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 10; Travaux préparatoires, Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, Compte rendu analytique de la 6^e séance, Observations du représentant de l'Égypte, M. Osman, E/AC.42/SR.6, p. 4.

¹¹⁴⁴Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-2 b), par. 53 à 61.

¹¹⁴⁵Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 20 novembre 2003, 4 Z Sch 17/03.

aurait pu être soulevé devant le tribunal arbitral¹¹⁴⁶, ou s'il a été invoqué et rejeté par ledit tribunal lors de l'examen au fond¹¹⁴⁷.

50. Cette conclusion apparaît plus fréquemment en ce qui concerne les irrégularités d'ordre procédural. Ainsi, dans une affaire où il était allégué que la sentence avait été obtenue par des moyens frauduleux, les juridictions anglaises ont estimé qu'il ne conviendrait pas de refuser la reconnaissance si les preuves pertinentes étaient disponibles à l'audience devant le tribunal arbitral ou si l'allégation correspondante avait été soulevée devant ce tribunal et qu'il l'avait rejetée¹¹⁴⁸. D'autres juridictions de *common law* ont également estimé qu'une partie ayant omis de soulever une irrégularité d'ordre procédural devant le tribunal arbitral, alors qu'elle était en mesure de le faire, avait renoncé au droit de s'en prévaloir au stade de l'exécution¹¹⁴⁹.

51. De même, des juridictions relevant de systèmes issus du droit romano-germanique ont estimé qu'une partie ayant omis de saisir le tribunal arbitral d'une irrégularité de procédure ne devrait plus être autorisée à le faire au stade de l'exécution¹¹⁵⁰. En revanche, lorsque la partie concernée avait soulevé ce grief devant les arbitres et réservé ses droits, la Cour de cassation française a jugé que cette partie devait être fondée à soulever le même grief au stade de l'exécution¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁶Voir *Soinco SACI & anor. c. Novokuznetsk Aluminium Plant & Ors*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 16 décembre 1997, [1998] CLC 730; *Oberlandesgericht [OLG] de Saarbruck (Allemagne)*, 30 mai 2011, 4 Sch 03/10; *Epis S.A. c. Roche Diagnostics GmbH*, tribunal de district de Jérusalem (Israël), 23 novembre 2004, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 786.

¹¹⁴⁷Voir *Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne)*, 18 janvier 1990, III ZR 269/88.

¹¹⁴⁸Voir *Westacre Investments Inc. c. Jugoinport-SDPR Holding Co. Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 12 mai 1999, [2000] QB 288; *Minmetals Germany GmbH c. Ferco Steel Ltd.*, High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court (Angleterre et pays de Galles), 20 janvier 1999, [1999] CLC 647; *Omnium de Traitement et de Valorisation S.A. c. Hilmarton Ltd.*, High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court (Angleterre et pays de Galles), 24 mai 1999, [1999] 2 Lloyd's Rep. 222.

¹¹⁴⁹Voir, par exemple, *Gao Haiyan & anor. c. Keeneye Holdings Ltd. & anor.*, Court of Appeal (Hong Kong), 2 décembre 2011, CACV 79/2011; *Karaha Bodas Co. LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 mars 2004, 364 F.3d 274; *Europcar Italia, S.p.A. c. Maiellano Tours, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 2 septembre 1998, 156 F.3d 310; *AAOT Foreign Economic Association (VO) Technostroyexport c. International Development & Trade Services Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 mars 1998, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 813.

¹¹⁵⁰Voir, par exemple, *SAS C22 c. Soc. John K. King & Sons Limited Frontier Agriculture Ltd.*, cour d'appel de Paris (France), 10 avril 2008. Voir aussi la décision du *Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne)*, 14 avril 1988, III ZR 12/87, dans laquelle la Cour fédérale allemande a estimé qu'il n'y avait pas de contrariété à l'ordre public lorsqu'une partie avait omis de soulever une irrégularité de procédure en temps voulu auprès du tribunal ou de l'institution chargée de l'arbitrage. Voir aussi *Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne)*, 6 mars 1969, VII ZR 163/68; *K.S. A.G. c. C.C. S.A.*, Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal d'appel de la République et canton du Tessin (Suisse), 19 juin 1990, XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 762; *Oberlandesgericht [OLG] de Hamm (Allemagne)*, 2 novembre 1983, 20 U 57/83.

¹¹⁵¹Voir *Siemens A.G. c. BKMI Industrienlagen GmbH*, Cour de cassation (France), 7 janvier 1992, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 140.

52. Certaines juridictions ont admis que les irrégularités d'ordre procédural ne peuvent pas être invoquées au stade de l'exécution si la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution ne les a pas soulevées dans le cadre d'une procédure en annulation engagée devant les juridictions du siège de l'arbitrage¹¹⁵². Étant donné que la Convention de New York n'impose pas l'exigence de double *exequatur*¹¹⁵³, cette jurisprudence semble quelque peu en contradiction avec la lettre et l'esprit de la Convention, laquelle permet à une partie d'invoquer une irrégularité de la procédure menée devant le tribunal arbitral aux fins de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence au titre de la Convention.

b) Examen d'office, charge de la preuve et niveau de preuve requis

53. L'article V-2 b) de la Convention de New York prévoit que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère peuvent être refusées si la juridiction devant laquelle elles sont requises "constate" qu'elles seraient contraires à l'ordre public du pays où elles sont demandées. La question s'est donc posée de savoir si les juridictions nationales peuvent examiner d'office une sentence sur le fondement de l'ordre public; à quelle partie incombe la charge de la preuve; et quel niveau de preuve est exigé.

54. En ce qui concerne la capacité d'une juridiction à examiner d'office une sentence étrangère sur le fondement de l'ordre public, une différence notable existe entre le libellé de l'article V-1 et celui de l'article V-2 de la Convention de New York. L'article V-1 énonce que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence peuvent être refusées "sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée". En revanche, l'article V-2 b) dispose qu'elles peuvent être refusées "si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate [...] [q]ue la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays"¹¹⁵⁴.

¹¹⁵²Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 18 octobre 2007, 26 Sch 1/07.

¹¹⁵³Voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 e).

¹¹⁵⁴Au cours des négociations relatives à la Convention, le Gouvernement néerlandais a souligné que les juridictions nationales sont habilitées à procéder à un examen d'office sur le fondement de l'ordre public: voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Observations des gouvernements sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/CONF.26/3/Add.1, p. 4. Le même avis a été exprimé par le Gouvernement suédois: Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 2. Voir aussi Albert Jan van den Berg, "The New York Convention of 1958: An Overview", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 39, et plus précisément p. 56 et 64.

55. En se fondant sur cette différence dans le libellé des deux paragraphes, certaines juridictions ont estimé qu'elles pouvaient procéder d'office à l'examen d'une sentence sur le fondement de la contrariété à l'ordre public¹¹⁵⁵.

56. Toutefois, la capacité d'examiner d'office une sentence sur ce fondement ne découle pas seulement de la différence entre le libellé des paragraphes 1 et 2 de l'article V. Elle est également liée à l'essence même de la notion d'ordre public qui permet aux juridictions nationales de s'opposer à la violation des normes les plus fondamentales de la justice. Les juridictions anglaises ont ainsi estimé que "l'exception selon laquelle l'exécution serait contraire à l'ordre public est énoncée sans attribution expresse de la charge de la preuve [...]. Cela tient sans aucun doute au fait que le juge doit toujours avoir la possibilité de relever d'office une question d'ordre public."¹¹⁵⁶

57. Indépendamment de la question de savoir si une juridiction a autorité pour procéder à l'examen d'office d'une sentence sur le fondement de la contrariété à l'ordre public, ou si elle ne peut le faire qu'à la demande de la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution, la charge de la preuve incombe à cette dernière partie¹¹⁵⁷.

58. Le caractère exceptionnel du moyen tiré de l'ordre public explique qu'un niveau plus élevé de preuve soit en principe exigé par les juridictions pour refuser la reconnaissance et l'exécution au titre de l'article V-2 b). Les juridictions canadiennes ont ainsi exigé des parties s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution qu'elles produisent des éléments de preuve convaincants¹¹⁵⁸. Il n'est donc guère

¹¹⁵⁵Voir, par exemple, *Hebei Import & Export Corp. c. Polytek Engineering Co. Ltd.*, Court of Final Appeal (Hong Kong), 9 février 1999, [1999] 2 HKC 205; Kammergericht [KG] de Berlin (Allemagne), 11 juin 2009, 20 Sch 4/07, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 369; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 17 décembre 2008, 34 Sch 18/08, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 359; *Efxinos Shipping Co. Ltd. c. Rawi Shipping Lines Ltd.*, cour d'appel de Gênes (Italie), 2 mai 1980, VIII Y.B. Com. Arb. (1983), p. 381; *Petrotesting Colombia S.A. et Southeast Investment Corp. c. Ross Energy S.A.*, Cour suprême de justice (Colombie), 27 juillet 2011; *BCB Holdings Limited and The Belize Bank Limited c. The Attorney General of Belize*, Cour de justice des Caraïbes, juridiction d'appel, 26 juillet 2013, [2013] CCJ 5 (AJ). Voir aussi Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 299 et 359.

¹¹⁵⁶*Gater Assets Ltd. c. Nak Naftogaz Ukrainiy*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007, [2007] EWCA Civ 988, [2007] 2 CLC 567.

¹¹⁵⁷Voir, par exemple, Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne), 21 juillet 2004, VI Sch (Kart) 1/02; *Gater Assets Ltd. c. Nak Naftogaz Ukrainiy*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007, [2007] EWCA Civ 988, [2007] 2 CLC 567; *Hebei Import & Export Corp. c. Polytek Engineering Co. Ltd.*, Court of Final Appeal (Hong Kong), 9 février 1999, [1999] 2 HKC 205; *NTT Docomo Inc. c. Ultra D.O.O.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 12 octobre 2010; *Europcar Italia, S.p.A. c. Maielano Tours, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 2 septembre 1998, 156 F.3d 310; *Telenor Mobile Communications AS c. Storm LLC*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 2 novembre 2007, 524 F. Supp. 2d 332; *Stawski Distributing Co., Inc. c. Zywiec Breweries plc*, District Court, Northern District of Illinois (États-Unis d'Amérique), 29 septembre 2004, 02 C 8708.

¹¹⁵⁸Voir *Karaha Bodas Company, L.L.C. c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et P.T. PLN (Persero)*, Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (Canada), 24 octobre 2007, 2007 ABQB 616.

surprenant que, si les juridictions d'exécution admettent en principe que la reconnaissance d'une sentence devrait être refusée pour des motifs d'ordre public dans des cas particuliers, tels par exemple que des cas de corruption ou de fraude, la plupart du temps les parties qui invoquent la contrariété de la sentence à l'ordre public ne parviennent pas à étayer leurs allégations¹¹⁵⁹.

59. Dans une affaire dont la Cour d'appel de Hong Kong était saisie, il a ainsi été jugé que la partialité effective de l'un des arbitres n'avait pas été démontrée, dans une affaire où cet arbitre avait, lors d'une médiation, dîné avec une personne liée au défendeur à l'arbitrage, car ce type de dîner relevait des modalités normales d'une médiation au lieu de l'arbitrage, même si cette circonstance aurait été considérée à Hong Kong comme source de partialité¹¹⁶⁰. La Cour d'appel final de Hong Kong a estimé qu'il était nécessaire de démontrer la partialité effective de l'arbitre concerné, et non pas uniquement son impartialité¹¹⁶¹.

60. Bien qu'il soit difficile de dire si d'autres juridictions auraient suivi le raisonnement des juges de Hong Kong en appréciant la partialité par rapport à la norme ayant cours au lieu où les faits pertinents se sont déroulés, plutôt que par rapport au critère de référence en vigueur dans leur propre droit, diverses juridictions ont exigé des parties alléguant une fraude qu'elles produisent des éléments de preuve clairs et convaincants à cet effet, qu'elles démontrent que la fraude en question ne pouvait être découverte au cours de l'arbitrage et qu'elle présentait un lien matériel avec une question soumise à l'arbitrage. En d'autres termes, en cas de fraude ou de partialité, lorsque l'exception d'ordre public au titre de la Convention de New York est invoquée, les juridictions exigent souvent la preuve d'un élément de fait supplémentaire, à savoir que le vice invoqué soit de nature à avoir eu une incidence sur l'issue de l'arbitrage¹¹⁶².

¹¹⁵⁹Voir, par exemple, *El Nasr Company for Fertilizers & Chemical Industries (SEMADCO) c. John Brown Deutsche*, Cour de cassation (Égypte), 10 janvier 2005, 966/73; *Compagnie française d'études et de construction Technip (Technip) c. Entreprise nationale des engrais et des produits phytosanitaires (Asmidal)*, cour d'appel de Paris (France), 2 avril 1998; *Soc. I.A.I.G.C. — Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Soc. B.A.I.I. — Banque arabe et internationale d'investissement S.A.*, cour d'appel de Paris (France), 23 octobre 1997; *Soc. Unichips Finanziaria S.p.A. & Soc. Unichips International BV c. Consorts Gesnouin*, cour d'appel de Paris (France), 12 février 1993; *Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne)*, 22 juin 2009, 34 Sch 26/08, XXXV Y.B. Com. Arb. (2010), p. 371; *Oberlandesgericht [OLG] de Hamm (Allemagne)*, 28 novembre 2008, 25 Sch 09/08.

¹¹⁶⁰Voir *Gao Haiyan & anor. c. Keeneye Holdings Ltd. & anor.*, Court of Appeal (Hong Kong), 2 décembre 2011, CACV 79/2011.

¹¹⁶¹Voir *Hebei Import & Export Corp. c. Polytek Engineering Co. Ltd.*, Court of Final Appeal (Hong Kong), 9 février 1999, [1999] 2 HKC 205.

¹¹⁶²Voir, par exemple, *Westace Investments Inc. c. Jugoimport-SDPR Holding Ltd. & others*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 12 mai 2000, [2000] 1 QB 288; *Karaha Bodas Co. LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Petarmina)*, Court of Appeal (Hong Kong), 9 octobre 2007; *Karaha Bodas Co. LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 23 mars 2004, 364 F.3d 274. Les juridictions allemandes adoptent la même approche en ce qui concerne la fraude, à savoir qu'elle doit être de nature à avoir une incidence sur l'issue de l'arbitrage, ainsi qu'à la méconnaissance du droit à un procès équitable: voir *Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Brême (Allemagne)*, 30 septembre 1999, (2) Sch 04/99; *Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne)*, 15 mai 1986, III ZR 192/84.

61. Ce niveau plus élevé de preuve est en adéquation avec le caractère exceptionnel du moyen d'ordre public, mais aussi avec le fait que l'article V-2 b) offre une simple faculté aux juridictions nationales, sans prévoir d'obligation. Bien que ces juridictions puissent procéder à l'examen d'office d'une sentence sur le fondement de la contrariété à l'ordre public, le fait qu'elles attribuent la charge de la preuve à la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution, tout comme le niveau de preuve plus élevé qui est exigé, témoignent de l'existence d'un consensus sur le plan international quant à l'approche favorable à l'exécution caractérisant la Convention de New York et à la prudence avec laquelle il convient de recourir à l'exception d'ordre public.

c) *Conséquences*

62. La constatation de contrariété à l'ordre public est sanctionnée par le refus éventuel des juridictions des États contractants d'accorder la reconnaissance et l'exécution de la sentence. S'il s'agit d'une faculté discrétionnaire, au sens où la Convention de New York n'impose pas de refuser la reconnaissance et l'exécution ("[l]a reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées"), certaines juridictions ont décidé que, lorsqu'il était possible de dissocier la partie de la sentence contrevenant à l'ordre public, ses autres dispositions pourraient être reconnues et exécutées.

63. La Haute Cour de Hong Kong a été amenée à statuer sur cette question dans une affaire relative à une sentence contestée au motif de l'existence d'une fraude, plus précisément en raison du fait qu'un témoin avait été enlevé et contraint à faire une fausse déclaration sous serment. La Cour a estimé que "[s]i une sentence comportait une partie contestable, il serait absurde de rejeter également le reste de ses dispositions"¹¹⁶³. Elle a ainsi accordé l'exécution de la partie de la sentence qui portait sur le remboursement d'une caution pour la vente de produits non livrés, point qui, à son avis, n'était pas concerné par l'invocation du motif d'ordre public.

64. Si l'article V-2 b) de la Convention de New York ne se limite pas expressément aux dispositions d'une sentence contestées sur le fondement de l'ordre public, la Haute Cour de Hong Kong a estimé qu'une telle interprétation était correcte et conforme à l'article V-1 c), lequel prévoit la dissociabilité des dispositions d'une sentence qui "porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire ou [qui] contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire".

¹¹⁶³J. J. Agro Industries (P) Ltd. c. Texuna International Ltd., High Court (Hong Kong), 12 août 1992, HCMP000751/1992.

65. Parmi les autres exemples de sentences dont des dispositions contraires à l'ordre public ont été dissociées du reste de la décision — lequel s'est vu accorder la reconnaissance et l'exécution —, on compte des affaires dans lesquelles était ordonné le versement d'intérêts d'un montant tel qu'il a été considéré comme contrevenant à l'ordre public. Dans ces affaires, les juridictions saisies ont opéré une dissociation, soit de l'ensemble des dispositions de la sentence portant sur les intérêts¹¹⁶⁴, soit de la partie de la somme d'intérêts fixée qui excédait le montant considéré comme approprié dans l'État d'exécution¹¹⁶⁵.

¹¹⁶⁴Voir *Laminoirs-Tréfileries-Câbleries de Lens S.A. c. Southwire Co. and Southwire International Corp.*, District Court, Northern District of Georgia (États-Unis d'Amérique), 18 janvier 1980, 484 F. Supp. 1063 (1980); *Obers-ter Gerichtshof* (Autriche), 26 janvier 2005, 3Ob221/04b, XXX Y.B. Com. Arb. (2005), p. 421.

¹¹⁶⁵Voir *Harbottle Co. Ltd. c. Egypt for Foreign Trade Co.*, Cour de cassation (Égypte), 21 mai 1990, 815/52.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article VI tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.34; E/CONF.26/L.16; E/CONF.26/L.44.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 11^e, 12^e, 13^e, 14^e et 17^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.11; E/CONF.26/SR.12; E/CONF.26/SR.13; E/CONF.26/SR.14; E/CONF.26/SR.17.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Introduction

1. L'article VI de la Convention régit la situation dans laquelle une partie demande l'annulation d'une sentence dans le pays où elle a été rendue, tandis que l'autre partie demande son exécution en un autre lieu.
2. Dans ce contexte de procédures parallèles, l'article VI représente un compromis entre deux préoccupations également légitimes, à savoir faire prévaloir la force exécutoire des sentences arbitrales étrangères et ménager un contrôle judiciaire sur ces sentences en laissant aux juridictions des États contractants la liberté de décider de suspendre, ou non, leur procédure d'exécution¹¹⁶⁶.
3. L'article VI ne figurait pas dans les versions initiales du projet de convention et les questions qu'il traite ont été examinées pour la première fois au cours de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international convoquée pour l'élaboration et l'adoption de la Convention. En abordant ces questions, les rédacteurs de la Convention entendaient, d'une part, empêcher qu'une partie souhaitant faire obstacle à l'exécution d'une sentence ne contourné les dispositions de la Convention en engageant simplement une procédure d'annulation ou de suspension de ladite sentence et, d'autre part, limiter le risque qu'une sentence exécutée soit ensuite annulée dans le pays où elle a été rendue.
4. Comme l'a expliqué M. de Sydow, Président du Groupe de travail n° 3, chargé de la rédaction de l'article VI: "[L]e Groupe de travail recommande l'adoption de cet article pour permettre à l'autorité chargée de l'exécution de surseoir à sa décision si elle estime que l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée valablement dans le pays où la sentence a été rendue. Cependant, pour empêcher que la partie perdante n'abuse de cette disposition en entamant une procédure d'annulation sans raison valable, dans le simple dessein de retarder ou de faire échouer l'exécution de la sentence, l'autorité compétente doit pouvoir, en pareil cas, exécuter la sentence immédiatement ou ne surseoir à l'exécution qu'à condition que la partie opposée à l'exécution fournisse des sûretés convenables."¹¹⁶⁷
5. L'article VI peut être considéré comme marquant un progrès important par rapport à la Convention de Genève de 1927, qui faisait obligation à une juridiction

¹¹⁶⁶Voir *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 981; Nicola C. Port, Jessica R. Simonoff et al., "Article VI", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 415, et plus précisément p. 416. Voir aussi *Continental Transfer Technique Ltd. c. Federal Government of Nigeria*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 30 mars 2010, [2010] EWHC 780 (Comm); *IPCO c. Nigeria (NNPC)*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, [2005] EWHC 726 (Comm).

¹¹⁶⁷Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 4.

étrangère de refuser l'exécution dans le simple cas où une demande d'annulation de la sentence avait été introduite dans le pays où elle avait été rendue¹¹⁶⁸. L'article VI, au contraire, permet tout simplement aux juridictions nationales de surseoir à statuer sur l'exécution si elles "l'estim[ent] approprié"¹¹⁶⁹. L'article 36-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international énonce en substance le même principe¹¹⁷⁰.

6. Bien que l'article VI soit souvent invoqué conjointement avec l'article V-1 e), qui dispose qu'une juridiction étatique peut refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence si ladite sentence "n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays"¹¹⁷¹, il vise une situation différente. En décidant de suspendre la procédure d'exécution, les juridictions cherchent à préserver le statu quo en vue de permettre qu'une demande d'annulation ou de suspension de la sentence soit introduite dans le pays dans lequel elle a été rendue¹¹⁷². En ce sens, l'article VI peut être considéré comme "un corollaire" de l'article V-1 e), destiné à combler le "vide temporel" existant durant la période où une action en annulation de la sentence est pendante devant une autorité compétente¹¹⁷³.

¹¹⁶⁸Voir l'article premier de la Convention de Genève de 1927: "Pour obtenir cette reconnaissance ou cette exécution, il sera nécessaire, en outre: [...] d) que la sentence soit devenue définitive dans le pays où elle a été rendue, en ce sens qu'elle ne sera pas considérée comme telle si elle est susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation (dans les pays où ces procédures existent), ou s'il est prouvé qu'une procédure tendant à contester la validité de la sentence est en cours; [...]". Voir aussi Philippe Fouchard, *L'arbitrage commercial international* (1965), p. 535; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 353.

¹¹⁶⁹Le tribunal de district pour le district de Columbia a défini le terme "adjourn" ("surseoir" dans la version française de la Convention), au sens de l'article VI, comme: le fait de "suspendre la procédure ou de la rejeter, sans préjudice du droit du demandeur de réintroduire l'instance". Voir *Telcordia Technologies, Inc. c. Telkom SA, Limited*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 9 avril 2004, 02-1990. Voir aussi *CPC Construction Pioneers Baugesellschaft Anstalt c. The Government of the Republic of Ghana, Ministry of Roads and Transport*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 12 août 2008, 1:04-01564 (LFO); *Continental Transfert Technique Lmt. c. Federal Government of Nigeria et al.*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 23 mars 2010, 08-2026 (PLF).

¹¹⁷⁰L'article 36-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international dispose que: "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."

¹¹⁷¹Pour une analyse plus détaillée, voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 e).

¹¹⁷²*ESCO Corp c. Bradken Resources Pty Ltd*, Federal Court (Australie), 9 août 2011, NSD 876 de 2011.

¹¹⁷³Christoph Liebscher, "Article VI", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 438, et plus précisément p. 439; Michael H. Strub, "Resisting Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under Article V(1)(e) and Article VI of the New York Convention: A Proposal for Effective Guidelines", 68 *Tex. L. Rev.* (1989-1990), p. 1031, et plus précisément p. 1047.

7. Il a fallu un certain temps pour que les praticiens aient recours aux possibilités offertes par l'article VI¹¹⁷⁴. Aujourd'hui, des juridictions du monde entier appliquent cette disposition qui leur permet de promouvoir les objectifs de la Convention en facilitant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

Analyse

A. Principes généraux

a) *La condition selon laquelle une demande d'annulation ou de suspension d'une sentence doit être pendante*

8. L'article VI de la Convention exige que l'annulation ou la suspension de la sentence "[ait été] demandée" à l'autorité compétente. En l'absence d'une telle demande, les juridictions étatiques doivent refuser de surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence.

9. Plusieurs juridictions ont examiné la question de savoir si elles devaient suspendre la procédure d'exécution sur le fondement de l'article VI dans des cas où il n'était pas établi que la demande pendante tendait à obtenir l'annulation ou la suspension de la sentence. Par exemple, le tribunal de district des États-Unis pour le district ouest de Washington a estimé qu'une demande de dommages et intérêts dans le cadre d'une deuxième procédure arbitrale ne constituait pas une action en vue d'obtenir l'annulation ou la suspension de la sentence au sens de l'article VI¹¹⁷⁵. Dans une autre affaire, la cour d'appel de la troisième circonscription des États-Unis a rejeté une demande de sursis à statuer au motif qu'une action introduite devant le même tribunal arbitral en vue d'obtenir réparation d'un dommage survenu postérieurement au prononcé d'une première sentence ne constituait pas une action en vue d'obtenir l'annulation ou la suspension de la sentence¹¹⁷⁶. Dans une autre affaire encore, la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud a refusé d'accorder le sursis à statuer dans une situation où le défendeur n'était pas parvenu à établir que la demande introduite devant l'autorité compétente en Suède avait trait à l'annulation ou à la suspension de la sentence¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁴Voir Pieter Sanders, "A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 13 Int'l Law (1979), p. 269, et plus précisément p. 273.

¹¹⁷⁵*Korea Wheel Corporation c. JCA Corporation*, District Court, Western District of Washington at Seattle (États-Unis d'Amérique), 16 décembre 2005, C05-1590C.

¹¹⁷⁶*Stephen and Mary Birch Foundation, Inc. c. Admart AG, Heller Werkstatt GesmbH and others*, Court of Appeals, Third Circuit (États-Unis d'Amérique), 8 août 2006, 04-4014.

¹¹⁷⁷*Hallen c. Angledal*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 10 juin 1999, 50055 de 1999.

10. Les juridictions exigent en outre de la partie s'opposant à l'exécution qu'elle démontre que la demande d'annulation ou de suspension de la sentence est toujours pendante. Si la demande a déjà été rejetée, elles refusent de surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence¹¹⁷⁸. À titre d'exemple, une juridiction française a refusé de surseoir à statuer au motif que, même si la partie ayant demandé le sursis à statuer avait saisi les tribunaux italiens en vue d'obtenir la suspension de l'exécution de la sentence, elle avait été déboutée de son action par la cour d'appel de Rome¹¹⁷⁹.

b) *La demande tendant à l'annulation ou à la suspension de la sentence doit être introduite auprès d'une "autorité compétente"*

11. L'article VI de la Convention dispose que les juridictions étatiques peuvent surseoir à statuer sur l'exécution si la demande tendant à obtenir l'annulation ou la suspension de la sentence a été introduite auprès d'une "autorité compétente". Pour déterminer si cette condition est remplie, les juridictions se réfèrent aux critères figurant à l'article V-1 e) de la Convention¹¹⁸⁰.

12. Ainsi que le souligne le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 e), le pays d'après la loi duquel la sentence a été élaborée est souvent le même que le pays dans lequel elle a été rendue et donc, en pratique, les tribunaux étatiques se réfèrent le plus souvent au pays dans lequel l'arbitrage a eu lieu¹¹⁸¹.

13. Si la juridiction n'est pas convaincue que la demande a été introduite auprès d'une "autorité compétente", au sens des articles V-1 e) et VI, la demande de sursis est rejetée. Par exemple, la Cour d'appel du Luxembourg a écarté une demande en surséance en faisant observer qu'aucune action en annulation n'était pendante en Belgique, appliquant ainsi le critère du "tribunal du pays dans lequel la sentence a été rendue"¹¹⁸². De même, le tribunal de première instance de Rotterdam a rejeté une demande de sursis à statuer fondée sur une requête en annulation pendante

¹¹⁷⁸S.A. *Recam Sonofadex c. S.N.C. Cantieri Rizzardi de Gianfranco Rizzardi*, cour d'appel d'Orléans (France), 5 octobre 2000; Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal d'appel de la République et canton du Tessin (Suisse), 9 décembre 2010, 14.2010.98.

¹¹⁷⁹S.A. *Recam Sonofadex c. S.N.C. Cantieri Rizzardi de Gianfranco Rizzardi*, cour d'appel d'Orléans (France), 5 octobre 2000.

¹¹⁸⁰Voir, par exemple, *Four Seasons Hotels and Resorts, B.V., et al. c. Consórcio Barr, S.A.*, District Court, Southern District of Florida, Miami Division (États-Unis d'Amérique), 4 juin 2003, 02-23249; *Belize Social Development Ltd. c. Government of Belize*, Court of Appeals, D.C. Circuit (États-Unis d'Amérique), 13 janvier 2012, 10-7167; *The Commercial Company for Investment c. Bell Rover Shipping Limited*, cour d'appel du Caire (Égypte), 19 mars 1997, 68/113

¹¹⁸¹Pour une analyse détaillée de la jurisprudence, voir le chapitre du Guide consacré à l'article V-1 e).

¹¹⁸²*Kersa Holding Company Luxembourg c. Infancourtage, Famajuk Investment et Isny*, Cour supérieure de justice (Luxembourg), 24 novembre 1993. Voir aussi *The Commercial Company for Investment c. Bell Rover Shipping Limited*, cour d'appel du Caire (Égypte), 19 mars 1997.

devant les juridictions belges au motif que les juridictions israéliennes avaient une compétence exclusive pour connaître d'une demande d'annulation visant une sentence rendue en Israël¹¹⁸³. La cour d'appel pour le district de Columbia aux États-Unis a estimé que lorsqu'un arbitrage avait eu lieu à Londres sous l'empire de la législation arbitrale anglaise, les juridictions anglaises constituaient "l'autorité compétente possédant la compétence primaire sur la sentence définitive" et qu'en l'absence d'action introduite en vue d'obtenir l'annulation ou la suspension de ladite sentence devant ces juridictions, le sursis à statuer devait être refusé¹¹⁸⁴. Dans cette affaire, la Cour a rappelé que la procédure d'exécution ne saurait être suspendue "que si [...] l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente"¹¹⁸⁵.

14. Conformément au principe selon lequel il incombe à la partie s'opposant à l'exécution d'une sentence arbitrale de prouver que l'un ou l'autre des moyens de défense tirés de la Convention s'applique¹¹⁸⁶, la partie qui souhaite obtenir un sursis à statuer doit apporter la preuve que l'autorité saisie de la demande est compétente pour en connaître. Sur cette base, la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud a refusé dans l'affaire *Hallen c. Angledal* de surseoir à statuer sur l'exécution, car elle n'a pas "estimé que les défendeurs ont établi que la demande nécessaire a été introduite auprès de l'autorité compétente en Suède"¹¹⁸⁷.

c) *La partie concernée doit-elle demander que soit prononcé le sursis à statuer ou que soit ordonné le dépôt de sûretés?*

15. Conformément à l'article VI de la Convention, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut ordonner à la partie s'opposant à l'exécution de fournir des sûretés convenables "à la requête de la partie qui demande l'exécution". Les termes de l'article VI n'autorisent les juridictions à ordonner le dépôt de sûretés que si la partie qui demande l'exécution en fait la requête.

¹¹⁸³*Isaac Glycer c. Moses Israel Glycer et Estera Glycer-Nottman*, Président du tribunal de district de Rotterdam (Pays-Bas), 24 novembre 1994, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 635.

¹¹⁸⁴*Belize Social Development Ltd. c. Government of Belize*, Court of Appeals, D.C. Circuit (États-Unis d'Amérique), 13 janvier 2012, 10-7167.

¹¹⁸⁵*Id.*

¹¹⁸⁶Voir, par exemple, *Encyclopaedia Universalis, S.A. c. Encyclopaedia Britannica, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 31 mars 2005, 403 F.3d 85. Voir aussi *Thai-Lao Lignite Co. Ltd. et al. c. Government of the Lao People's Democratic Republic*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 3 août 2011, 10 Civ. 5256 (KMW); *Europcar Italia, S.p.A. c. Maiellano Tours, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 2 septembre 1998, 97-7224.

¹¹⁸⁷*Hallen c. Angledal*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 10 juin 1999, 50055 de 1999. Voir aussi *Four Seasons Hotels and Resorts, B.V., et al. c. Consórcio Barr, S.A.*, District Court, Southern District of Florida, Miami Division (États-Unis d'Amérique), 4 juin 2003, 02-23249.

16. Dans sa décision rendue en l'affaire *Spier*, le tribunal de district des États-Unis pour le district sud de New York a d'abord fait observer qu'il ne devrait pas ordonner le dépôt de sûretés, car "aucune des parties [...] n'a évoqué la question des sûretés"; il a cependant demandé au défendeur de faire valoir les motifs pour lesquels le dépôt de sûretés pour l'intégralité du montant de la sentence ne devrait pas être requis, même si aucune des deux parties n'avait abordé la question¹¹⁸⁸. Depuis lors, les juridictions américaines ont jugé de manière constante que le dépôt de sûretés doit être ordonné "à la requête du demandeur"¹¹⁸⁹. Dans une affaire récente, le tribunal de district des États-Unis pour le district ouest du Michigan s'est reconnu compétent pour ordonner le dépôt de sûretés en vertu de l'article VI, mais a refusé de rendre une ordonnance en ce sens, car la partie s'opposant à l'exécution avait omis de présenter une requête à cet effet¹¹⁹⁰.

17. Il est ainsi admis que l'article VI exige de la partie qui cherche à obtenir l'exécution de la sentence qu'elle demande "activement" la fourniture de sûretés¹¹⁹¹.

18. L'article VI ne pose cependant pas la même condition pour le prononcé d'un sursis à statuer. Les juridictions peuvent surseoir à statuer sur l'exécution sans qu'aucune des parties ne l'ait demandé. Par exemple, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a jugé que, même si aucune des deux parties n'avait demandé le sursis à statuer, "une juridiction peut juger d'office que statuer sur une demande au titre de l'article 103, paragraphe 5 [qui incorpore directement l'article VI et dont le libellé équivaut à cet article], reviendrait à faire mauvais usage de son temps et/ou serait contraire à la courtoisie internationale ou engendrerait vraisemblablement des problèmes de conflit de lois"¹¹⁹². Aux États-Unis, les juridictions ont estimé qu'elles disposent d'un "pouvoir intrinsèque de maîtriser [leur] rôle", indépendamment de l'article VI de la Convention, ainsi que de suspendre la procédure d'exécution¹¹⁹³.

¹¹⁸⁸*Spier c. Calzaturificio Tecnica S.p.A ("Spier I")*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 29 juin 1987, 663 F. Supp. 871.

¹¹⁸⁹*Skandia America Reinsurance Corporation c. Caja Nacional de Ahorro y Seguros*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 21 mai 1997, 96 Civ. 2301 (KMW), XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 956; *Consorcio Rive, S.A. de C.V. c. Briggs of Cancun, Inc., David Briggs Enterprises, Inc.*, District Court, Eastern District of Louisiana (États-Unis d'Amérique), 26 janvier 2000, 99-2205, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 1115.

¹¹⁹⁰*Leonard Higgins c. SPX Corporation*, District Court, Western District of Michigan (États-Unis d'Amérique), 18 avril 2006, 2006 WL 1008677.

¹¹⁹¹Nicola C. Port, Jessica R. Simonoff et al., "Article VI", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 415, et plus précisément p. 434.

¹¹⁹²*Yukos Oil Co. c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, [2002] EWCA Civ 543.

¹¹⁹³*Oriental Republic of Uruguay, et al. c. Chemical Overseas Holdings, Inc. et al.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 24 janvier 2006, 05 Civ. 6154 (WHP); *Belize Social Development Ltd. c. Government of Belize*, Court of Appeals, D.C. Circuit (États-Unis d'Amérique), 13 janvier 2012, 10-7167; *Korea Wheel Corporation c. JCA Corporation*, District Court, Western District of Washington at Seattle (États-Unis d'Amérique), 16 décembre 2005, C05-1590C.

19. Les commentateurs ont également observé qu'en vertu de l'article VI, les juridictions peuvent décider de suspendre d'office la procédure d'exécution¹¹⁹⁴.

d) *Le pouvoir discrétionnaire des juridictions de surseoir à statuer sur l'exécution ou d'ordonner le dépôt de sûretés*

20. Aux termes de l'article VI de la Convention, une juridiction d'un État contractant "peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer" et "peut aussi [...] ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables". À la lumière de la "licence accordée par le libellé" de l'article VI¹¹⁹⁵, les juridictions ont toute latitude pour suspendre la procédure d'exécution ou ordonner au défendeur de fournir des sûretés. Comme l'a fait observer la Cour suprême de Hong Kong, l'emploi du terme "peut" indique que la demande de sursis à statuer est laissée à la libre appréciation des juridictions¹¹⁹⁶.

21. Le fait que les juridictions étatiques ont reçu une compétence discrétionnaire à cet égard est largement reconnu dans le monde entier. Le Président du tribunal de grande instance de Paris a admis, dans l'affaire *Saint-Gobain*, que l'article VI de la Convention donne au juge de l'exécution le pouvoir discrétionnaire de décider si la procédure d'*exequatur* doit être suspendue lorsqu'une demande d'annulation ou de suspension d'une sentence a été introduite auprès de l'autorité compétente du pays dans lequel la sentence a été rendue. Des décisions similaires ont été rendues dans de nombreux pays, parmi lesquels l'Allemagne, le Canada, les États-Unis d'Amérique, l'Italie et la Suède¹¹⁹⁷. Des juridictions australiennes ont jugé que le paragraphe 8 de l'article 8 de la loi de 1974 sur l'arbitrage international (qui donne effet à l'article VI de la Convention) leur confère "un large pouvoir discrétionnaire" ou "un pouvoir d'appréciation général" pour suspendre la procédure d'*exequatur* si elles sont convaincues qu'une demande d'annulation ou de suspension de la

¹¹⁹⁴Voir, par exemple, Christoph Liebscher, "Article VI", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 438, et plus précisément p. 440; Rena Rico, "Searching for Standards: Suspension of Enforcement Proceedings under Article VI of the New York Convention", 1 *Asian Int'l Arb. J.* (2005), p. 69, et plus précisément p. 79.

¹¹⁹⁵Voir *Europcar Italia, S.p.A. c. Maiellano Tours, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 2 septembre 1998, 97-7224.

¹¹⁹⁶*Hebei Import & Export Corp. c. Polytek Engineering Co. Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 1^{er} novembre 1996, [1996] 3 HKC 725.

¹¹⁹⁷Oberlandesgericht [OLG] de Schleswig (Allemagne), 16 juin 2008, 16 Sch 02/07; *Powerex Corp. c. Alcan Inc.*, Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada), 10 juillet 2003, 2003 BCSC 1096; *Korea Wheel Corporation c. JCA Corporation*, District Court, Western District of Washington at Seattle (États-Unis d'Amérique), 16 décembre 2005, C05-1590C; *China National Chartering Corp. et al. c. Pactrans Air & Sea Inc.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 13 novembre 2009, 06 Civ. 13107 (LAK); *DRC Inc. c. Republic of Honduras*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 28 mars 2011, 10-0003 (PLF); *Nuovo Pignone SpA c. Schlumberger SA.*, cour d'appel de Florence (Italie), 17 mai 2005, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007), p. 403; *AB Götaverken c. General National Maritime Transport Company (GNMTC)*, Libye et autres, Cour suprême (Suède), 13 août 1979, VI Y.B. Com. Arb. (1981), p. 237;.

sentence en cause a été introduite auprès de l'autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue¹¹⁹⁸. De même, les juridictions anglaises estiment qu'elles disposent d'un "large" pouvoir discrétionnaire¹¹⁹⁹ en vertu de l'article VI et qu'elles "peuvent envisager d'exercer [leur] pouvoir discrétionnaire sans restriction"¹²⁰⁰.

22. Le pouvoir discrétionnaire des juridictions étatiques ne s'applique pas seulement à la décision de surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence, mais aussi à la question de savoir si un défendeur doit fournir des sûretés, ainsi qu'au montant de ces sûretés¹²⁰¹.

23. Les principaux commentateurs conviennent qu'eu égard à la licence accordée par les termes employés dans l'article VI, ainsi qu'à la teneur des travaux préparatoires¹²⁰², la décision de suspendre la procédure d'exécution et/ou d'ordonner le dépôt de sûretés est discrétionnaire¹²⁰³.

¹¹⁹⁸*ESCO Corp c. Bradken Resources Pty Ltd*, Federal Court (Australie), 9 août 2011, [2011] FCA 905; *Hallen c. Angledal*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 10 juin 1999, S0055 de 1999.

¹¹⁹⁹*IPCO c. Nigeria (NNPC)*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, [2005] EWHC 726 (Comm). Voir aussi *Dowans Holding S.A. c. Tanzania Electric Supply Co. Ltd.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 July 2011, [2011] EWHC 1957 (Comm).

¹²⁰⁰*Continental Transfer Technique Ltd. c. Federal Government of Nigeria*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 30 mars 2010, [2010] EWHC 780 (Comm). Aux États-Unis, l'article VI a également été interprété comme garantissant aux juridictions "un pouvoir discrétionnaire sans restriction" pour surseoir à statuer en attendant l'issue d'une requête en annulation: voir *Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise c. Tradeway, Inc.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 11 mars 1996, 95 Civ. 10279, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 958.

¹²⁰¹*Spier c. Calzaturificio Tecnica S.p.A.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 29 juin 1987, 663 F. Supp. 871; *Consorcio Rive, S.A. de C.V. c. Briggs of Cancun, Inc., David Briggs Enterprises, Inc.*, District Court, Eastern District of Louisiana (États-Unis d'Amérique), 26 janvier 2000, 99-2205, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 1115; *Yukos Oil Co. c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, [2002] EWCA Civ 543; *IPCO c. Nigeria (NNPC)*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, [2005] EWHC 726 (Comm); *The Republic of Gabon c. Swiss Oil Corporation*, Grand Court (îles Caïmanes), 17 juin 1988, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 621.

¹²⁰²Voir le chapitre du Guide consacré à l'article VI, par. 4. Voir aussi une proposition du représentant des Pays-Bas à la Conférence énonçant que "[l]e juge du pays d'exécution doit avoir toute latitude soit d'accorder immédiatement l'*exequatur* s'il estime qu'il n'y a aucune raison de le refuser, soit d'attendre le résultat d'une action en annulation intentée dans le pays où la sentence a été rendue". Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 11^e séance, E/CONF.26/SR.11, p. 5.

¹²⁰³Voir, par exemple, Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), p. 2873 et 2874; W. Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention", 3 Arb. Int'l (1987), p. 209, et plus précisément p. 211; Christoph Liebscher, "Article VI", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 438; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 353 et 358.

B. La décision d'accorder ou de refuser le sursis à statuer

a) *L'absence de critère*

24. La Convention ne fournit aucun critère permettant aux juridictions des États contractants de décider si elles doivent ou non suspendre la procédure d'exécution, ce qui leur permet de faire usage de leur liberté d'appréciation¹²⁰⁴.

25. Dans l'affaire *Fertilizer Corporation of India* jugée en 1981, le tribunal de district des États-Unis pour le district sud de l'Ohio a observé qu'il n'était parvenu à découvrir aucun critère sur lequel fonder une décision de sursis à statuer, autre que celui consistant à apprécier si une demande visant l'annulation ou la suspension de la sentence avait été introduite auprès de l'autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence avait été rendue¹²⁰⁵. De même, la Haute Cour de justice anglaise a estimé que la loi de 1996 sur l'arbitrage ne propose pas de critère minimal pour l'exercice par le juge du large pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par l'article 103, paragraphe 5, de cette loi (lequel donne effet à l'article VI de la Convention)¹²⁰⁶.

26. Il est largement admis que ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé "rationnellement"¹²⁰⁷. Comme l'affirme la cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis, "lorsqu'une procédure parallèle est en cours dans le pays d'origine et qu'il existe une possibilité que la sentence soit annulée, un tribunal de district agirait de manière inconsidérée en exécutant la sentence avant l'issue de la procédure étrangère"¹²⁰⁸.

27. En l'absence de critère reconnu, certaines juridictions ont, par le passé, suspendu la procédure d'exécution en se fondant sur la seule considération qu'une action en annulation était pendante devant l'autorité compétente, telle que définie aux articles V-1 e) et VI de la Convention. Par exemple, dans l'affaire *Norsolor*, la

¹²⁰⁴W. Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention", 3 *Arb. Int'l* (1987), p. 209, et plus précisément p. 220; Nicola C. Port, Jessica R. Simonoff *et al.*, "Article VI", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento *et al.*, dir. publ., 2010), p. 415, et plus précisément p. 419.

¹²⁰⁵*Fertilizer Corp. of India (Inde) c. IDI Mgmt. Inc. (États-Unis)*, District Court, Southern District of Ohio (États-Unis d'Amérique), 9 juin 1981, C-1-79-570.

¹²⁰⁶*IPCO c. Nigerian National Petroleum Corp.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 17 avril 2008, [2008] EWHC 797 (Comm).

¹²⁰⁷*Dowans Holding S.A. c. Tanzania Electric Supply Co. Ltd.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 juillet 2011, [2011] EWHC 1957 (Comm); Rena Rico, "Searching for Standards: Suspension of Enforcement Proceedings under Article VI of the New York Convention", 1 *Asian Int'l Arb. J.* (2005), p. 69, et plus précisément p. 79.

¹²⁰⁸*Eurocar Italia, S.p.A. c. Maiellano Tours, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 2 septembre 1998, 97-7224.

cour d'appel de Paris a suspendu l'*exequatur* dans l'attente de l'issue d'une action en annulation de la sentence introduite devant la cour d'appel de Vienne, au motif que si la sentence était annulée à Vienne, la procédure d'*exequatur* deviendrait sans objet¹²⁰⁹. Aux États-Unis, le tribunal de district pour le district sud de New York a également suspendu la procédure d'exécution dans l'affaire *Spier* par respect pour la décision de l'autorité compétente¹²¹⁰.

28. Cependant, la Convention ne prévoit pas que la procédure d'exécution doit être automatiquement suspendue en cas d'introduction d'une demande en annulation¹²¹¹. Comme le montrent les travaux préparatoires, lorsque les circonstances le justifient, une sentence peut être exécutée bien qu'une demande en annulation dirigée contre elle soit pendante¹²¹².

29. En vertu du pouvoir discrétionnaire conféré aux juridictions des États contractants par l'article VI, celles-ci conservent toute latitude d'exécuter une sentence arbitrale même si une action en annulation est pendante dans le pays où la sentence a été rendue. Ainsi, les juridictions des États-Unis ont estimé plus récemment qu'elles ne sont pas tenues de surseoir à statuer "du simple fait qu'une action est pendante dans le pays d'origine"¹²¹³ et qu'elles "ne devraient pas automatiquement suspendre la procédure d'*exequatur* au motif qu'une procédure parallèle est pendante dans le pays d'origine"¹²¹⁴. De même, la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud a jugé que les juridictions australiennes ne devraient pas suspendre une action tendant à l'exécution d'une sentence arbitrale au seul motif qu'une action en annulation de la sentence est pendante devant l'autorité compétente¹²¹⁵. Selon les termes de la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud, "cela n'est pas en soi un motif suffisant"¹²¹⁶.

¹²⁰⁹*Norsolor S.A. c. Pabalk Ticaret Limited Sirketi*, cour d'appel de Paris (France), 15 décembre 1981. Voir aussi *C.C.M. SULZER c. Société Maghrébienne de Génie Civil (SOMAGEC), Société des Anciens Établissements Riad Sahyoun (S.A.E.R.S.) et M. Riad Sahyoun*, cour d'appel Paris (France), 17 février 1987, 86.4767. En ce qui concerne la position actuelle de la France, voir le chapitre du Guide consacré à l'article VI, par. 30.

¹²¹⁰*Spier c. Calzaturificio Tecnica S.p.A.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 29 juin 1987, 663 F. Supp. 871.

¹²¹¹Rena Rico, "Searching for Standards: Suspension of Enforcement Proceedings under Article VI of the New York Convention", 1 *Asian Int'l Arb. J.* (2005), p. 69, et plus précisément p. 77; W. Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention", 3 *Arb. Int'l* (1987), p. 209, et plus précisément p. 221.

¹²¹²Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 4.

¹²¹³*Sarhank Group c. Oracle Corporation*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 9 octobre 2002, 2002 WL 31268635, XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 1043.

¹²¹⁴*MGM Productions Group, Inc. c. Aeroflot Russian Airlines*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 14 mai 2003, 573 F. Supp. 2d 772, XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 1271. Voir aussi *Alto Mar Girassol c. Lumbermens Mutual Casualty Company*, District Court, Northern District of Illinois Eastern Division (États-Unis d'Amérique), 12 avril 2005, 04 C 773.

¹²¹⁵*Hallen c. Angledal*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 10 juin 1999, 50055 de 1999.

¹²¹⁶Id.

30. De même, ces dernières années, les juridictions françaises ont refusé à maintes reprises de suspendre des procédures d'*exequatur* sur le fondement de l'article VI de la Convention. Dans l'affaire *Bargues*, de 2004, la cour d'appel de Paris a estimé que l'éventuelle annulation de la sentence dans le pays dans lequel elle a été rendue ne portait pas atteinte à son existence en empêchant sa reconnaissance et son exécution dans d'autres ordres juridiques nationaux et, qu'en conséquence, les dispositions de l'article VI "n'offr[ai]ent aucune utilité dans le système de la reconnaissance et de l'exécution [des sentences]"¹²¹⁷.

b) *Les différents facteurs pris en compte par les juridictions étatiques*

31. Les juridictions étatiques ont élaboré leurs propres raisonnements lors de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire et ont pris en compte un large éventail de facteurs pour décider de faire droit ou non aux demandes de sursis à statuer. On peut compter parmi ces facteurs: l'objectif de la Convention, qui est de faciliter l'exécution des sentences arbitrales et d'accélérer le règlement des différends, la probabilité que la partie qui demande l'annulation obtienne gain de cause, la durée prévisible de la procédure pendante dans le pays où la sentence a été rendue, les difficultés auxquelles seraient potentiellement exposées les parties en cas de suspension, l'efficacité de la justice et la courtoisie internationale.

32. Les juridictions suédoises et australiennes ont considéré que, pour décider de suspendre ou non la procédure d'exécution sur le fondement de l'article VI, les juges devaient tenir compte de la durée de la procédure d'annulation, ainsi que de ses chances de succès. Les juridictions allemandes et néerlandaises ont évalué les chances de succès de l'action en annulation et mis en balance les intérêts des parties pour apprécier l'opportunité d'une suspension de la procédure. Une approche similaire a été adoptée par la Cour suprême des îles Caïmanes dans l'affaire *Republic of Gabon c. Swiss Oil Corporation*. En l'espèce, cette cour a pris en considération la durée et la probabilité de succès de la procédure en annulation pendante devant la cour d'appel de Paris. Eu égard à la brièveté probable de la procédure française et au fait que les "motifs sérieux" invoqués par le demandeur pouvaient laisser penser que la demande n'était pas "une simple manœuvre dilatoire", elle a décidé de suspendre la procédure d'*exequatur*. Elle a estimé que le sursis à statuer n'entraînerait "aucune difficulté supplémentaire importante pour le demandeur [à savoir la République du Gabon]" et que "si la présente juridiction rendait sa décision avant celle de la cour parisienne en l'espèce, elle courait le risque de donner libre cours à l'exécution d'une sentence qui pourrait quelques jours plus tard ne

¹²¹⁷*Société Bargues Agro Industrie SA c. Société Young Pecan Company*, cour d'appel de Paris (France), 10 juin 2004, 2003/09894.

plus constituer un fondement valide pour l'*exequatur*¹²¹⁸. De même, dans l'affaire *IPCO*, la Haute Cour anglaise a jugé pertinentes les considérations suivantes: la question de savoir si la demande introduite devant la juridiction du pays où a eu lieu l'arbitrage est une demande de bonne foi, et non une simple manœuvre dilatoire, si la demande introduite auprès de la juridiction dudit pays a, au minimum, une chance réelle (c'est-à-dire réaliste) de succès, l'importance du retard engendré par un éventuel sursis à statuer et le préjudice susceptible d'en découler¹²¹⁹.

33. Aux États-Unis, dans sa décision rendue en l'affaire *Europcar Italia, S.p.A. c. Maiellano Tours, Inc.*, la cour d'appel de la deuxième circonscription a donné une liste non exhaustive des facteurs à prendre en considération pour statuer sur une demande de suspension de la procédure. Parmi ceux-ci se trouvent: l'objectif global de l'arbitrage (à savoir la possibilité de résoudre rapidement les différends et d'éviter des procédures judiciaires interminables et coûteuses), l'état de la procédure étrangère et sa durée estimée, la question de savoir si la sentence dont l'exécution est demandée va faire l'objet d'un examen plus approfondi dans le cadre de la procédure étrangère, laquelle n'impose pas de faire preuve d'autant de retenue dans l'examen de la cause, les caractéristiques de la procédure étrangère, la mise en balance des difficultés éventuelles causées aux parties et toute autre circonstance susceptible de faire pencher la balance pour ou contre le sursis à statuer¹²²⁰.

34. Une approche similaire, reposant sur une multiplicité de facteurs, a été adoptée au Canada par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Powerex Corp. c. Alcan Inc.*¹²²¹. En l'espèce, la Cour avait d'abord sursis à statuer après avoir tenu compte de différents facteurs, y compris les points de savoir si la requête en annulation de la sentence introduite aux États-Unis était abusive, si une suspension retarderait la procédure de manière injustifiée et s'il ne serait pas plus pratique et plus efficace que ce soit une juridiction américaine qui tranche des questions relevant de son droit interne. Lorsque le juge américain a rejeté la requête en annulation de la sentence, Alcan a fait appel de cette décision et Powerex a renouvelé sa demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a jugé que la partie demandant le sursis à

¹²¹⁸*The Republic of Gabon c. Swiss Oil Corporation*, Grand Court (îles Caïmanes), 17 juin 1988, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 621.

¹²¹⁹*IPCO c. Nigeria (NNPC)*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, [2005] EWHC 726 (Comm).

¹²²⁰*Europcar Italia, S.p.A. c. Maiellano Tours, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 2 septembre 1998, 97-7224. Les décisions ultérieures rendues aux États-Unis font application de ces critères pour déterminer si la procédure d'*exequatur* doit ou non être suspendue: voir, par exemple, *MGM Productions Group, Inc. c. Aeroflot Russian Airlines*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 14 mai 2003, 573 F. Supp. 2d 772, XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 127; *G. E. Transp. S.P.A. c. Republic of Albania*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 28 mars 2011, 08-2042 (RMU); *DRC Inc. c. Republic of Honduras*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 10-0003 (PLF).

¹²²¹*Powerex Corp. c. Alcan Inc.*, Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada), 30 juin 2004, 2004 BCSC 876. Voir aussi *Powerex Corp. c. Alcan Inc.*, Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada), 10 juillet 2003, 2003 BCSC 1096.

statuer devait être en mesure d'établir que le critère minimal de "l'existence d'une question sérieuse à trancher" était rempli. En mettant en balance la commodité et l'éventualité d'un dommage irréparable, la Cour a observé qu'elle devait prendre en considération un certain nombre de facteurs, y compris le temps estimé nécessaire pour mener la procédure à son terme dans le pays d'origine, la question de savoir si la partie s'opposant à l'exécution ne cherche "qu'à retarder l'inévitable", si la juridiction du pays d'origine a déjà refusé d'annuler la sentence, le fait que des sûretés aient été constituées, la possibilité que la partie s'opposant à l'exécution dissimule ou disperse ses avoirs avant l'exécution, ainsi que sa volonté de mener avec diligence l'action intentée dans le pays d'origine.

c) *L'existence éventuelle de facteurs auxquels les juridictions étatiques doivent attacher une importance particulière*

35. Bien que les juridictions étatiques tendent à prendre en compte le même ensemble de facteurs lorsqu'elles tranchent la question de savoir s'il convient de suspendre la procédure d'*exequatur*, certains de ces facteurs sont plus fréquemment invoqués que d'autres et la décision de suspendre la procédure dépend souvent pour beaucoup d'un ou de deux d'entre eux.

36. Certaines juridictions accordent une importance primordiale à la durée estimée de la procédure d'annulation dans le pays où la sentence a été rendue. La Cour suprême de Victoria a ainsi jugé que "le facteur déterminant est le fait que la suspension sera relativement brève"¹²²². Certaines juridictions, faisant application de ce facteur, ont refusé de suspendre la procédure d'*exequatur* lorsque la décision sur l'annulation devait intervenir "dans un délai se comptant en années plutôt qu'en jours"¹²²³, et ont accordé le sursis à statuer lorsque la décision devait intervenir dans un délai de quelques jours ou mois¹²²⁴.

37. La probabilité du succès de la procédure d'annulation est également un facteur essentiel sur lequel se fondent les juridictions étatiques pour déterminer s'il convient de suspendre la procédure d'*exequatur*¹²²⁵.

¹²²²*Toyo Engineering Corp c. John Holland Pty Ltd*, Supreme Court of Victoria (Australie), 20 décembre 2000, 7565 de 2000. Voir aussi *Powerex Corp. c. Alcan Inc.*, Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada), 10 juillet 2003, 2003 BCSC 1096.

¹²²³*Far Eastern Shipping Co. c. AKP Sovcomflot*, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court) (Angleterre et pays de Galles), 14 novembre 1994, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 699.

¹²²⁴Voir *The Republic of Gabon c. Swiss Oil Corporation*, Grand Court (îles Caïmanes), 17 juin 1988, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 621; *Toyo Engineering Corp c. John Holland Pty Ltd*, Supreme Court of Victoria (Australie), 20 décembre 2000, 7565 de 2000.

¹²²⁵Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), p. 2876; Christoph Liebscher, "Article VI", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolf, dir. publ., 2012), p. 438, et plus précisément p. 441.

38. Aux États-Unis, une étude de la jurisprudence pertinente antérieure et postérieure à la décision *Europcar* semble montrer que les juridictions accordent ou refusent souvent le sursis en fonction principalement de leur évaluation des chances de succès de la procédure d'annulation dans le pays où la sentence a été rendue¹²²⁶. On trouve une approche similaire dans d'autres pays de *common law*. Dans sa décision rendue en l'affaire *Powerex Corp. c. Alcan Inc.*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a ainsi mis l'accent sur le facteur des "chances de succès" pour décider si la procédure d'*exequatur* devait être suspendue. De la même manière, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a relevé que l'un des facteurs primordiaux à prendre en compte était "la force de l'argument fondé sur l'invalidité de la sentence"¹²²⁷.

39. Un certain nombre de juridictions exigent que la partie qui s'oppose à l'exécution prouve que la demande d'annulation de la sentence a une chance raisonnable d'aboutir. Lorsqu'elles estiment que l'action en annulation dirigée contre la sentence est abusive et dilatoire, elles exécutent la sentence en considérant que les chances d'obtenir un jugement d'annulation sont faibles¹²²⁸.

40. Parmi les juridictions ayant décidé de suspendre la procédure d'exécution, la Cour suprême de Hong Kong a estimé, dans l'affaire *Hebei*, qu'il revenait à la partie s'opposant à l'exécution de démontrer qu'une demande de bonne foi avait été déposée auprès du tribunal de Beijing et qu'il existait des motifs sur lesquels ce tribunal pouvait raisonnablement fonder l'annulation de la sentence. Il n'était toutefois pas nécessaire que cette partie démontre qu'elle obtiendrait probablement gain de cause dans cette procédure en annulation. Compte tenu des faits de l'espèce, la Cour suprême de Hong Kong a suspendu l'exécution dans l'attente de l'issue de la demande déposée devant le tribunal de Beijing, au motif qu'il y avait un commencement de preuve indiquant que l'action en annulation de la sentence avait quelques chances d'aboutir¹²²⁹. Dans l'affaire *Powerex Corp. c. Alcan Inc.*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a suspendu la procédure d'*exequatur*

¹²²⁶Voir *Fertilizer Corp. of India c. IDI Mgmt. Inc.*, District Court, Southern District of Ohio (États-Unis d'Amérique), 9 juin 1981, 517 F. Supp. 948; *Spier c. Calzaturificio Tecnica S.p.A.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 29 juin 1987, 663 F. Supp. 871; *Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise c. Tradeway, Inc.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 11 mars 1996, 95 Civ. 10279, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 958.

¹²²⁷*Soleh Boneh International Ltd. c. Government of the Republic of Uganda and National Housing Corporation*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 12 mars 1993, [1993] 2 Lloyd's Rep 208. Voir aussi *Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Banque arabe et internationale d'investissements*, tribunal de première instance (Belgique), 25 janvier 1996; *Hallen c. Angledal*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 10 juin 1999, 50055 de 1999; *Dowans Holding S.A. c. Tanzania Electric Supply Co. Ltd.*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 juillet 2011, [2011] EWHC 1957 (Comm); Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 20 novembre 2003, 8 Sch 02/03.

¹²²⁸Rena Rico, "Searching for Standards: Suspension of Enforcement Proceedings under Article VI of the New York Convention", 1 *Asian Int'l Arb. J.* (2005), p. 69, et plus précisément p. 74.

¹²²⁹*Hebei Import & Export Corp. c. Polytek Engineering Co. Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 1^{er} novembre 1996, [1996] 3 HKC 725.

au motif, notamment, que l'action introduite par Alcan en vue d'obtenir l'annulation de la sentence devant le tribunal de l'Oregon n'était pas abusive et qu'elle était fondée sur "des arguments défendables et non vouée à l'échec"¹²³⁰. Dans l'affaire *IPCO*, la Haute Cour de justice anglaise a suspendu la procédure d'*exequatur* en considérant que la demande d'annulation avait "une chance réaliste d'aboutir"¹²³¹. Dans l'affaire *Toyo Engineering*, la Cour suprême de Victoria a estimé que "l'on ne peut dire avec certitude que la demande d'annulation est indéfendable" et, après avoir relevé que la procédure en annulation devrait être brève, a décidé de suspendre la procédure d'exécution¹²³².

41. Tout en adoptant une approche similaire, un certain nombre de tribunaux étatiques ont refusé de suspendre l'*exequatur*. Par exemple, dans l'affaire *Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Banque arabe et internationale d'investissements*, le tribunal de première instance de Bruxelles a refusé de surseoir à statuer, estimant que la partie s'opposant à l'exécution n'avait pas prouvé l'existence d'une "possibilité raisonnable d'annulation"¹²³³. De la même manière, la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud a refusé de suspendre la procédure d'*exequatur* au motif que la partie s'opposant à l'exécution n'avait pas fourni "de preuves montrant que l'action" visant à obtenir l'annulation de la sentence dans le pays où elle a été rendue "paraît de prime abord fondée ou raisonnablement défendable"¹²³⁴. En Allemagne, la Cour régionale supérieure de Celle a refusé de surseoir à statuer, car il n'était pas apparu que la partie s'opposant à l'exécution "dispose d'un intérêt prépondérant" et du fait que les "chances de succès" de la demande d'annulation de la sentence étaient "totalement incertaines"¹²³⁵. En Angleterre, la Haute Cour de justice a refusé de surseoir à statuer dans l'affaire *Far Eastern Shipping* au motif que "l'action invoquée par les défendeurs pour justifier leur demande de sursis à statuer n'avait au mieux qu'une chance lointaine et incertaine d'aboutir"¹²³⁶.

42. Une approche différente a été adoptée par certaines juridictions étatiques qui ont accordé le sursis à statuer lorsque la détermination des chances de succès d'une demande d'annulation touchait à des questions de droit interne du pays où la demande était pendante. Dans l'affaire *Construction Pioneers*, le tribunal de district

¹²³⁰*Powerex Corp. c. Alcan Inc.*, Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada), 10 juillet 2003, 2003 BCSC 1096.

¹²³¹*IPCO c. Nigeria (NNPC)*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, [2005] EWHC 726 (Comm).

¹²³²*Toyo Engineering Corp c. John Holland Pty Ltd*, Supreme Court of Victoria (Australie), 20 décembre 2000, 7565 de 2000.

¹²³³*Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Banque arabe et internationale d'investissements*, tribunal de première instance (Belgique), 25 janvier 1996. Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Bruxelles: voir *Compagnie interarabe de garantie des investissements c. Banque arabe et internationale d'investissements*, cour d'appel de Bruxelles (Belgique), 24 janvier 1997, XXII Y.B. Com. Arb. (1997), p. 643.

¹²³⁴*Hallen c. Angledal*, Supreme Court of New South Wales (Australie), 10 juin 1999, 50055 de 1999.

¹²³⁵Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 20 novembre 2003, 8 Sch 02/03.

¹²³⁶*Far Eastern Shipping Co. c. AKP Sovcomflot*, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court) (Angleterre et pays de Galles), 14 novembre 1994, XXI Y.B. Com. Arb. (1996), p. 699.

des États-Unis pour le district de Columbia a jugé qu'il convenait de surseoir à statuer sur le fondement de l'article VI, car "statuer maintenant sur cette question [l']obligerait à trancher un point de droit ghanéen complexe, qui sera tranché de manière plus adéquate par une juridiction ghanéenne". Il a estimé que "[s]i une décision ghanéenne définitive d'annulation de la sentence existait, [il] ne pourrait 'ignorer [ce] jugement comme bon lui semble'"¹²³⁷. Cette position se fonde sur l'idée que les juridictions nationales sont "mieux placées" pour trancher les questions juridiques internes¹²³⁸. Dans le même ordre d'idées, le tribunal de district des États-Unis pour le district sud de New York a indiqué que "l'examen limité autorisé par la Convention milite en faveur du respect de la procédure engagée dans le pays d'origine, en partant du principe qu'une juridiction étrangère connaissant bien son propre droit est mieux à même de statuer sur la validité de la sentence"¹²³⁹.

43. Certains commentateurs soutiennent que le critère adéquat pour déterminer s'il convient ou non de suspendre la procédure d'*exequatur* en vertu de l'article VI de la Convention ne devrait pas être la simple possibilité, ou même la probabilité, d'une incohérence entre les jugements, mais plutôt la mise en balance des préjudices potentiellement causés aux parties¹²⁴⁰. Ces commentateurs considèrent que la Convention ne prévoit pas que l'application de l'article VI dépend des chances de succès de la demande en annulation de la sentence et, qu'à la lumière de l'objectif de la Convention, qui est de faciliter et d'accélérer la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la juridiction saisie de la demande d'*exequatur* conserve le pouvoir de décider discrétionnairement en toute indépendance d'exécuter ou de suspendre l'exécution de la sentence.

44. Cette approche a été confirmée par un certain nombre de décisions dans lesquelles les juges ont mis en balance les éléments en faveur du sursis à statuer avec l'objectif principal de la Convention, à savoir faciliter et accélérer l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Selon les termes de la Cour fédérale d'Australie, le pouvoir discrétionnaire des juges doit être concilié avec leur obligation de tenir

¹²³⁷CPConstruction Pioneers Baugesellschaft Anstalt c. The Government of the Republic Ghana, Ministry of Roads and Transport, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 12 août 2008, 1:04-01564 (LFO); Spier c. Calzaturificio Tecnica S.p.A, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 29 juin 1987, 663 F. Supp. 871; Powerex Corp. c. Alcan Inc., Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada), 30 juin 2004, 2004 BCSC 876.

¹²³⁸Consorcio Rive, S.A. de C.V. c. Briggs of Cancun, Inc., David Briggs Enterprises, Inc., District Court, Eastern District of Louisiana (États-Unis d'Amérique), 26 janvier 2000, 99-2205, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 1115. Voir aussi IPCO c. Nigeria (NNPC), High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, [2005] EWHC 726 (Comm).

¹²³⁹Sarhank Group c. Oracle Corporation, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 9 octobre 2002, 2002 WL 31268635, XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 1043.

¹²⁴⁰Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), p. 2876; Christoph Liebscher, "Article VI", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 438, et plus précisément p. 443; W. Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention", 3 Arb. Int'l (1987), p. 209, et plus précisément p. 222 et 225.

dûment compte des objectifs de la loi et de “l'esprit et du but de la [Convention]”¹²⁴¹. De la même manière, les juridictions des États-Unis ont estimé que les juges doivent exercer leur liberté d'appréciation pour décider s'il convient de suspendre l'exécution d'une sentence ou de surseoir à statuer sur sa confirmation “en mettant en balance l'approche de la Convention favorable à la confirmation de la sentence avec le principe de courtoisie internationale qu'elle consacre”¹²⁴² et que l'objectif premier de la Convention, qui est de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, devrait peser lourdement sur la décision des tribunaux de district¹²⁴³. Dans l'affaire *AB Götaverken c. General National Maritime Transport Co.*, la Cour suprême de Suède a refusé de suspendre la procédure d'*exequatur* dans l'attente de l'issue de la procédure judiciaire engagée en France, “[e]u égard à l'objectif global de la Convention de New York [...] de faciliter l'exécution des sentences arbitrales étrangères”¹²⁴⁴. Le Président du tribunal de district d'Amsterdam a rendu une décision similaire¹²⁴⁵.

45. Cette solution a été suivie dans un certain nombre de décisions pour lesquelles une multiplicité de facteurs a été prise en compte – notamment dans la décision *Europcar Italia, S.p.A. c. Maiellano Tours, Inc.* (et des décisions postérieures rendues aux États-Unis et prenant en compte les mêmes éléments)¹²⁴⁶ – et elle invite les juges à mettre en balance ces différents facteurs afin d'apprécier si les droits des parties sont mieux préservés et protégés en cas de suspension ou d'exécution.

C. La décision d'ordonner le dépôt de sûretés convenables

46. Une juridiction étatique qui suspend la procédure d'exécution conformément à l'article VI de la Convention “peut aussi [...] ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables”. La Convention donne peu d'indications sur la façon dont il convient d'appliquer cette disposition et laisse au contraire aux juges un large

¹²⁴¹*ESCO Corp c. Bradken Resources Pty Ltd*, Federal Court (Australie), 9 août 2011, [2011] FCA 905.

¹²⁴²*Jorf Lasfar Energy Company, S.C.A. c. AMCI Export Corporation*, District Court, Western District of Pennsylvania (États-Unis d'Amérique), 22 décembre 2005, 05-0423; *Alto Mar Girassol c. Lumbermens Mutual Casualty Company*, District Court, Northern District of Illinois Eastern Division (États-Unis d'Amérique), 12 avril 2005, 04 C 773.

¹²⁴³*Europcar Italia, S.p.A. c. Maiellano Tours, Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 2 septembre 1998, 97-7224.

¹²⁴⁴*AB Götaverken c. General National Maritime Transport Company (GNMTC)*, Libye et autres, Cour suprême (Suède), 13 août 1979, VI Y.B. Com. Arb. (1981), p. 237.

¹²⁴⁵*Southern Pacific Properties c. République arabe d'Égypte*, Président du tribunal de district d'Amsterdam (Pays-Bas), 12 juillet 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 487.

¹²⁴⁶Voir, par exemple, *China National Chartering Corp. et al. c. Pactrans Air & Sea Inc*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 13 novembre 2009, 06 Civ. 13107 (LAK); *DRC Inc. c. Republic of Honduras*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 28 mars 2011, 10-0003 (PLF); *Alto Mar Girassol c. Lumbermens Mutual Casualty Company*, District Court, Northern District of Illinois Eastern Division (États-Unis d'Amérique), 12 avril 2005, 04 C 773.

pouvoir discrétionnaire pour décider dans quel cas exiger des sûretés, ainsi que leur montant et leur forme.

47. L'objectif de cette disposition est triple. Premièrement, elle vise à éviter la dispersion et la dissimulation de biens avant l'issue de la procédure d'annulation engagée dans le pays où la sentence a été rendue, garantissant ainsi que la sentence puisse être effectivement exécutée en cas de rejet de l'action en annulation¹²⁴⁷. Deuxièmement, elle incite la partie s'opposant à l'exécution à faire avancer sa demande d'annulation ou de suspension de la sentence "avec la plus grande diligence possible"¹²⁴⁸, de manière à éviter les retards¹²⁴⁹. Troisièmement, elle offre à la partie qui demande l'exécution de la sentence les garanties adéquates d'un paiement rapide une fois le différend tranché¹²⁵⁰.

a) *La relation entre le sursis à statuer et les sûretés*

48. Nonobstant le pouvoir discrétionnaire conféré aux juridictions étatiques de suspendre la procédure d'*exequatur* et d'ordonner la constitution de sûretés, la plupart d'entre elles n'envisagent d'ordonner à la partie qui s'oppose à l'exécution de constituer des sûretés que dans les situations où elles décident de suspendre la procédure d'exécution. En conséquence, le sursis à statuer est parfois considéré comme une condition préalable devant être satisfaite pour ordonner le dépôt de sûretés¹²⁵¹.

49. En vertu de l'article VI, seule la partie s'opposant à l'exécution peut se voir ordonner de fournir des sûretés. Dans une affaire rapportée, une juridiction a jugé qu'il était "justifié que les demandeurs déposent des sûretés [...] pour le cas d'une exécution anticipée"¹²⁵². Plusieurs années après, une autre juridiction du même pays

¹²⁴⁷Voir *Soleh Boneh International Ltd. c. Government of the Republic of Uganda and National Housing Corporation*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 12 mars 1993, [1993] 2 Lloyd's Rep 208; *Alto Mar Girassol c. Lumbermens Mutual Casualty Company*, District Court, Northern District of Illinois Eastern Division (États-Unis d'Amérique), 12 avril 2005, 04 C 773. Voir aussi Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), p. 2877.

¹²⁴⁸*Continental Transfert Technique Ltd. c. Federal Government of Nigeria*, High Court (Angleterre et pays de Galles), 30 mars 2010, [2010] EWHC 780 (Comm); *Soleh Boneh International Ltd. c. Government of the Republic of Uganda and National Housing Corporation*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 12 mars 1993, [1993] 2 Lloyd's Rep 208.

¹²⁴⁹*Europcar Italia S.p.A. c. Alba Tours International Inc.*, Cour de justice de l'Ontario (Canada), 21 janvier 1997, affaire n° 366 dans le *Recueil de jurisprudence* concernant les textes de la CNUDCI, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001), p. 311.

¹²⁵⁰*Jorf Lasfar Energy Company, S.C.A. c. AMCI Export Corporation*, District Court, Western District of Pennsylvania (États-Unis d'Amérique), 22 décembre 2005, 05-0423.

¹²⁵¹*Gater Assets Ltd. c. Nak Naftogaz Ukrainiy*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007, [2007] EWCA Civ 988; *Yukos Oil Co. c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, [2002] EWCA Civ 543.

¹²⁵²*Henri Lièvreumont et Adolphe Cominassi c. Maatschappij voor Industriële Research en Ontwikkeling B.V.*, Président du Rechtbank, tribunal de première instance de Zutphen (Pays-Bas), 9 décembre 1981, VII Y.B. Com. Arb. (1982), p. 399.

a considéré que la Convention n'offrait pas de fondement permettant d'ordonner la fourniture de sûretés à la partie demandant l'exécution¹²⁵³. En 1993, une juridiction allemande a estimé que, conformément à l'article VI de la Convention, un juge ne pouvait ordonner le dépôt de sûretés convenables qu'à la partie s'opposant à l'exécution, et non à la partie demandant l'exécution¹²⁵⁴. Il semble que, depuis lors, les juridictions étatiques aient systématiquement refusé d'ordonner à la partie demandant l'exécution de fournir des sûretés comme condition d'exécution de la sentence¹²⁵⁵.

50. Le fait que les tribunaux des États contractants n'examinent s'il convient d'ordonner la constitution de sûretés que lorsqu'ils envisagent de surseoir à statuer ne signifie pas pour autant qu'ils soient toujours tenus d'ordonner à la partie s'opposant à l'exécution de fournir des sûretés convenables lorsqu'un sursis est accordé.

51. En pratique, les juridictions ordonnent souvent le dépôt de sûretés lorsqu'elles sursoient à statuer. Ainsi que l'a déclaré la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles, les sûretés sont le prix à payer pour le sursis à statuer et visent à protéger la partie qui demande l'exécution¹²⁵⁶.

52. Dans l'affaire *IPCO*, la Haute Cour de justice anglaise a estimé qu'elle avait compétence, en vertu du paragraphe 5 de l'article 103 de la loi de 1996 sur l'arbitrage (qui donne effet à l'article VI de la Convention), pour subordonner le sursis à statuer sur l'exécution de la sentence à la fourniture de sûretés¹²⁵⁷. Aux États-Unis, les juges font également de la fourniture de sûretés convenables par la partie s'opposant à l'exécution une condition de l'octroi du sursis à statuer¹²⁵⁸. Dans l'affaire *Nedagro*, le tribunal de district des États-Unis pour le district sud de New York a refusé d'exiger le dépôt de sûretés étant donné que le défendeur avait déjà fourni

¹²⁵³*Southern Pacific Properties c. République arabe d'Égypte*, Président du tribunal de district d'Amsterdam (Pays-Bas), 12 juillet 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 487.

¹²⁵⁴Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 10 novembre 1993, 27 W 57/93. Voir aussi *Powerex Corp., anciennement British Columbia Power Exchange Corporation c. Alcan Inc., anciennement Alcan Aluminium Ltd.*, Cour d'appel de la Colombie-Britannique (Canada), 4 octobre 2004, 2004 BCCA 504.

¹²⁵⁵Voir, par exemple, *Gater Assets Ltd. c. Nak Naftogaz Ukrainiy*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 17 octobre 2007, [2007] EWCA Civ 988; *Yukos Oil Co. c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, [2002] EWCA Civ 543.

¹²⁵⁶*Yukos Oil Co. c. Dardana Ltd.*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 18 avril 2002, [2002] EWCA Civ 543.

¹²⁵⁷*IPCO c. Nigeria (NNPC)*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, [2005] EWHC 726 (Comm).

¹²⁵⁸Voir, par exemple, *Alto Mar Girassol c. Lumbermens Mutual Casualty Company*, District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division (États-Unis d'Amérique), 12 avril 2005, 04 C 773; *Nedagro B.V. c. Zao Konversbank*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 21 janvier 2003, 02 Civ. 3946 (HB); *Skandia America Reinsurance Corporation c. Caja Nacional de Ahorro y Seguros*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 21 mai 1997, 96 Civ. 2301 (KMW), XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 956; *Consorcio Rive, S.A. de C.V. c. Briggs of Cancun, Inc., David Briggs Enterprises, Inc.*, District Court, Eastern District of Louisiana (États-Unis d'Amérique), 26 janvier 2000, 992205, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 1115.

des “sûretés convenables” par saisie-arrêt sur ses biens pour le montant dû¹²⁵⁹. Aux Pays-Bas, le Président du tribunal de district d’Amsterdam a rejeté une demande de sursis à statuer au motif que le défendeur “ne s’était pas montré disposé à fournir des sûretés convenables”¹²⁶⁰.

53. Dans les affaires dans lesquelles les juridictions ont jugé que le sursis à statuer était subordonné au dépôt de sûretés¹²⁶¹, elles ont estimé que si la partie s’opposant à l’exécution ne fournissait pas les sûretés exigées dans le délai fixé par le juge, celui-ci pouvait décider de poursuivre la procédure d’*exequatur*¹²⁶². Comme l’a déclaré le tribunal de district des États-Unis pour le district sud de New York dans l’affaire *Spier*: “[S]i une partie telle que [le défendeur] omet de constituer des sûretés, alors il semble que la réponse appropriée soit de rejeter sa demande de sursis à statuer.”¹²⁶³

54. Les juridictions australiennes et canadiennes ont également ordonné la fourniture de sûretés lorsqu’elles ont suspendu la procédure d’*exequatur*¹²⁶⁴. Dans l’affaire *Toyo*, la Cour suprême de Victoria a estimé que le sursis “sera subordonné à l’engagement pris par [la partie s’opposant à l’exécution] de mener son action avec diligence à Singapour et, en outre, soumis à la condition qu’elle fournisse des sûretés convenables pour un montant équivalent au montant non réglé de la sentence, y compris les intérêts échus à la date à laquelle est reporté l’examen de la demande d’*exequatur*”¹²⁶⁵.

55. Cette approche est confirmée dans une certaine mesure par les travaux préparatoires, qui indiquent que le sursis peut n’être accordé “qu’à condition que la partie opposée à l’exécution fournisse des sûretés convenables”¹²⁶⁶. Ce point de vue est partagé par certains commentateurs qui considèrent qu’afin de protéger les droits de la partie qui demande l’exécution, le sursis à statuer devrait toujours

¹²⁵⁹*Nedagro B.V. c. Zao Konversbank*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d’Amérique), 21 janvier 2003, 02 Civ. 3946 (HB).

¹²⁶⁰*Southern Pacific Properties c. République arabe d’Égypte*, Président du tribunal de district d’Amsterdam (Pays-Bas), 12 juillet 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 487.

¹²⁶¹*Consortio Rive, S.A. de C.V. c. Briggs of Cancun, Inc., David Briggs Enterprises, Inc.*, District Court, Eastern District of Louisiana (États-Unis d’Amérique), 26 janvier 2000, 99-2205, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 1115.

¹²⁶²*Ingaseosas International Co. c. Aconcagua Investing Ltd.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit (États-Unis d’Amérique), 5 juillet 2012, 11-10914; *Skandia America Reinsurance Corporation c. Caja Nacional de Ahorro y Seguros*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d’Amérique), 21 mai 1997, 96 Civ. 2301 (KMW), XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 956.

¹²⁶³*I. Martin Spier c. Calzaturificio Tecnica S.p.A.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d’Amérique), 12 septembre 1988, 1988 WL 96839.

¹²⁶⁴*Toyo Engineering Corp c. John Holland Pty Ltd*, Supreme Court of Victoria (Australie), 20 décembre 2000, 7565 de 2000. Voir aussi *Powerex Corp. c. Alcan Inc.*, Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada), 30 juin 2004, 2004 BCSC 876.

¹²⁶⁵*Toyo Engineering Corp c. John Holland Pty Ltd*, Supreme Court of Victoria (Australie), 20 décembre 2000, 7565 de 2000.

¹²⁶⁶Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 17^e séance, E/CONF.26/SR.17, p. 4.

être subordonné à la condition que la partie qui s'oppose à l'exécution fournisse des sûretés¹²⁶⁷.

56. Cependant, à la lumière de la licence accordée par le libellé de l'article VI, qui dispose que les juges étatiques peuvent, dans la mesure du pouvoir discrétionnaire dont ils disposent, décider ou non d'ordonner la constitution de sûretés, un certain nombre de juridictions ont, comme le montrent les exemples ciaprès, décidé de suspendre la procédure d'*exequatur* sans ordonner le dépôt de sûretés.

b) *Facteurs pris en considération par les tribunaux étatiques pour décider d'ordonner ou non la fourniture de "sûretés convenables"*

57. Pour décider s'il convient d'ordonner que la partie s'opposant à l'exécution fournisse des sûretés, les tribunaux étatiques prennent habituellement en considération différents facteurs, notamment la probabilité qu'il soit fait droit à la demande d'annulation ou de suspension de la sentence, la probabilité que les biens existent encore si l'exécution est retardée et les difficultés engendrées par cette décision pour chacune des parties.

58. Les juridictions anglaises prennent en considération la probabilité que la sentence soit annulée dans le pays où elle a été rendue et que les biens demeurent disponibles si le juge décide de suspendre la procédure d'*exequatur*. Dans l'affaire *Soleh Boneh*, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a ainsi estimé que deux facteurs essentiels devaient être pris en considération: la force de l'argument de l'invalidité de la sentence et "la facilité ou la difficulté d'exécution de la sentence"¹²⁶⁸. En ce qui concerne la solidité de la sentence, la Cour a indiqué que "[s]i la sentence est manifestement invalide, le sursis à statuer devrait être prononcé, sans que soit ordonnée la fourniture de sûretés; si elle est manifestement valide, soit l'exécution immédiate devrait être prononcée, soit la constitution de sûretés conséquentes doit être ordonnée". Une approche similaire a été adoptée dans l'affaire *APIS AS c. Fantazia*¹²⁶⁹. Dans l'affaire *IPCO*, la cour d'appel a infirmé la décision de la juridiction inférieure ordonnant le dépôt de sûretés en se fondant sur les arguments selon lesquels le risque de dispersion des biens était faible et la partie s'opposant à l'exécution disposait de moyens solides à l'appui de son action en annulation¹²⁷⁰.

¹²⁶⁷Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), p. 2877; W. Michael Tupman, "Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention", 3 *Arb. Int'l* (1987), p. 209, et plus précisément p. 223.

¹²⁶⁸*Soleh Boneh International Ltd. c. Government of the Republic of Uganda and National Housing Corporation*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 12 mars 1993, [1993] 2 *Lloyd's Rep* 208.

¹²⁶⁹*Apis AS c. Fantazia Kereskedelmi KFT*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 21 septembre 2000, [2001] 1 *All ER* (Comm).

¹²⁷⁰*IPCO c. Nigeria (NNPC)*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, [2005] *EWHC* 726 (Comm).

59. De même, la Haute Cour de Hong Kong a pris en considération des éléments identiques dans l'affaire *Karaha Bodas Co. c. Perusahaan Minyak Dan Bumi Negara (Pertamina)*. Après avoir relevé que le caractère assez peu concluant des arguments invoqués par Pertamina “semble [...] peser en faveur de la demande de sûretés formulée par KBC”, la Haute Cour a évoqué le fait que l'exécution serait difficile et a jugé que le fait d'exiger de Pertamina qu'elle verse une forte somme d'argent dans le bref laps de temps restant avant l'audience d'exécution devant le juge de Hong Kong pourrait avoir “des conséquences négatives graves et fâcheusement injustifiées sur la position de Pertamina”, alors que l'absence de sûreté aurait “des conséquences négatives très limitées sur la position de KBC dans le cadre de la procédure se tenant à Hong Kong” eu égard à l'important patrimoine dont dispose Pertamina dans le monde entier. La Cour a, en conséquence, refusé d'ordonner à Pertamina de fournir des sûretés¹²⁷¹. Dans l'affaire *Hebei*, la Cour suprême de Hong Kong a rejeté la requête aux fins de sûretés présentée par le demandeur au motif que le défendeur était “une société fondamentalement locale disposant de suffisamment de biens et qu'il n'y avait aucune raison de supposer que le demandeur était exposé à un risque quelconque exigeant qu'il soit protégé par une ordonnance aux fins de sûretés”¹²⁷².

60. Aux îles Caïmanes, la Cour suprême a refusé d'ordonner la fourniture de sûretés eu égard à “l'impossibilité pratique” d'exiger la fourniture effective de sûretés par le défendeur dans le bref laps de temps restant avant que la cour d'appel de Paris ne rende sa décision dans la procédure d'annulation¹²⁷³.

61. Les juridictions des États-Unis n'évaluent pas la probabilité de l'annulation de la sentence lorsqu'elles décident ou non d'ordonner la fourniture de sûretés, mais s'attachent plutôt aux effets qu'une ordonnance aux fins de constitution de sûretés aurait sur les parties. Dans l'affaire *Jorf*, le tribunal de district pour le district ouest de la Pennsylvanie a refusé d'ordonner au défendeur de fournir des sûretés au motif que rien n'indiquait que le demandeur eût subi des difficultés financières en raison de son impossibilité à faire immédiatement exécuter la sentence (indépendamment du fait que près d'une année s'était écoulée sans qu'il puisse avoir accès à l'argent qui lui revenait au titre de la sentence), alors qu'une ordonnance aux fins de dépôt de sûretés engendrerait un “préjudice réel” pour le défendeur¹²⁷⁴.

¹²⁷¹*Karaha Bodas Co. LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara — Pertamina*, High Court de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Hong Kong), 20 décembre 2002, XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 752.

¹²⁷²*Hebei Import & Export Corp. c. Polytek Engineering Co. Ltd.*, High Court, Supreme Court de Hong Kong (Hong Kong), 1^{er} novembre 1996, [1996] 3 HKC 725.

¹²⁷³*The Republic of Gabon c. Swiss Oil Corporation*, Grand Court (îles Caïmanes), 17 juin 1988, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 621.

¹²⁷⁴*Jorf Lasfar Energy Company, S.C.A. c. AMCI Export Corporation*, District Court, Western District of Pennsylvania (États-Unis d'Amérique), 22 décembre 2005, 05-0423. Voir aussi *Alto Mar Girassol c. Lumbermens Mutual Casualty Company*, District Court, Northern District of Illinois Eastern Division (États-Unis d'Amérique), 12 avril 2005, 04 C 773.

62. Certaines juridictions américaines ont apprécié si un État souverain ou ses institutions pourraient se voir ordonner de fournir des sûretés. En 1997, le tribunal de district pour le district sud de New York a conclu que l'article VI de la Convention l'autorisait à exiger d'une autorité souveraine le dépôt de sûretés antérieurement au jugement si elle demandait l'annulation ou la suspension d'une sentence arbitrale¹²⁷⁵. Dans une décision récente, le tribunal de district pour le district de Columbia a refusé d'exiger de la République du Honduras, "un État souverain qui est probablement solvable et se conformera aux ordonnances légitimement rendues par les tribunaux de ce pays ou du Honduras", qu'elle dépose une quelconque sûreté¹²⁷⁶.

c) *Forme et montant des sûretés*

63. Les juridictions étatiques fixent discrétionnairement le montant et la forme des sûretés devant être constituées par la partie opposée à l'exécution.

64. Dans la plupart des pays, les juridictions ordonnent aux défendeurs la fourniture d'une garantie bancaire¹²⁷⁷, ou le dépôt d'une certaine somme sur un compte de garantie bloqué¹²⁷⁸, ou un cautionnement, ou toute autre forme de sûreté offrant une protection équivalente¹²⁷⁹. Comme l'a relevé un commentateur, les juridictions expriment une préférence pour le versement de liquidités sur des comptes de garantie bloqués, ou pour des instruments de paiement reconnus sur le plan international¹²⁸⁰.

65. Dans l'affaire *Spier*, le tribunal de district des États-Unis pour le district sud de New York n'a pas autorisé la partie italienne, s'opposant à l'exécution, à déposer une garantie dans une banque italienne, estimant que "la partie qui demande l'exécution de la sentence peut prétendre à une sûreté lui conférant un droit direct soit sur des biens situés, soit à l'encontre d'un garant résidant, dans le pays d'exécution", alors que la sûreté proposée par la partie s'opposant à l'exécution "ne pourrait être

¹²⁷⁵*Skandia America Reinsurance Corporation c. Caja Nacional de Ahorro y Seguros*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 21 mai 1997, 96 Civ. 2301 (KMW), XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 956.

¹²⁷⁶*DRC Inc. c. Republic of Honduras*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 28 mars 2011, 10-0003 (PLF).

¹²⁷⁷*Apis AS c. Fantazia Kereskedelmi KFT*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 21 septembre 2000, [2001] 1 All ER (Comm).

¹²⁷⁸*The Republic of Gabon c. Swiss Oil Corporation*, Grand Court (îles Caïmanes), 17 juin 1988, XIV Y.B. Com. Arb. (1989), p. 621.

¹²⁷⁹*Consorcio Rive, S.A. de C.V. c. Briggs of Cancun, Inc., David Briggs Enterprises, Inc.*, District Court, Eastern District of Louisiana (États-Unis d'Amérique), 26 janvier 2000, 99-2205, XXV Y.B. Com. Arb. (2000), p. 1115.

¹²⁸⁰Nicola C. Port, Jessica R. Simonoff et al., "Article VI", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 415, et plus précisément p. 435.

émise qu'en vertu de la loi italienne et dans les conditions qu'elle prévoit" et serait donc exposée "au risque inhérent de faire l'objet d'une action ultérieure en Italie". Le tribunal de district a donc suggéré que la partie opposée à l'exécution dépose une garantie ou "émette une lettre de crédit irrévocable d'une banque située à New York"¹²⁸¹.

66. Pour fixer le montant des sûretés, les juridictions étatiques ont adopté différentes approches qui prennent en considération la valeur attendue de la sentence, la solvabilité de la partie s'opposant à l'exécution et l'effet dissuasif potentiel des sûretés sur une partie envisageant des manœuvres dilatoires¹²⁸². Les juridictions ordonnent souvent le dépôt de sûretés d'un montant correspondant à l'intégralité de la sentence arbitrale et exigent que les intérêts éventuellement tirés des sûretés constituées soient versés à la partie demandant l'exécution, de manière à protéger ses intérêts économiques¹²⁸³.

67. En Angleterre, les juridictions ordonnent rarement la constitution de sûretés d'un montant correspondant à l'intégralité de la sentence lorsqu'il est probable que cette dernière sera annulée par l'autorité compétente du pays dans lequel elle a été rendue¹²⁸⁴. Comme l'a déclaré la Cour d'appel dans l'affaire *Soleh*, "si la sentence est manifestement valide, soit l'exécution immédiate devrait être prononcée, soit la constitution de sûretés conséquentes doit être ordonnée". De même, la Cour fédérale d'Australie, renvoyant à l'affaire *Soleh*, a ordonné à la partie s'opposant à l'exécution la constitution de "sûretés conséquentes"¹²⁸⁵. Dans l'affaire *IPCO*, la Haute Cour de justice anglaise a ordonné le dépôt de sûretés d'un montant correspondant à un certain pourcentage de la sentence, ainsi que le paiement immédiat du montant "incontestablement dû"¹²⁸⁶.

68. Quant au délai de constitution des sûretés, les affaires rapportées montrent que les juridictions étatiques ordonnent généralement à la partie concernée de

¹²⁸¹*I. Martin Spier c. Calzaturificio Tecnica S.p.A.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 12 septembre 1988, 1988 WL 96839.

¹²⁸²Nicola C. Port, Jessica R. Simonoff et al., "Article VI", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 415, et plus précisément p. 435.

¹²⁸³*Toyo Engineering Corp c. John Holland Pty Ltd*, Supreme Court of Victoria (Australie), 20 décembre 2000, 7565 de 2000; *Alto Mar Girassol c. Lumbermens Mutual Casualty Company*, District Court, Northern District of Illinois Eastern Division (États-Unis d'Amérique), 12 avril 2005, 04 C 773; *Europcar Italia S.p.A. c. Alba Tours International Inc.*, Cour de justice de l'Ontario (Canada), 21 janvier 1997, affaire n° 366 dans le *Recueil de jurisprudence* concernant les textes de la CNUDCI, XXVI Y.B. Com. Arb. (2001), p. 311.

¹²⁸⁴*Soleh Boneh International Ltd. c. Government of the Republic of Uganda and National Housing Corporation*, Court of Appeal (Angleterre et pays de Galles), 12 mars 1993, [1993] 2 Lloyd's Rep 208.

¹²⁸⁵*ESCO Corp c. Bradken Resources Pty Ltd*, Federal Court (Australie), 9 août 2011, NSD 876 de 2011.

¹²⁸⁶*IPCO c. Nigeria (NNPC)*, High Court of Justice (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, [2005] EWHC 726 (Comm).

déposer les sûretés dans un délai de 20 à 30 jours¹²⁸⁷. Le délai accordé peut être plus long, en fonction de la forme des sûretés¹²⁸⁸.

¹²⁸⁷*Skandia America Reinsurance Corporation c. Caja Nacional de Ahorro y Seguros*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 21 mai 1997, 96 Civ. 2301 (KMW), XXIII Y.B. Com. Arb. (1998), p. 956; *Jorf Lasfar Energy Company, S.C.A. c. AMCI Export Corporation*, District Court, Western District of Pennsylvania (États-Unis d'Amérique), 22 décembre 2005, 05-0423; *IPCO c. Nigeria (NNPC)*, High Court (Angleterre et pays de Galles), 27 avril 2005, [2005] EWHC 726 (Comm).

¹²⁸⁸Voir *Martin Spier c. Calzaturificio Tecnica S.p.A.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 12 septembre 1988, 1988 WL 96839: dans cette affaire, le tribunal a ordonné au défendeur d'émettre une lettre de crédit dans les 90 jours.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article VII tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/7, E/CONF.26/L.16, E/CONF.26/L.44.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 18^e, 19^e et 20^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.18; E/CONF.26/SR.19; E/CONF.26/SR.20;
- Compte rendu analytique de la 8^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.8.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Article VII-1

Introduction

1. L'article VII-1 régit la relation de la Convention de New York avec d'autres traités et le droit interne et il est considéré comme l'un des piliers de la Convention¹²⁸⁹. En précisant que la Convention ne porte pas atteinte à la validité d'autres traités en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales, et en facilitant l'application de règles sur la reconnaissance et l'exécution qui pourraient être plus souples que celles formulées dans la Convention, il assure la compatibilité de la Convention avec d'autres instruments internationaux ainsi que sa pérennité, de sorte que les sentences arbitrales étrangères sont reconnues et exécutées dans toute la mesure possible.

2. En vertu de l'article VII-1, les États contractants ne portent pas atteinte à la Convention en exécutant des sentences arbitrales conformément aux dispositions de leur droit interne ou de traités qui sont plus favorables à l'exécution. En effet, la Convention de New York fixe un "plafond", ou niveau maximal de contrôle que les juridictions des États contractants peuvent exercer sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales¹²⁹⁰.

3. L'article VII-1 se fonde sur le texte de l'article 5 de la Convention de Genève de 1927, qui accordait à toute partie intéressée le droit de se prévaloir d'une sentence arbitrale, de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités de l'État où cette sentence était invoquée¹²⁹¹.

4. Les rédacteurs de la Convention de New York se sont fondés sur l'article 5 de la Convention de Genève en y ajoutant la règle selon laquelle les dispositions de la Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et

¹²⁸⁹Un commentateur a décrit cette disposition comme étant le "trésor, l'idée géniale de la Convention" de New York. Voir Philippe Fouchard, "Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales", 1998 Rev. Arb., p. 653, et plus précisément p. 664.

¹²⁹⁰Voir Philippe Fouchard, "La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine", Rev. Arb. (1997), p. 329; Emmanuel Gaillard, "Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience", dans *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series n° 9 (A.J. van den Berg, dir. publ., 1999), p. 505; Emmanuel Gaillard, "The Urgency of Not Revising the New York Convention", dans *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series n° 14 (A.J. van den Berg, dir. publ., 2009), p. 689.

¹²⁹¹Pour l'historique de la rédaction de l'article VII-1 de la Convention de New York et de l'article 5 de la Convention de Genève de 1927, voir Gerald H. Pointon, "The Origins of Article VII.1 of the New York Convention 1958", dans *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff* (L. Lévy, Y. Derains, dir. publ., 2011), p. 499.

d'exécution des sentences arbitrales¹²⁹². Cette première partie de l'article VII-1 a été qualifiée de "disposition sur la compatibilité". La deuxième partie, qui permet à toute personne intéressée d'invoquer une disposition de son droit interne ou d'un traité plus favorable que la Convention en matière de reconnaissance et d'exécution, est aujourd'hui largement connue sous l'appellation de "clause de faveur" ou "clause de la règle la plus favorable"¹²⁹³.

5. Bien qu'il puisse être utile, à des fins d'analyse, de diviser le paragraphe 1 de l'article VII en deux parties, cette disposition, considérée dans son intégralité, consacre la notion de "clause de faveur". La première partie annonce simplement la deuxième, laquelle confirme que la Convention ne porte pas atteinte à la validité d'autres traités, qui peuvent donc être invoqués par une partie intéressée s'ils sont plus favorables. Ainsi, l'article VII-1 garantit que, chaque fois que la Convention de New York s'avère moins favorable que les dispositions d'un autre traité ou du droit interne du pays où la reconnaissance ou l'exécution est demandée par une partie cherchant "à se prévaloir d'une sentence arbitrale", les règles les plus favorables l'emportent sur les règles de la Convention de New York.

Analyse

A. Principes généraux

a) *Signification du terme "partie intéressée"*

6. L'article VII-1 prévoit qu'une "partie intéressée" ne peut être privée du droit de se prévaloir, en sus de la Convention, d'une loi interne ou d'un traité plus favorable.

7. Une juridiction suisse a confirmé que le terme "partie intéressée" désigne uniquement la partie demandant l'exécution d'une sentence, et non la partie s'opposant à l'exécution¹²⁹⁴. Dans une affaire où une partie italienne avait demandé l'exécution d'une sentence arbitrale à l'encontre d'une partie suisse, le tribunal de première instance de Zurich a rejeté l'argument de la partie suisse, selon lequel, en application de l'article VII-1, celle-ci était fondée à invoquer, à l'encontre de l'exécution de la sentence, les conditions plus strictes de la convention bilatérale conclue

¹²⁹²Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 14 et 15.

¹²⁹³Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 81; Emmanuel Gaillard, "The Relationship of the New York Convention with other Treaties and with Domestic Law", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 69, et plus précisément p. 70.

¹²⁹⁴*Partie italienne c. Société suisse*, Bezirksgericht de Zurich (Suisse), 14 février 2003.

en 1933 entre la Suisse et l'Italie sur la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires. Le Tribunal a déclaré que le "principe de la règle la plus favorable ne donne pas à la partie s'opposant à l'exécution d'autres motifs de refus que ceux énumérés dans la Convention".

8. Comme l'ont noté d'éminents commentateurs, autoriser un défendeur à faire valoir les conditions plus strictes d'une autre loi ou d'un autre traité irait à l'encontre du mécanisme de la Convention de New York favorable à l'exécution¹²⁹⁵.

9. Il ressort des travaux préparatoires de la Convention de New York qu'une "partie intéressée" pourrait également être un État contractant. Lors de la négociation de la Convention, les représentants des États ont estimé qu'il était superflu de mentionner expressément ce cas de figure, car le texte de l'article VII-1 était à cet égard suffisamment éloquent¹²⁹⁶. À la date du présent Guide, cependant, rien dans la jurisprudence connue du public ne fait mention d'un État qui aurait cherché à se prévaloir de l'article VII-1.

b) Objet de la clause de faveur

10. L'article VII-1 se réfère sans restriction au "droit" conféré par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée. En Allemagne, la Cour suprême fédérale a confirmé qu'en application de l'article VII-1, une juridiction d'exécution peut prendre en compte les règles de conflit de lois du droit interne, qui peuvent conduire à l'application d'une loi étrangère plus favorable à la reconnaissance et à l'exécution que la Convention de New York¹²⁹⁷.

c) La partie intéressée n'est pas tenue de faire une demande

11. L'article VII-1 prévoit que la Convention ne prive aucune "partie intéressée" du droit de "se prévaloir" d'une sentence arbitrale.

¹²⁹⁵Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 333 et 334; Emmanuel Gaillard, "The Relationship of the New York Convention with other Treaties and with Domestic Law", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 69, et plus précisément p. 74 et 75.

¹²⁹⁶Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 15.

¹²⁹⁷Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 21 septembre 2005, III ZB 18/05, SchiedsVZ 2005, 306; l'application des règles allemandes de conflit de lois par le jeu de l'article VII-1 de la Convention a conduit la Cour à appliquer la loi néerlandaise, qui soumettait la convention d'arbitrage à des conditions de forme plus souples que celles prévues à l'article II de la Convention.

12. La plupart des juridictions étatiques ont estimé que la partie intéressée n'avait pas besoin de demander expressément la reconnaissance ou l'exécution sur la base de lois ou de traités plus favorables à l'exécution¹²⁹⁸. Étant donné qu'un juge ne porte pas atteinte à la Convention de New York en appliquant des règles plus souples en matière de reconnaissance et d'exécution, il peut s'appuyer sur l'article VII-1 de sa propre initiative. Ainsi, la Cour de cassation française a déclaré ce qui suit: "le juge ne peut refuser l'*exequatur* lorsque l'autorise son droit national, et [...] il doit donc, même d'office, se livrer à cette recherche"¹²⁹⁹.

d) *Application de plusieurs régimes d'exécution autorisée*

13. Dans certaines décisions, les juridictions allemandes ont estimé qu'une partie qui entend se prévaloir d'un autre traité ou d'une loi nationale en vertu de l'article VII-1 doit faire fond sur ce traité ou cette loi dans son intégralité, à l'exclusion de la Convention de New York¹³⁰⁰. Selon ces mêmes décisions, une partie n'est pas autorisée à fonder sa demande d'exécution sur la Convention et, en même temps, à se prévaloir des conditions de forme plus souples auxquelles le droit allemand soumet la convention d'arbitrage.

14. Selon un point de vue avancé par d'autres juridictions allemandes¹³⁰¹, l'approche favorable à l'exécution retenue dans la Convention devrait permettre à une partie intéressée de choisir les règles les plus avantageuses et de les combiner avec les dispositions de la Convention de New York¹³⁰². Par exemple, une juridiction régionale supérieure a exécuté une sentence en application des règles de procédure prévues par le droit interne allemand, qui sont plus favorables que l'article IV de la Convention, tout en appliquant l'article V de la Convention en ce qui concerne les éventuels motifs de refus de l'exécution¹³⁰³. Une juridiction aux États-Unis

¹²⁹⁸*Société Pabalk Ticaret Limited Sirketi c. Société Anonyme Norsolor*, Cour de cassation (France), 8311.355, 9 octobre 1984, Rev. Arb. (1985), p. 431. Les juges allemands ont adopté le même point de vue. Voir Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 23 février 2006, III ZB 50/05, SchiedsVZ 2006, 161. Le Tribunal fédéral suisse s'est écarté de ce point de vue, sans débat. *Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (Royaume-Uni) c. Tracom S.A. (Suisse)*, Tribunal fédéral (Suisse), 5 novembre 1985, Arrêts du Tribunal fédéral (1985) 111 Ib 253.

¹²⁹⁹*Société Pabalk Ticaret Limited Sirketi c. Société Anonyme Norsolor*, Cour de cassation (France), 83-11.355, 9 octobre 1984, Rev. Arb. (1985), p. 431.

¹³⁰⁰Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 21 septembre 2005, III ZB 18/05; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 23 février 2006, III ZB 50/05; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 25 septembre 2003, III ZB 68/02. Voir également Albert Jan van den Berg, "The German Arbitration Act 1998 and the New York Convention 1958", dans *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century — Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel* (R. Briner et al., dir. publ., 2001), p. 783.

¹³⁰¹Par exemple, Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 31 mai 2007, 8 Sch 06/06; Oberlandesgericht [OLG] de Karlsruhe (Allemagne), 14 septembre 2007, 9 Sch 02/07; Oberlandesgericht [OLG] de Cologne (Allemagne), 23 avril 2004, 9 Sch 01-03; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 23 février 2007, 34 Sch 31/06.

¹³⁰²Julian Lew et Loukas A. Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration* (2003), p. 697 et 698; Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration* (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 350.

¹³⁰³Oberlandesgericht [OLG] de Cologne (Allemagne), 23 avril 2004, 9 Sch 01-03.

d'Amérique a également accordé l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère en associant des éléments de la Convention de New York et des dispositions du droit interne plus favorables¹³⁰⁴.

15. En outre, comme indiqué au paragraphe 17 ci-dessous, le Tribunal fédéral suisse a estimé que, en cas de concurrence entre dispositions juridiques s'appliquant à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale, la préférence doit être donnée à "la disposition rendant possible ou facilitant davantage la reconnaissance ou l'exécution", ce qui revient à accepter implicitement l'application combinée de deux systèmes¹³⁰⁵.

B. Interaction de la Convention avec d'autres traités

16. Certaines sentences arbitrales ou conventions d'arbitrage peuvent relever du champ d'application de la Convention de New York ainsi que du champ d'application d'un traité multilatéral ou bilatéral. L'article VII-1 prévoit la règle fondamentale selon laquelle la Convention ne porte pas atteinte à la validité des traités multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales, et les parties intéressées peuvent se prévaloir de ces traités s'ils sont plus favorables à l'exécution que la Convention. Cela est conforme à l'objectif plus large de la Convention de New York, qui est d'assurer la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales et conventions d'arbitrage dans toute la mesure possible, que ce soit sur la base de ses propres dispositions ou de celles d'un autre instrument.

17. Comme le Tribunal fédéral suisse l'a confirmé, l'article VII-1 déroge ainsi aux règles qui régissent normalement l'application de dispositions conventionnelles contradictoires, à savoir qu'une règle de droit plus récente l'emporte sur une règle de droit antérieure divergente ("*lex posterior derogat legi priori*") et que, lorsque deux normes ou plus traitent du même sujet, la priorité devrait être accordée à la norme la plus spécifique ("*lex specialis derogat legi generali*"). Comme le Tribunal l'a expliqué, la Convention remplace ces règles par le principe d'efficacité maximale ("règle d'efficacité maximale") en prévoyant que l'instrument qui l'emporte n'est ni le plus récent ni le plus spécifique, mais celui qui est le plus favorable à l'exécution de la sentence arbitrale étrangère. Le Tribunal a déclaré que "[c]ette solution correspond à la règle dite de l'efficacité maximale [...]. Selon cette règle, on donnera la préférence, en cas de concurrence entre dispositions conventionnelles sur la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales, à la disposition rendant

¹³⁰⁴*Chromalloy Aeroservices c. Arab Republic of Egypt*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 31 juillet 1996, 94-2339.

¹³⁰⁵*Denysiana S.A. c. Jassica S.A.*, Tribunal fédéral (Suisse), 14 mars 1984, Arrêts du Tribunal fédéral 110 Ib 191, p. 194.

possible ou facilitant davantage la reconnaissance ou l'exécution, soit en raison de conditions de fond plus libérales, soit grâce à une procédure plus simple, cela conformément au but des conventions bi- ou multilatérales en la matière, qui est de faciliter dans toute la mesure possible la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales"¹³⁰⁶.

18. Bien que les dispositions de la Convention de New York soient rarement en concurrence avec celles d'autres instruments internationaux en matière de reconnaissance et d'exécution, lorsque des juges ont dû faire face à ce type de conflits, ils les ont en général réglés conformément à la clause de faveur prévue à l'article VII-1.

a) *La Convention européenne de 1961*

19. La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (signée à Genève le 21 avril 1961) est l'un des rares instruments régionaux dont les règles en matière de processus arbitral sont plus souples que celles de la Convention de New York. Il s'agit du premier instrument international à traiter de l'arbitrage international dans son ensemble, et par conséquent à prévoir des règles régissant chaque étape du processus. À la date du présent Guide, 32 États avaient signé la Convention européenne¹³⁰⁷.

20. La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international n'aborde que très indirectement la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales¹³⁰⁸. En conséquence, lorsqu'une convention d'arbitrage ou une sentence arbitrale relève du champ d'application à la fois de la Convention européenne et de la Convention de New York, les juges considèrent à juste titre que les dispositions de la Convention de New York relatives à l'exécution complètent les dispositions de la Convention européenne et qu'ils n'ont pas besoin d'appliquer la clause de faveur prévue à l'article VII-1. Par exemple, lors de l'examen d'une demande d'exécution d'une

¹³⁰⁶Id. Les juridictions espagnoles ont également reconnu que l'article VII-1 applique le principe de l'efficacité maximale. Voir *Actival Internacional S.A. c. Conservas El Pilar S.A.*, Tribunal Supremo (Espagne), 16 avril 1996, 3868/1992; *Unión de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre c. La Palentina S.A.*, Tribunal Supremo (Espagne), 17 février 1998, 3587/1996, 2977/1996; *Delta Cereales España S.L. c. Barredo Hermanos S.A.*, Tribunal Supremo (Espagne), 6 octobre 1998.

¹³⁰⁷Pour connaître l'état actuel de la Convention européenne, voir la Collection des traités des Nations Unies, à l'adresse: <https://treaties.un.org/>.

¹³⁰⁸Conformément à son article premier, la Convention européenne s'applique "aux conventions d'arbitrage conclues, pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des États contractants différents" et "aux procédures et aux sentences arbitrales fondées" sur ces conventions. Son application diffère donc de celle de la Convention de New York sur deux points: i) la Convention européenne ne s'applique qu'aux litiges découlant du commerce international, et ii) elle exige que les parties à la convention d'arbitrage soient originaires d'États contractants différents. Le champ d'application de la Convention de New York ne contient aucune de ces deux exigences et est donc plus large.

sentence arbitrale étrangère, une juridiction espagnole a appliqué les deux instruments, faisant observer que “la Convention européenne vise la loi applicable ainsi que la compétence des autorités judiciaires et des arbitres, alors que la Convention de New York porte sur la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales”¹³⁰⁹. Les juges allemands ont confirmé le caractère complémentaire de ces instruments par référence à l’article 1061-1 du Code de procédure civile allemand, qui prévoit que l’application de la Convention de New York n’a pas d’incidence sur les clauses d’autres traités concernant la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales¹³¹⁰.

b) *La Convention de Panama de 1975*

21. La Convention interaméricaine sur l’arbitrage commercial international (signée à Panama le 30 janvier 1975) est calquée sur la Convention de New York et rédigée de manière à être en tous points compatible avec elle¹³¹¹. Elle énonce des dispositions concernant la reconnaissance et l’exécution des sentences qui sont semblables, mais non identiques, à celles de la Convention de New York¹³¹². À la date du présent Guide, la Convention de Panama était applicable dans 19 pays, qui étaient également tous des États contractants à la Convention de New York¹³¹³.

22. Selon une étude de 2008 consacrée aux décisions des juridictions des États d’Amérique latine, la plupart des États concernés, qui sont parties à ces deux

¹³⁰⁹*Nobulk Cargo Services Ltd. c. Compañía Española de Laminación S.A.*, Tribunal Supremo (Espagne), 27 février 1991. Voir également le même point de vue exprimé par les juridictions françaises dans l’affaire *Société européenne d’études et d’entreprises (S.E.E.E.) c. République socialiste fédérale de Yougoslavie*, cour d’appel de Rouen (France), 13 novembre 1984, 982/82.

¹³¹⁰Par exemple, *Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne)*, 27 février 2009, 34 Sch 019/08. En revanche, lorsqu’une partie s’opposant à l’exécution a allégué qu’une partie intéressée ne pouvait pas se prévaloir à la fois de la Convention européenne et de la Convention de New York à l’appui de sa demande d’exécution, un tribunal italien a renvoyé au principe de compatibilité dans la première clause de l’article VII-1 pour étayer ses conclusions selon lesquelles les deux instruments pouvaient s’appliquer. Voir *Arenco-BMD Maschinenfabrik GmbH c. Società Ceramica Italiana Pozzi-Richard Ginori S.p.A.*, Corte di Appello de Milan (Italie), 16 mars 1984.

¹³¹¹Albert Jan van den Berg, “The New York Convention 1958 and the Panama Convention of 1975: Redundancy or Compatibility?”, 5 *Arb. Int’l* (1989), p. 214.

¹³¹²Par exemple, contrairement à l’article II-3 de la Convention de New York, aucune disposition de la Convention de Panama n’exige expressément que les juridictions d’un État contractant renvoient les parties à l’arbitrage lorsqu’elles sont saisies d’un litige sur une question visée par une convention d’arbitrage relevant de son champ d’application. Alors que l’article 5 de la Convention de Panama reprend largement les motifs de refus énoncés à l’article V de la Convention de New York, le libellé précis de ces articles diffère à plusieurs égards. En outre, contrairement à la Convention de New York, la Convention de Panama contient des dispositions régissant d’autres aspects de la procédure arbitrale, comme la désignation des arbitres (article 2) ou la conduite de la procédure arbitrale (article 3).

¹³¹³L’état actuel de la Convention de Panama est consultable en ligne à l’adresse: <http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-35.html>.

instruments, se sont exclusivement appuyés sur la Convention de New York pour reconnaître et exécuter des sentences arbitrales étrangères¹³¹⁴.

23. La majorité des affaires signalées où il a été expressément question de la Convention de Panama ont été jugées aux États-Unis d'Amérique, dont la loi fédérale sur l'arbitrage contient des dispositions régissant la relation entre la Convention de New York et la Convention de Panama. L'article 305 de la *Federal Arbitration Act* dispose que, lorsque les deux conventions sont applicables à une sentence arbitrale ou une convention d'arbitrage, la Convention de Panama s'applique si une majorité des parties à la convention d'arbitrage sont citoyens d'un ou de plusieurs États qui ont ratifié la Convention de Panama, ou y ont adhéré, et sont des États membres de l'Organisation des États américains. Par ailleurs, l'article 302 de la *Federal Arbitration Act* prescrit que certaines dispositions de cette loi s'appliquent conjointement avec les dispositions de la Convention de Panama¹³¹⁵.

24. Dans la pratique, les juridictions des États-Unis d'Amérique ont appliqué la Convention de New York et la Convention de Panama comme si elles étaient identiques. Par exemple, dans une affaire jugée par le tribunal de district des États-Unis, dans laquelle une partie cherchait à faire exécuter une sentence en invoquant à la fois la Convention de New York et la Convention de Panama, le Tribunal a limité son examen à la Convention de New York au motif que "la codification de la Convention de Panama incorpore par référence les dispositions pertinentes de la Convention de New York [...], ce qui rend inutile tout examen de la Convention de Panama"¹³¹⁶.

25. L'effet de l'article VII-1 dans les cas où la Convention de New York et la Convention de Panama s'appliquent toutes deux n'a pas été examiné dans la jurisprudence. Dans certaines affaires, cependant, la Convention de Panama peut offrir de plus grandes possibilités d'exécution que la Convention de New York. Par exemple, l'article 4 de la Convention de Panama peut, dans certains cas, comporter des possibilités plus favorables que la Convention de New York en matière d'exécution des sentences arbitrales, en assimilant les sentences arbitrales définitives à

¹³¹⁴Cristián Conejero Roos, "The New York Convention in Latin America: Lessons From Recent Court Decisions", dans *The Arbitration Review of the Americas* (2009), p. 21.

¹³¹⁵Code des États-Unis, Titre 9 — Arbitrage, § 302, lequel précise: "Les articles 202, 203, 204, 205 et 207 du présent titre s'appliquent au présent chapitre comme s'ils y étaient expressément énoncés, si ce n'est qu'aux fins du présent chapitre le terme 'Convention' désigne la Convention interaméricaine."

¹³¹⁶*TermoRio S.A. E.S.P. c. Electricadora del Atlántico S.A. E.S.P.*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 17 mars 2006, 421 F. Supp. 2d 87, (D.D.C. 2006). Voir également *Productos Mercantiles E Industriales, S.A. c. Faberge USA Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 18 avril 1994, 23 F.3d. 41; la Cour a déclaré: "L'historique de la loi d'application de la Convention interaméricaine [...] montre clairement que le Congrès voulait que la Convention interaméricaine atteigne les mêmes résultats que ceux visés dans le cadre de la Convention de New-York."

des décisions de justice définitives¹³¹⁷. Conformément à la clause de faveur de la Convention de New York, une partie qui cherche à faire exécuter une sentence relevant du champ d'application des deux instruments pourrait tirer parti d'une telle possibilité.

c) Les traités bilatéraux

26. Conformément à l'article VII-1, une partie intéressée peut fonder sa demande d'exécution sur un accord bilatéral portant expressément sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et des conventions d'arbitrage, ainsi que sur des accords bilatéraux qui contiennent, notamment, des dispositions en la matière¹³¹⁸. Les conditions de la reconnaissance et de l'exécution en vertu des accords bilatéraux peuvent être plus ou moins favorables que celles énoncées dans la Convention de New York, en fonction des circonstances dans lesquelles est prononcée la sentence.

27. À titre d'exemple, les juridictions allemandes ont appliqué les dispositions plus favorables de traités bilatéraux conformément à l'article VII-1. Dans une affaire portée devant la Cour fédérale de justice allemande, une partie intéressée a été autorisée à se prévaloir du Traité germano-belge de 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires, sentences arbitrales et actes authentiques en matière civile et commerciale, qui prévoit qu'une sentence rendue en Belgique doit être reconnue et exécutée en Allemagne lorsqu'elle a été déclarée exécutoire en Belgique et qu'elle ne porte pas atteinte à l'ordre public allemand¹³¹⁹.

¹³¹⁷L'article 4 de la Convention de Panama est libellé comme suit: "Les sentences arbitrales qui, aux termes de la loi ou selon la procédure en vigueur, sont sans appel, ont la force de chose définitivement jugée. L'exécution ou la reconnaissance peut en être exigée de la même manière que pour les décisions rendues par les tribunaux ordinaires, nationaux ou étrangers, conformément à la procédure de l'État où elles doivent être exécutées et aux dispositions des traités internationaux." Cette disposition atténue cependant le principe d'égalité de traitement entre les sentences arbitrales et les décisions de justice en indiquant que la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence "peut [...] être exigée", contrairement à la Convention de New York dont l'article III dispose de manière contraignante que "[c]haque des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence".

¹³¹⁸Franz Matscher, "Experience with Bilateral Treaties", dans *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series n° 9 (A.J. van den Berg, dir. publ., 1999) p. 452.

¹³¹⁹Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 9 mars 1978, III ZR 78/76. Voir également Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 23 février 2006, III ZB 50/05: la Cour fédérale de justice a renvoyé une affaire devant le Oberlandesgericht [OLG] de Karlsruhe qui, selon elle, avait erré en examinant une demande de refus d'exécution d'une sentence arbitrale rendue à Minsk à la lumière des dispositions de la Convention de New York, et non des motifs plus restreints de non-exécution énoncés dans le Traité bilatéral de 1958 sur les questions générales relatives au commerce et à la navigation conclu entre l'Allemagne et l'ex-URSS, et toujours applicable à l'égard du Bélarus.

28. Les juridictions étatiques se sont également demandé si un traité bilatéral applicable excluait expressément l'application de la Convention de New York et, dans la négative, ont décidé de faire exécuter des sentences en application soit de la Convention de New York, soit des dispositions plus favorables du droit interne. Par exemple, dans une décision de 1997 en l'affaire *Chromalloy*, la cour d'appel de Paris a examiné un argument avancé par l'Égypte, selon lequel l'exécution d'une sentence devait être refusée, notamment parce qu'elle portait atteinte à l'article 33 de la Convention franco-égyptienne sur la coopération judiciaire de 1982¹³²⁰. Selon la Cour, étant donné que la Convention franco-égyptienne disposait expressément que la reconnaissance et l'exécution des sentences devaient être accordées conformément aux dispositions de la Convention de New York, les États avaient implicitement consenti à l'application d'une législation nationale plus favorable en vertu de l'article VII-1. En exécutant la sentence, la Cour s'est fondée sur les motifs plus limités de refus de l'exécution en vertu de l'article 1502 du Code de procédure civile français alors applicable¹³²¹.

C. Interaction de la Convention avec le droit interne

29. L'article VII-1 facilite la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères en faisant en sorte que les États contractants ne portent pas atteinte à la Convention en exécutant des sentences arbitrales en vertu de dispositions plus favorables de leur droit interne.

30. Les lois nationales des États contractants adoptent diverses approches en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Alors que, dans certains pays, les lois nationales sur l'arbitrage disposent que la reconnaissance et l'exécution doivent intervenir en vertu de la Convention de New York¹³²², d'autres contiennent des dispositions particulières relatives à la reconnaissance et à l'exécution¹³²³. D'autres encore prévoient qu'une sentence étrangère peut être exécutée si la juridiction du pays où elle a été rendue a prononcé un jugement à son sujet¹³²⁴.

¹³²⁰*République arabe d'Égypte c. Société Chromalloy Aero Services*, cour d'appel de Paris (France), 14 janvier 1997.

¹³²¹Pour un raisonnement semblable suivi par les juridictions allemandes, voir Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 26 février 1991, XI ZR 349/89; Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 29 juin 1989, 6 U (Kart) 115/88; de même que par un tribunal italien, voir *Viceré Livio c. Prodexport*, Corte di Cassazione, 11 juillet 1992.

¹³²²Voir, par exemple, Suisse, Loi fédérale sur le droit international privé, 1987, article 194; Allemagne, Loi sur l'arbitrage, 1998, article 1061.

¹³²³Voir, par exemple (France), Nouveau Code de procédure civile, articles 1504 à 1527; Pays-Bas, Code de procédure civile, article 1076.

¹³²⁴Par exemple, Italie, Code de procédure civile, article 830; Colombie, Code de procédure civile, décrets n° 1400 et 2019 de 1970, article 694-3.

a) *Le droit interne plus favorable que l'article II*

31. L'article VII-1 renvoie uniquement à l'exécution des "sentences arbitrales" et non à l'exécution des "conventions d'arbitrage". Comme les commentateurs l'ont noté, l'omission des conventions d'arbitrage dans le texte de l'article VII-1 n'était pas intentionnelle¹³²⁵ et peut s'expliquer par l'incorporation de dispositions concernant les conventions d'arbitrage dans la Convention de New York à un stade très avancé de sa négociation¹³²⁶.

32. Les juridictions françaises considèrent depuis longtemps que l'article VII-1 s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des conventions d'arbitrage. Ainsi, dans une série de décisions rendues à compter de 1993, elles ont estimé qu'en vertu de l'article VII-1 de la Convention, les conventions d'arbitrage pouvaient être exécutées conformément aux dispositions plus favorables du droit français de l'arbitrage, plutôt qu'aux exigences plus strictes de l'article II de la Convention de New York¹³²⁷.

33. Afin de confirmer que l'article VII-1 s'applique également aux conventions d'arbitrage, la CNUDCI a adopté, à sa trente-neuvième session en 2006, une recommandation relative à l'interprétation des articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York. Cette recommandation précise que l'article VII-1 devrait être "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

¹³²⁵ *Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la Convention de New York de 1958: un manuel à l'intention des juges* (P. Sanders, dir. publ., 2012), p. 27; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 86 à 88.

¹³²⁶ Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 16^e séance, E/CONF.26/SR.16.

¹³²⁷ Voir *Bomar Oil NV c. Etap — Entreprise tunisienne d'activités pétrolières*, Cour de cassation (France), 9 novembre 1993, 87-15.094, Rev. Arb. (1994), p. 108; *American Bureau of Shipping (ABS) c. Copropriété maritime Jules Verne*, Cour de cassation (France), 7 juin 2006, 03-12.034, Rev. Arb. (2006), p. 945; *S.A. Groupama transports c. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Cour de cassation (France), 21 novembre 2006, 05-21.818. L'ancien article 1443 du Code de procédure civile français, en vigueur à compter de 1981, disposait que la convention d'arbitrage (la clause compromissoire) devait être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se référerait, sans fixer d'autres conditions pour la validité d'une convention d'arbitrage en matière d'arbitrage international. L'actuel article 1507 du Code de procédure civile français applicable à l'arbitrage commercial international dispose que "[l]a convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme". À la date du présent Guide, on ne recensait aucune affaire dans laquelle une juridiction française aurait invoqué cette disposition en application de l'article VII-1 de la Convention.

d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention¹³²⁸.

34. Depuis que la CNUDCI a formulé cette recommandation, les juridictions d'un certain nombre d'États contractants ont, en appliquant l'article VII-1, exécuté des conventions d'arbitrage conformément à des conditions de forme moins strictes prévues dans leur droit interne. Par exemple, dans une décision récente, la Cour fédérale de justice allemande a exécuté une sentence arbitrale concernant deux commerçants en s'inspirant de la théorie du "*kaufmännisches Bestätigungsschreiben*", qui reconnaît que les contrats commerciaux, y compris les conventions d'arbitrage, peuvent être conclus par acceptation tacite d'une lettre de confirmation entre commerçants¹³²⁹. Les juges néerlandais ont eux aussi appliqué l'article VII-1 pour exécuter des sentences conformément à une disposition du droit interne qui dispose que, sur demande, une juridiction peut considérer comme produisant ses effets une convention d'arbitrage qui n'est pas insérée dans un contrat signé par les parties ou contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes, contrairement à ce que prévoit l'article II de la Convention de New York¹³³⁰.

35. Par ailleurs, les lois nationales de certains systèmes juridiques énoncent moins de conditions de forme pour une convention d'arbitrage que la Convention de New York. Par exemple, le droit de l'arbitrage international de la Suisse prévoit que la convention d'arbitrage est valable si elle est passée "par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte"¹³³¹. D'une manière plus large encore, la loi sur l'arbitrage du Royaume-Uni prévoit explicitement qu'il n'est pas nécessaire que l'écrit soit

¹³²⁸Recommandation 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 (2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 177 à 181, et annexe II, disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/A2F.pdf>. Les travaux préparatoires relatifs à la recommandation sont consignés dans les documents suivants: *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17)*, par. 313; *Ibid.*, *cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/57/17)*, par. 183; A/CN.9/468, par. 88 à 106; A/CN.9/485, par. 60 à 77; A/CN.9/487, par. 42 à 63; A/CN.9/508, par. 40 à 50; A/CN.9/592, par. 82 à 88; A/CN.9/WG.II/WP.118, par. 25 à 33; A/CN.9/607; et A/CN.9/609, et ses additifs 1 à 6.

¹³²⁹Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 30 septembre 2010, III ZB 69/09, SchiedsVZ 2010, 332. Voir également Kammergericht [KG] de Berlin (Allemagne), 20 janvier 2011, 20 Sch 09/09; Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 14 décembre 2006, 8 Sch 14/05. Les juges allemands ont exécuté des conventions d'arbitrage en vertu de cette notion même avant que la CNUDCI ne formule sa recommandation en 2006. Voir Oberlandesgericht [OLG] de Cologne (Allemagne), 16 décembre 1992, 16 W 43/92. Ce concept, dans le cas des conventions d'arbitrage, a été codifié en 1998 à l'article 10312 du nouveau Code de procédure civile allemand, qui figure dans les règles régissant les sentences nationales. L'Oberlandesgericht de Francfort a estimé que l'article VII-1 de la Convention, qui a trait aux lois relatives à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, n'entraînait pas nécessairement l'application de l'article 1031-2. Voir Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 26 juin 2006, 26 Sch 28/05.

¹³³⁰*Demandeur c. Ocean International Marketing B.V., et autres*, Rechtbank, Rotterdam (Pays-Bas), 29 juillet 2009, 194816/HA ZA 03-925.

¹³³¹Suisse, Loi fédérale sur le droit international privé, 1987, article 178-1.

signé par l'une des parties et qu'il peut être le résultat d'un enregistrement par l'une des parties ou par un tiers s'il y est autorisé par les parties à la convention. Une partie qui demande l'exécution d'une sentence arbitrale pourrait se prévaloir de ces dispositions conformément à l'article VII-1 de la Convention¹³³².

b) Le droit interne plus favorable que l'article IV

36. L'article IV de la Convention de New York énumère les documents devant être soumis par un requérant à la juridiction étatique au moment du dépôt de la demande de reconnaissance et/ou d'exécution, à savoir: l'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité, l'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité, et une traduction de ces pièces dans la langue du pays où la sentence est invoquée, le cas échéant.

37. Les juridictions allemandes ont toujours appliqué le principe de la règle la plus favorable énoncé à l'article VII-1 pour permettre à une partie intéressée de se prévaloir des conditions moins strictes prévues dans le droit allemand, en vertu duquel une partie qui demande l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère en Allemagne doit uniquement fournir l'original dûment authentifié de la sentence arbitrale ou une copie certifiée conforme¹³³³.

38. De même, les juridictions allemandes se fondent sur les dispositions plus favorables de leur droit interne pour s'affranchir de la condition énoncée à l'article IV-2 de la Convention, qui veut que la partie intéressée produise une traduction de la sentence et de l'original de la convention d'arbitrage¹³³⁴. La même

¹³³²Royaume-Uni, *Arbitration Act*, 1996, chap. 23, article 5.

¹³³³Allemagne, Code de procédure civile, article 1064-1 et 3. Voir, par exemple, Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 1^{er} septembre 2009, 34 Sch 14/09; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 25 septembre 2003, III ZB 68/02. Voir également Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 22 juin 2009; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 27 février 2009, 34 Sch 19/08; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 17 décembre 2008, 34 Sch 18/08; Oberlandesgericht [OLG] de Francfort (Allemagne), 17 octobre 2007; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 23 février 2007; Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 14 décembre 2006; Kammergericht [KG] de Berlin (Allemagne), 10 août 2006; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 15 mars 2006; Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 28 novembre 2005; Oberlandesgericht [OLG] de Dresde (Allemagne), 7 novembre 2005; Oberlandesgericht [OLG] de Dresde (Allemagne), 2 novembre 2005; Oberlandesgericht [OLG] de Hamm (Allemagne), 27 septembre 2005; Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 11 août 2000. Pour un avis contraire, voir Oberlandesgericht [OLG] de Rostock (Allemagne), 22 novembre 2001, 1 Sch 03/00, affaire dans laquelle le Tribunal a estimé que l'article VII-1 n'autorisait pas une partie à s'affranchir des conditions de forme applicables à l'exécution en vertu de la Convention de New York.

¹³³⁴Par exemple, Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 14 décembre 2006, 8 Sch 14/05; Kammergericht [KG] de Berlin (Allemagne), 10 août 2006, 20 Sch 07/04. Voir également Oberlandesgericht [OLG] de Munich (Allemagne), 28 novembre 2005; Oberlandesgericht [OLG] de Hamm, 27 septembre 2005; Oberlandesgericht [OLG] de Cologne (Allemagne), 23 avril 2004.

approche est suivie par les tribunaux suisses, qui appliquent la clause de faveur formulée à l'article 193-1 de la Loi fédérale sur le droit international privé¹³³⁵.

c) *Le droit interne plus favorable que l'article V-1 e)*

39. Conformément à l'article VII-1 de la Convention de New York, une partie intéressée peut demander l'application d'une loi nationale si celle-ci est plus favorable que les dispositions de la Convention, y compris en ce qui concerne les motifs de refus énumérés à l'article V. Parmi ces motifs, l'article V-1 e) prévoit que la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées si la sentence "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. La question de la relation entre les articles V-1 e) et VII-1 n'a pas été abordée dans les travaux préparatoires. En particulier, rien ne montre que les représentants des États ou leurs gouvernements se soient posé la question de savoir si l'article VII-1 pourrait être appliqué en vue de faire exécuter une sentence qui aurait été par ailleurs annulée ou suspendue.

41. Le texte final de la Convention de New York n'interdit pas à une juridiction d'un État contractant de reconnaître ou d'exécuter une telle sentence, si celle-ci peut être reconnue ou exécutée conformément au droit interne de cet État ou à un autre traité auquel il est partie. En appliquant la clause de faveur en vertu de l'article VII-1, les juridictions de certains États contractants ont ainsi régulièrement exécuté des sentences qui avaient été annulées ou suspendues.

42. Par exemple, dans une série de décisions rendues à compter de 1984, les juridictions françaises ont établi une règle selon laquelle une partie qui conteste l'exécution ne peut invoquer les motifs de non-exécution visés à l'article V-1 e) de la Convention eu égard aux motifs plus limités prévus dans le droit français¹³³⁶. Dans l'affaire *Hilmarton* (1994), la Cour de cassation a exécuté une sentence rendue en Suisse, alors que la sentence avait été annulée par le Tribunal fédéral suisse et qu'un nouveau tribunal arbitral avait été constitué pour connaître du litige. La Cour a estimé que "la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale

¹³³⁵Tribunal fédéral (Suisse), 2 juillet 2012, SA_754/2011. Les tribunaux des Pays-Bas ont également exécuté des sentences conformément à l'article 1076 du Code de procédure civile néerlandais, qui est plus favorable que l'article IV de la Convention: *Dubai Drydocks c. Bureau voor Scheeps- en Werktuigbouw [X] BV*, Rechtbank, Dordrecht (Pays-Bas), 30 juin 2010, 79684/KG RK 09-85.

¹³³⁶L'ancien article 1502 du Code de procédure civile français, en vigueur jusqu'en 2011, donnait une liste exhaustive de cinq motifs pour lesquels la reconnaissance et l'exécution pouvaient être refusées en France. Voir *Société Pabalk Ticaret Limited Sirketi c. Société Anonyme Norsolor*, Cour de cassation (France), 9 octobre 1984, 83-11.355, 1985 Rev. Arb. 431. Les articles 1520 et 1525-4 du Code de procédure civile français qui est actuellement en vigueur prévoient les mêmes motifs de refus.

qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurerait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international"¹³³⁷.

43. Les juges français ont suivi ce raisonnement dans une série d'affaires jugées par la suite¹³³⁸. Par exemple, dans l'arrêt rendu en 2007 dans l'affaire *Putrabali*, la Cour de cassation a déclaré que "la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées; [...] en application de l'article VII [la partie intéressée] était [...] fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger"¹³³⁹.

44. La même année, la cour d'appel de Paris a estimé que la règle selon laquelle l'annulation d'une sentence arbitrale dans un pays étranger ne porte pas atteinte au droit de la partie intéressée de demander l'exécution de la sentence en France (puisque l'arbitre ne fait pas partie intégrante de l'ordonnement juridique du pays où la sentence a été rendue) constitue un "principe fondamental du droit français"¹³⁴⁰.

45. Dans la décision rendue en 1996 dans l'affaire *Chromalloy*, le tribunal de district du district de Columbia aux États-Unis a adopté une position analogue et fait droit à une demande d'exécution d'une sentence rendue en Égypte, puis

¹³³⁷*Société OTV c. Société Hilmarton*, Cour de cassation (France), 10 juin 1997. XX Y.B. Com. Arb. (1995), p. 663. Le nouveau tribunal arbitral constitué sur décision du Tribunal fédéral suisse a rendu une deuxième sentence en contradiction avec la première sentence et ordonnant au défendeur de payer une commission destinée à rémunérer des services de consultant dans le cadre du contrat en cause. La Cour de cassation française a infirmé la décision de la juridiction inférieure reconnaissant la seconde sentence et estimé que seule la première sentence était reconnue en France, statuant que la reconnaissance en France de la première sentence, qui avait été annulée hors de France, empêchait nécessairement la reconnaissance ou l'exécution de la seconde sentence dans ce pays.

¹³³⁸*Bargues Agro Industrie S.A. (France) c. Young Pecan Company (États-Unis)*, cour d'appel de Paris (France), 10 juin 2004, Rev. arb. (2004), p. 733; *PT Putrabali Adyamulia c. S.A. Rena Holding*, cour d'appel de Paris (France), 31 mars 2005, Rev. arb. (2006), p. 665, décision confirmée dans la cause *PT Putrabali Adyamulia c. S.A. Rena Holding*, Cour de cassation (France), 29 juin 2007, 05-18053, Rev. arb. (2007), p. 507; *Direction générale de l'aviation civile de l'Émirat de Dubaï c. International Bechtel Co., LLP*, cour d'appel de Paris (France), 29 septembre 2005, Rev. arb. (2006), p. 695.

¹³³⁹*PT Putrabali Adyamulia c. S.A. Rena Holding*, Cour de cassation (France), 29 juin 2007, 05-18053, Rev. arb. (2007), p. 507, confirmant la décision rendue dans la cause *PT Putrabali Adyamulia c. S.A. Rena Holding*, cour d'appel de Paris (France), 31 mars 2005, Rev. arb. (2006), p. 665.

¹³⁴⁰Cour d'appel de Paris, 18 janvier 2007, *Société S.A. Lesbats et Fils c. Volker le Docteur Grub*.

annulée par une cour d'appel égyptienne¹³⁴¹. Le Tribunal a considéré que, contrairement à l'article V de la Convention, qui énonce une "norme souple" en vertu de laquelle un tribunal étatique "peut" refuser d'exécuter une sentence, l'article VII-1 "exige que le juge prenne en considération les demandes [de la partie intéressée] en vertu de la législation américaine applicable". Le Tribunal a examiné si les motifs invoqués par la cour égyptienne pour annuler la sentence étaient des motifs de nature à justifier l'annulation d'une sentence nationale en vertu de l'article 10 du chapitre premier de la *Federal Arbitration Act*. Il a estimé que, dans la mesure où la sentence n'aurait pas été annulée en vertu de l'article 10, il devait l'exécuter conformément à l'article VII-1 de la Convention.

46. Cela étant, la Convention de New York n'oblige pas les juridictions des États contractants à reconnaître une sentence qui a été annulée ou suspendue et ils ne contreviennent pas à la Convention en refusant de le faire.

47. Certaines juridictions ont décidé que l'exécution d'une sentence devrait être refusée si celle-ci a été annulée dans le pays où elle a été rendue. Les juridictions allemandes, par exemple, ont adopté cette position en se fondant sur la précédente version du Code de procédure civile, qui faisait de la validité ("*Rechtswirksamkeit*") d'une sentence arbitrale étrangère une condition préalable de son exécution¹³⁴², ainsi que sur le nouveau Code de procédure civile allemand, qui prévoit que la reconnaissance et l'exécution "sont accordées conformément à [la Convention de New York]", y compris en ce qui concerne les motifs de refus en vertu de l'article V-1 e)¹³⁴³.

48. De même, aux États-Unis d'Amérique, des juridictions se sont écartées de la décision rendue en 1996 dans l'affaire *Chromalloy* et ont refusé d'exécuter des sentences qui avaient été annulées ou suspendues¹³⁴⁴. Par exemple, dans la

¹³⁴¹*Chromalloy Aeroservices c. Arab Republic of Egypt*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 31 juillet 1996, 94-2339. Voir David W. Rivkin, "The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience", dans *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series n° 9 (A.J. van den Berg, dir. publ., 1999), p. 528; voir Emmanuel Gaillard, "The Relationship of the New York Convention with other Treaties and with Domestic Law", dans *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008), p. 69, et plus précisément p. 80 à 86; *Georgios c. Petrochilos*, "Enforcing Awards Annulled In Their State Of Origin Under The New York Convention", 48 Int'l Comp. L.Q. (1999), p. 856.

¹³⁴²Oberlandesgericht [OLG] de Rostock (Allemagne), 28 octobre 1999, I Sch 03/99. Voir Klaus Sachs, "The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The German Experience", dans *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series n° 9 (A.J. van den Berg, dir. publ., 1999), p. 552.

¹³⁴³Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 21 mai 2007, III ZB 14/07.

¹³⁴⁴*Baker Marine Ltd. c. Chevron Ltd.*, Court of Appeal, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 12 août 1999, 191 F.3d 194; *TermoRio S.A. E.S.P. c. Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P.*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 17 mars 2006, 421 F. Supp. 2d 87; *Martin Spier c. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 22 octobre 1999, 86 Civ. 3447.

décision rendue en 1999 dans l'affaire *Baker Marine*, la cour d'appel de la deuxième circonscription a refusé d'exécuter deux sentences rendues au Nigéria et annulées par les juges nigériens, rejetant l'argument de la partie intéressée selon lequel les sentences avaient été annulées pour des raisons qui n'auraient pas été reconnues en vertu du droit des États-Unis comme des motifs valables pour annuler une sentence. La Cour a estimé que "l'application mécanique du droit interne de l'arbitrage à des sentences étrangères en vertu de la Convention porterait gravement atteinte au caractère définitif et se traduirait régulièrement par des jugements contradictoires"¹³⁴⁵.

49. En revanche, le refus d'une juridiction d'exécuter une sentence qui a été annulée ou suspendue pourrait constituer une violation de la Convention européenne qui, lorsqu'elle s'applique¹³⁴⁶, limite expressément les motifs de refus qui sont énoncés à l'article V de la Convention de New York. À cet égard, l'article IX-2 de la Convention européenne dispose que, lorsqu'un État est partie à la fois à la Convention européenne et à la Convention de New York, le pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge pour refuser l'exécution d'une sentence au motif qu'elle a été annulée se limite aux seules causes d'annulation énumérées dans son article IX-1¹³⁴⁷.

50. Conformément à l'obligation contractée en vertu de la Convention européenne, la Cour suprême autrichienne a exécuté une sentence qui avait été annulée pour atteinte à l'ordre public en Slovaquie, en expliquant que "[c]onformément à l'article IX-1 de la Convention européenne, l'annulation d'une sentence pour

¹³⁴⁵*Baker Marine Ltd c. Chevron Ltd*, Court of Appeal, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 12 août 1999, 191 F.3d 194. La Cour a écarté la décision rendue dans l'affaire *Chromalloy* en invoquant la nationalité de la partie intéressée qui n'était pas un citoyen des États-Unis, et une disposition de la clause d'arbitrage stipulant que la décision de l'arbitre ne pouvait faire l'objet d'aucun appel ou aucun recours.

¹³⁴⁶Pour l'application de la Convention européenne, voir Collection des traités des Nations Unies, à l'adresse: <https://treaties.un.org/>.

¹³⁴⁷Le texte intégral de l'article IX-1 de la Convention européenne est le suivant: "1. L'annulation dans un État contractant d'une sentence arbitrale régie par la présente Convention ne constituera une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre État contractant que si cette annulation a été prononcée dans l'État dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue et ce pour une des raisons suivantes: a) les parties à la convention d'arbitrage étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont soumise ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou b) la partie qui demande l'annulation 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; ou 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 ne pas être annulées; ou 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, aux dispositions de l'article IV de la présente Convention. 2. Dans les rapports entre États contractants également Parties à la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences arbitrales étrangères, le paragraphe 1 du présent article a pour effet de limiter aux seules causes d'annulation qu'il énumère l'application de l'article 5, paragraphe 1 e) de la Convention de New York."

contrariété à l'ordre public du pays d'origine [...] ne figure même pas parmi les motifs de refus énumérés de façon exhaustive [...] et, partant, ne constitue pas un motif de refus de l'exécution dans l'État où celle-ci est demandée"¹³⁴⁸.

d) *Le droit interne plus favorable que l'article VI*

51. L'article VI de la Convention de New York dispose que la juridiction devant laquelle l'exécution de la sentence est demandée "peut", si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution lorsque la sentence est visée par une action en annulation dans le pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, elle a été rendue. En application de l'article VII-1 de la Convention, les juges ont appliqué les lois nationales plus favorables à la reconnaissance et à l'exécution que l'article VI afin d'écartier tout effet suspensif d'une action en annulation.

52. Par exemple, dans une décision rendue en 1999, la Cour d'appel du Luxembourg a examiné l'argument avancé par la partie s'opposant à l'exécution, selon lequel la sentence rendue en Suisse n'avait pas encore acquis autorité de chose jugée en raison de la demande en révision de la sentence déposée devant le Tribunal fédéral suisse de sorte que, conformément à l'article VI de la Convention de New York, la Cour devait surseoir à statuer en attendant la décision définitive sur cette demande en révision. Rejetant cet argument, la Cour a fait observer que "le principe de la *favor arbitrandum* [...] domine la Convention" et en particulier l'article VII-1, qui vise "à rendre possible l'exécution des sentences étrangères dans le plus grand nombre de cas". La Cour a estimé que, conformément à la Convention, "le juge luxembourgeois ne peut refuser l'exécution que pour une des causes prévues dans son droit national". Étant donné que l'article 1028-2 du Code de procédure civile luxembourgeois ne retient pas, parmi ces causes, le cas où la sentence est l'objet d'un recours à l'étranger, elle a refusé de surseoir à statuer et a exécuté la sentence¹³⁴⁹.

53. Les juges français ont également refusé de suspendre la procédure d'exécution alors qu'une action en annulation d'une sentence était pendante. Dans l'affaire *Bargues Agro* (2004), par exemple, la cour d'appel de Paris a refusé de suspendre l'exécution d'une sentence rendue en Belgique en attendant la conclusion de la procédure d'annulation dans ce pays, et a appliqué les dispositions plus favorables du droit français¹³⁵⁰. La Cour a noté que, puisque la sentence avait été rendue dans le cadre d'un arbitrage international, elle n'était pas intégrée dans l'ordre juridique

¹³⁴⁸Cour suprême (Autriche), 26 janvier 2005, 3Ob221/04b.

¹³⁴⁹*Sovereign Participations International S.A. c. Chadmore Developments Ltd.*, Cour d'appel du Luxembourg, 28 janvier 1999.

¹³⁵⁰*Société Bargues Agro Industries S.A. c. Société Young Pecan Company*, cour d'appel de Paris (France), 10 juin 2004.

belge et son éventuelle annulation ne pouvait empêcher sa reconnaissance et son exécution dans un autre État contractant. Elle a donc jugé que les dispositions de l'article VI de la Convention n'offraient "aucune utilité dans le système de la reconnaissance et de l'exécution [d'une sentence en vertu] de l'article 1502 du Code de procédure civile [alors applicable]".

e) *Autres pratiques du droit interne plus favorables*

54. Les juges allemands se sont appuyés sur l'article VII-1 de la Convention de New York pour appliquer le principe de la forclusion prévu dans le droit interne, qui interdit à une partie ayant participé à une procédure d'arbitrage sans avoir dénoncé un vice connu devant le tribunal arbitral d'invoquer ce vice comme motif de refus de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence¹³⁵¹. D'après l'interprétation que les juges allemands font de l'article 1044-2-1 de l'ancien Code de procédure civile, cet article prescrit la forclusion des objections émises à l'encontre de la sentence, par exemple sur la base de l'invalidité de la convention d'arbitrage, lorsque ce motif aurait pu être invoqué dans une action en annulation de la sentence dans le pays où celle-ci a été rendue, mais que la partie concernée n'a pas saisi cette possibilité.

55. Le Code de procédure civile allemand ne contient pas de dispositions énonçant expressément les motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence, mais prévoit que "la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont accordées conformément à la Convention de New York"¹³⁵². Il y a divergence d'opinions entre les juges allemands sur la question de savoir si le principe de forclusion peut être appliqué sur la base de la Convention de New York uniquement. Certaines juridictions ont estimé que, si les motifs de non-exécution prévus à l'article V de la Convention de New York ne font pas obstacle à de tels moyens de défense, un juge allemand peut néanmoins appliquer ce principe, même si celui-ci n'est pas expressément mentionné dans le Code de procédure civile en vigueur¹³⁵³.

¹³⁵¹Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne), 8 novembre 1971; Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 10 mai 1984, III ZR 206/82. Voir également Albert Jan van den Berg, "The German Arbitration Act 1998 and the New York Convention 1958", dans *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century — Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel* (R.G. Briner, Y.L. Fortier, P.K. Berger, J. Bredow, dir. publ., 2001), p. 783.

¹³⁵²Allemagne, Code de procédure civile, article 1061.

¹³⁵³Par exemple, Oberlandesgericht [OLG] de Karlsruhe (Allemagne), 27 mars 2006, 9 Sch 02/05; Oberlandesgericht [OLG] de Karlsruhe (Allemagne), 4 janvier 2012, 9 Sch 02/09. Certaines juridictions inférieures ont déduit de l'absence d'une telle disposition explicite que l'exclusion des moyens de défense ne peut être appliquée en vertu de la Convention de New York. Voir, par exemple, Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG] (Allemagne), 16 mars 2000, 4 Z Sch 50/99; Oberlandesgericht [OLG] de Celle (Allemagne), 4 septembre 2003, 8 Sch 11/02.

56. À la date du présent Guide, la plus récente décision rendue par la Cour fédérale de justice allemande sur cette question a confirmé que l'exclusion des moyens de défense devrait avoir une applicabilité limitée. Selon la Cour, une partie qui invoquerait un vice pour la première fois au stade de l'exécution ne serait pas nécessairement de mauvaise foi et il ne devrait lui être interdit de le faire que lorsque les circonstances montrent que son comportement paraît contraire à la bonne foi et au principe de cohérence avec sa conduite antérieure ("*venire contra factum proprium*")¹³⁵⁴.

Article VII-2

57. La Convention de New York a été conçue pour remplacer le Protocole relatif aux clauses d'arbitrage adopté à Genève en 1923 et la Convention de Genève de 1927 (dénommés les "Traités de Genève"), dont on estimait qu'ils composaient un cadre juridique trop lourd pour l'exécution des sentences arbitrales au regard du développement du commerce international après la Seconde Guerre mondiale.

58. Comme le montrent les travaux préparatoires, il a été proposé que l'article VII-2 prévienne expressément que les Traités de Genève "cesser[ont] de produire [leurs] effets entre les États contractants du jour où ils seront liés par [la Convention de New York]". Les mots "dans la mesure où ils deviendront liés" ont été insérés dans le texte pour tenir compte des États contractants qui ne seraient pas liés par la Convention de New York en ce qui concerne tous leurs territoires simultanément et non pour assurer le maintien de l'application des Traités de Genève¹³⁵⁵. Les travaux préparatoires ont en outre confirmé que le remplacement prescrit à l'article VII-2 vise l'ensemble des Traités de Genève. Une proposition tendant à limiter leur remplacement en fonction de leur degré de compatibilité avec la Convention de New York a été rejetée au cours du processus de rédaction¹³⁵⁶.

59. Les règles régissant la reconnaissance et l'exécution prévues dans la Convention de New York ont apporté un certain nombre d'améliorations par rapport au régime prévu par les Traités de Genève.

¹³⁵⁴Bundesgerichtshof [BGH] (Allemagne), 16 décembre 2010, III ZB 100/09.

¹³⁵⁵Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction le 6 juin 1958, E/CONF.26/L.61, p. 4; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 24^e séance, E/CONF.26/SR.24, p. 4. Voir également les commentaires dans Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne), 8 novembre 1971.

¹³⁵⁶Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 18^e séance, E/CONF.26/SR.18, p. 7.

60. *Premièrement*, la Convention de Genève de 1927, qui s'appliquait aux sentences fondées sur des conventions visées par le Protocole de Genève de 1923, prévoyait l'exécution d'une sentence étrangère uniquement si la partie qui entendait s'en prévaloir pouvait démontrer que la sentence était "définitive" dans son pays d'origine¹³⁵⁷. Une partie intéressée devait donc demander l'*exequatur* dans le pays où la sentence avait été rendue avant de demander l'exécution dans un autre pays, d'où une exigence de "double *exequatur*". Le régime plus libéral prévu par la Convention de New York n'exige pas qu'une sentence soit définitive mais simplement qu'elle soit "devenue obligatoire" pour les parties.

61. *Deuxièmement*, pour que le Protocole de Genève de 1923 et la Convention de Genève de 1927 soient applicables, les parties à l'arbitrage devaient être soumises à la juridiction des États parties aux deux traités. La Convention de New York, en revanche, prévoit uniquement que la sentence doit être rendue sur le territoire d'un autre État contractant ou dans l'État d'exécution si la sentence est considérée comme non nationale dans l'État où la reconnaissance et l'exécution sont demandées.

62. *Troisièmement*, la charge de la preuve dans la Convention de New York est moins contraignante pour la partie qui demande l'exécution. Aux termes de l'article premier de la Convention de Genève, une partie intéressée était tenue de démontrer qu'il existait une convention d'arbitrage valable, que l'objet de la sentence était susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage, que la procédure d'arbitrage avait été menée conformément à l'accord des parties, que la sentence était devenue définitive sur le lieu de l'arbitrage, et que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence n'était pas contraire à l'ordre public de l'État où elle était invoquée. En vertu de la Convention de New York, une partie qui demande l'exécution doit seulement fournir au juge l'original de la sentence (ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité), l'original de la convention d'arbitrage (ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité), et une traduction de ces pièces si elles ne sont pas rédigées dans une langue officielle du pays où sont demandées la reconnaissance et l'exécution. Toujours en vertu de la Convention de New York, il incombe à la partie qui s'oppose à l'exécution de prouver l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de ladite convention.

63. La jurisprudence concernant l'article VII-2 confirme le principe selon lequel les Traités de Genève cessent de s'appliquer à la reconnaissance et à l'exécution

¹³⁵⁷Cette notion était définie à l'article 1 d) de la Convention de Genève de 1927; il s'agissait d'une sentence i) qui ne pouvait faire l'objet d'aucun recours ou ii) qui ne pouvait être visée par une procédure en cours contestant sa validité.

des sentences arbitrales étrangères dans les États contractants dès lors que ceux-ci sont liés par la Convention de New York¹³⁵⁸.

64. À de très rares exceptions près, tous les États qui avaient adhéré aux Traités de Genève sont devenus parties à la Convention de New York¹³⁵⁹. L'article VII-2 présente donc de nos jours un intérêt pratique limité.

¹³⁵⁸Par exemple, *S.p.A. Nosegno e Morando c. Bohne Friedrich und Co-Import-Export*, Corte Di Cassazione (Italie), 20 janvier 1977; *Jassica S.A. c. Ditta Polojaz*, Corte di Appello de Trieste (Italie), 2 juillet 1982; Cour suprême (Autriche), 21 février 1978; Oberlandesgericht [OLG] de Düsseldorf (Allemagne), 8 novembre 1971; *Trefileries & Ateliers de Commercy (T.A.C.) c. Société Philipp Brothers France et Société Derby & Co. Limited*, cour d'appel de Nancy (France), 5 décembre 1980; *Minister of Public Works of the Government of the State of Kuwait c. Sir Frederick Snow & Partners*, House of Lords (Angleterre), 1^{er} mars 1984, [1984] A.C. 426.

¹³⁵⁹Le statut des anciennes colonies qui étaient parties aux Traités de Genève n'est pas clair, certaines d'entre elles n'ayant pas fait d'annonces officielles concernant ce statut. Voir Dirk Otto, "Article IV", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento et al., dir. publ., 2010), p. 143.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article VIII tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I; E/2822/Add.5, annexe; E/2822/Add.6.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/7; E/CONF.26/L.51;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;

- Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l'arbitrage commercial international: Rapport d'ensemble du Secrétaire général: E/CONF.26/4.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 19^e, 20^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.19; E/CONF.26/SR.20; E/CONF.26/SR.24;
- Comptes rendus analytiques des 4^e et 8^e séances du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.4; E/AC.42/SR.8.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Analyse

1. L'article VIII fait partie des dispositions finales de la Convention. Il indique qui peut devenir partie à la Convention et la procédure à suivre à cette fin. Il détermine également qui remplit les fonctions de dépositaire de la Convention.

Article VIII-1

A. Date limite de signature

2. La Convention, qui a été conclue le 10 juin 1958, a été ouverte à la signature jusqu'au 31 décembre 1958. Vingt-quatre États ont signé la Convention avant cette date¹³⁶⁰. L'article VIII-1, prévoit que tout autre État qui ne l'a pas signée avant cette date adhère à la Convention selon les dispositions de l'article IX.

¹³⁶⁰Des informations sur l'état de la Convention sont accessibles sur Internet à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

B. Définition des parties à la Convention

3. La Convention est ouverte à la signature de tout “État Membre des Nations Unies”¹³⁶¹. Le paragraphe 1 de l’article VIII dispose également que la Convention est ouverte à la signature de tout autre État qui est ou devient membre d’une ou de 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.

4. Lors de la Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international convoquée pour l’élaboration et l’adoption de la Convention, un débat a surgi sur l’emploi du terme “État” dans la formule définissant qui peut devenir partie à la Convention¹³⁶². D’après certaines délégations, ce terme ne pouvait pas être utilisé, car il n’avait pas toujours le même sens¹³⁶³. Aucun “État” n’a été invité par l’Assemblée générale à signer la Convention avant le 31 décembre 1958.

Article VIII-2

A. Procédure à suivre pour devenir partie à la Convention

5. L’article VIII-2, prévoit expressément que les États expriment leur consentement à être liés par la Convention en la signant sous réserve de ratification. Cette procédure leur permet de faire approuver la Convention sur un plan interne et d’adopter les éventuelles lois nécessaires à la mise en œuvre de celle-ci à l’échelle

¹³⁶¹Au moment de l’adoption de la Convention, en 1958, 82 États étaient Membres de l’Organisation des Nations Unies (voir la page Web <http://www.un.org/en/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html>).

¹³⁶²Toutefois, le Secrétaire général, en sa qualité de dépositaire, a indiqué en diverses occasions qu’il n’avait pas compétence pour décider si un territoire ou une entité entraînait dans la catégorie désignée par la formule “tous les États”. Aux termes d’un accord adopté par l’Assemblée générale le 14 décembre 1973, le Secrétaire général, en s’acquittant de ses fonctions de dépositaire d’une convention contenant la clause “tous les États”, suivra la pratique de l’Assemblée dans l’application de cette clause et, chaque fois que cela sera opportun, sollicitera l’avis de cette dernière avant de recevoir une signature ou un instrument de ratification ou d’adhésion (voir *Annuaire juridique des Nations Unies*, 1973 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.75.V.1), deuxième partie, chap. IV, sect. A.3 (p. 86, note 9), et *ibid.*, 1974 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.76.V.1), deuxième partie, chap. VI, sect. A.9 (p. 172 et 173)).

¹³⁶³Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l’exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 15; Travaux préparatoires, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères, Rapport du Secrétaire général, E/2822, p. 28; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Examen du projet de convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, Amendements au projet de convention présentés par la délégation polonaise, E/CONF.26/7, p. 1; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l’arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 19^e séance, E/CONF.26/SR.19, p. 3.

nationale avant d'accepter les obligations juridiques créées par la Convention à l'échelle internationale¹³⁶⁴.

6. L'acte par lequel un État exprime son consentement à être lié par la Convention est distinct de l'entrée en vigueur de celle-ci. Le consentement à être lié est l'acte par lequel un État montre sa volonté d'accepter les droits et obligations juridiques créés par la Convention en déposant un instrument de ratification (en application de l'article VIII-2) ou d'adhésion (en application de l'article IX). En revanche, l'entrée en vigueur correspond au moment où la Convention devient juridiquement contraignante pour un État, c'est-à-dire la date où ce dernier devient partie à la Convention. Cette date est fixée par l'article XII.

B. Dépositaire

7. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la Convention¹³⁶⁵. En pratique, c'est la Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies qui exerce les fonctions de dépositaire au nom du Secrétaire général.

¹³⁶⁴Nations Unies, *Manuel des traités*, par. 3.3.2.

¹³⁶⁵Le Secrétaire général assume cette fonction pour les traités multilatéraux en vertu de : a) de l'Article 98 de la Charte des Nations Unies; b) des dispositions des traités eux-mêmes; c) de la résolution 24 (I) de l'Assemblée générale en date du 12 février 1946; et d) de la résolution de la Société des Nations du 18 avril 1946 (voir Nations Unies, *Manuel des traités*, par. 2.1).

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article IX tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I; E/2822/Add.4, annexe I.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/7; E/CONF.26/L.57;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 20^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.20; E/CONF.26/SR.24.
- Compte rendu analytique de la 8^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.8.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Analyse

1. L'article IX dispose que la Convention est ouverte à l'adhésion de tous les États qui répondent à la description donnée à l'article VIII-1¹³⁶⁶.
2. Un État peut généralement exprimer son consentement à être lié par la Convention en déposant un instrument d'adhésion auprès du dépositaire. L'adhésion produit le même effet juridique que la ratification. Cependant, contrairement à cette dernière, qui est précédée d'une signature afin de créer des obligations juridiquement contraignantes en droit international, l'adhésion n'exige qu'une seule démarche, le dépôt d'un instrument d'adhésion. Le Secrétaire général, en sa qualité de dépositaire, considère les instruments de ratification qui n'ont pas été précédés d'une signature comme des instruments d'adhésion, et les États en question sont informés en conséquence. Aucune forme particulière n'est prescrite pour l'instrument d'adhésion, mais ce dernier doit contenir certains renseignements¹³⁶⁷.

¹³⁶⁶Des informations sur l'état de la Convention sont accessibles sur Internet à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

¹³⁶⁷Voir Nations Unies, *Manuel des traités*, par. 3.3.5 et annexe 5. L'instrument d'adhésion doit comprendre: i) le titre du traité en question, la date et le lieu de conclusion; ii) le nom complet et le titre de la personne signant l'instrument, c'est-à-dire le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, ou toute autre personne qui assume ces fonctions par intérim ou a reçu à cet effet des pleins pouvoirs de l'une des autorités qualifiées; iii) une expression sans ambiguïté de l'intention du gouvernement de se considérer, au nom de l'État, comme lié par le traité, et d'en respecter et appliquer les dispositions en bonne foi; iv) la date et le lieu de publication de l'instrument; et v) la signature du chef d'État, du chef de gouvernement, du Ministre des affaires étrangères (le seul sceau officiel n'est pas recevable) ou de toute autre personne qui assume ces fonctions par intérim ou a reçu à cet effet des pleins pouvoirs de l'une des trois autorités qualifiées.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article X tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I; E/2822/Add.6, annexe.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.57;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 20^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.20; E/CONF.26/SR.24;
- Compte rendu analytique de la 8^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.8.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Analyse

1. L'article X aborde la question des effets de la Convention dans les unités territoriales nationales. Au moment où la Convention a été conclue, cette disposition avait un sens bien précis, car plusieurs États possédaient des colonies ou des territoires dont ils étaient responsables¹³⁶⁸.
2. Aujourd'hui, une telle disposition s'applique principalement aux États fédéraux (qui sont couverts par l'article XI de la Convention). Jusqu'à présent, dix pays ont fait des déclarations concernant les matières régies par l'article X¹³⁶⁹.

¹³⁶⁸Voir Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, annexe, p. 4, et Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 20^e séance E/CONF.26/SR.20, p. 2 à 5.

¹³⁶⁹Des informations sur l'état de la Convention sont accessibles sur Internet à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html et dans la Collection des traités des Nations Unies, à l'adresse <https://treaties.un.org/>.

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 constituantes, 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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article XI tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;

- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I; E/2822/Add.5, annexe; E/2822/Add.6, annexe;
- Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l'arbitrage commercial international: Rapport d'ensemble du Secrétaire général: E/CONF.26/4.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.57;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61, E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 20^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.20; E/CONF.26/SR.24;
- Compte rendu analytique de la 8^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.8.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Analyse

1. L'article XI intéresse relativement peu d'États: il s'agit des États fédéraux où le gouvernement central n'a pas le pouvoir d'établir une loi uniforme dans les domaines visés par la Convention. Il est à noter, cependant, qu'un État constitué de deux unités territoriales ou plus n'est autorisé à faire de déclaration en vertu de l'article XI que si des systèmes de droit différents s'appliquent, dans ces unités, aux matières traitées dans la Convention.

2. Comme le montrent les travaux préparatoires, le texte de l'article XI a fait l'objet d'un très long débat. Il n'a toutefois pas créé de difficulté particulière en pratique. Des dispositions similaires sont couramment insérées dans d'autres traités internationaux.

3. Dans la plupart des États contractants dotés d'un système fédéral (comme l'Allemagne, l'Autriche, les États-Unis, l'Inde ou la Suisse), l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère est régie par la législation fédérale. Aux États-Unis, par exemple, le Congrès a mis en œuvre la Convention en 1970 en adoptant un texte législatif qui en fait une loi suprême du pays liant à la fois le Gouvernement fédéral et les gouvernements des États fédérés. La Convention et sa législation d'application ont ultérieurement été codifiées au chapitre 2 du titre 9 du Code des États-Unis (c'est-à-dire au chapitre 2 du *Federal Arbitration Act*). De ce fait, les juridictions du pays sont tenues de faire exécuter toutes les sentences arbitrales étrangères, qui sont régies par la Convention, conformément au chapitre 2 du *Federal Arbitration Act*. La Cour suprême des États-Unis a jugé que la Convention, telle qu'elle est intégrée au droit fédéral, ambitionne "de favoriser la reconnaissance et l'exécution des contrats internationaux et d'unifier les règles selon lesquelles les conventions d'arbitrage sont appliquées et les sentences arbitrales exécutées dans les pays signataires"¹³⁷⁰. Cet objectif est également mentionné dans une décision du tribunal de district pour le district de Columbia, qui a relevé qu'"[e]n agissant au niveau fédéral, le Congrès s'est assuré que l'exécution des sentences arbitrales étrangères aux États-Unis serait régie par un seul ensemble de 'règles de procédure uniformes' et non par diverses règles adoptées par les États, ce qui aurait pu être le cas en application de l'article XI"¹³⁷¹. Dans l'arrêt *Sedco*, la cour d'appel de la cinquième circonscription a jugé que, puisque depuis son adoption la Convention est "la loi suprême du pays", "[t]oute loi ou décision antérieure à cet engagement exprès est réputée conforme à la Convention ou est abrogée ou supplantée par elle"¹³⁷².

4. Dans quelques États contractants, le pouvoir législatif relatif à l'exécution des sentences arbitrales étrangères est partagé entre l'échelon fédéral et l'échelon provincial. Le Canada a mis en œuvre la Convention de New York au niveau fédéral en adoptant la loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères, laquelle dispose que la Convention n'est applicable qu'aux "différends découlant d'un rapport commercial de droit, contractuel ou non contractuel". La loi sur l'arbitrage commercial a codifié la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international à l'échelle fédérale. Comme l'indique la

¹³⁷⁰*Scherk c. Alberto-Culver Co.*, Supreme Court (États-Unis d'Amérique), 17 juin 1974, 417 United States 506.

¹³⁷¹*Commission Import Export S.A. c. Republic of the Congo and Caisse Congolaise d'Amortissement*, District Court, District of Columbia (États-Unis d'Amérique), 11 juillet 2014, 13-7004.

¹³⁷²*Sedco Inc Mobile Drilling Uni Sedco c. Petroleos Mexicanos Mexican National Oil Co.*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 12 août 1985, 767 F.2d 1140. Voir aussi *Murphy Oil USA Inc. c. SR International Business Insurance Company Ltd*, District Court, Western District of Arkansas (États-Unis d'Amérique), 20 septembre 2007, 07-CV-1071.

Cour d'appel fédérale canadienne, cette loi ne s'applique qu'au cas d'arbitrage où l'une des parties au moins est Sa Majesté du chef du Canada, un établissement public ou une société d'État ou aux questions de droit maritime¹³⁷³. La Cour explique en outre qu'«[u]ne loi a également été adoptée pour appliquer la Convention de New York et la Loi type dans chaque province et territoire (à l'exception du Québec). Elle s'applique à la plupart des affaires civiles, sauf à celles qui relèvent de la compétence de l'État fédéral. De ce fait, au Canada, les litiges commerciaux peuvent être du ressort des juridictions provinciales ou des juridictions fédérales en fonction de l'objet du litige.» La Cour d'appel fédérale précise que l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère en matière maritime est du ressort des cours fédérales étant donné que «le Parlement avait la compétence voulue pour donner force de loi à la Convention dans des domaines relevant de son autorité tels que 'la navigation et les expéditions par eau'»¹³⁷⁴.

¹³⁷³Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C (1985), ch. 17 (2^e Suppl.), article 5-2.

¹³⁷⁴*Northern Sales Company Limited c. Compania Maritima Villa Nova S.A.*, Cour d'appel fédérale, Winnipeg (Manitoba) (Canada), 20 novembre 1991, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 363.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article XII tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I; E/2822/Add.6, annexe.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.55;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 20^e, 21^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.20; E/CONF.26/SR.21; E/CONF.26/SR.24.
- Compte rendu analytique de la 4^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.4.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Analyse

1. L'article XII détermine la date d'entrée en vigueur de la Convention de New York.
2. La Convention est entrée en vigueur le 7 juin 1959, 90 jours après le dépôt d'un instrument de ratification par l'Égypte, Israël, le Maroc et la République arabe syrienne. Conformément à l'article XII, les États contractants sont devenus liés par la Convention à son entrée en vigueur, le 7 juin 1959, ou le 90^e jour qui a suivi la date à laquelle ils ont déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion¹³⁷⁵.
3. Outre qu'elle a une incidence sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales visées par la Convention dans l'État intéressé, la date à laquelle la Convention devient applicable dans un État donné peut aussi servir de référence lorsqu'un État fait une réserve de réciprocité¹³⁷⁶.
4. La question se pose souvent de savoir si la Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des conventions d'arbitrage conclues, ou des sentences arbitrales rendues, avant l'adoption de la Convention par l'État intéressé.
5. Comme le montrent les travaux préparatoires, ce problème a été débattu par les délégations des États et une proposition selon laquelle la Convention ne s'appliquerait qu'aux sentences arbitrales rendues après la date d'adoption de la

¹³⁷⁵Sur les questions ayant trait à la date d'entrée en vigueur de la Convention, 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, A/CN.9/656, par. 14 à 17.

¹³⁷⁶Pour une analyse plus détaillée des réserves de réciprocité, voir le chapitre du Guide consacré à l'article premier.

Convention a été faite, mais n'a pas été retenue¹³⁷⁷. Certains États ont critiqué cette proposition, car elle aurait pour effet de soustraire de nombreuses sentences arbitrales au bénéfice de la Convention, alors que celle-ci devait s'appliquer au plus grand nombre possible de sentences. Comme l'a expliqué le représentant d'Israël, "[p]uisque le projet de convention a pour but de faciliter autant que possible la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, il serait conforme aux principes d'une saine pratique juridique de le rendre applicable aux sentences rendues avant l'entrée en vigueur de la Convention"¹³⁷⁸. Les représentants de la Suisse et de la France ont fait par ailleurs observer que "la Convention ne s'appliquerait qu'aux sentences arbitrales non exécutées qui n'ont pas été soumises aux tribunaux. Ces sentences ne sont sans doute pas nombreuses et il n'y a aucune raison de les exclure. [...] La majorité de ces sentences sont exécutées volontairement, de sorte que le projet de convention ne s'appliquerait rétroactivement qu'aux sentences dont l'exécution a été empêchée par la mauvaise foi de la partie succombante."¹³⁷⁹

6. Depuis que la Convention a été adoptée, très peu d'États ont formulé une réserve concernant l'application rétroactive de la Convention¹³⁸⁰.

7. Dans la majorité des États contractants, les juridictions ont considéré que la Convention s'applique i) aux conventions d'arbitrage signées avant l'entrée en vigueur de la Convention dans l'État d'exécution et ii) aux sentences arbitrales qui ont été prononcées avant l'adoption de la Convention par l'État où la sentence a été rendue ou par l'État d'exécution¹³⁸¹.

8. *Tout d'abord*, les juridictions ont accepté d'appliquer la Convention lorsque le contrat où figurait la clause compromissoire avait été signé avant que la Convention n'entre en vigueur dans l'État d'exécution¹³⁸². Ainsi, sans mentionner l'article XII

¹³⁷⁷Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 20^e séance, E/CONF.26/SR.20, p. 12. Lors de cette séance, la délégation yougoslave s'est demandé si la Convention "s'appliquera[it] [...] aux seules sentences qui sont devenues exécutoires après l'entrée en vigueur [de la Convention] ou [...] aussi aux sentences devenues exécutoires avant". Afin d'exclure du champ d'application les sentences arbitrales rendues avant l'entrée en vigueur de la Convention, le libellé suivant avait été proposé: "La présente Convention ne s'applique qu'aux sentences arbitrales étrangères qui ont acquis force de chose jugée et sont devenues définitives après l'entrée en vigueur de la Convention" (voir Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Yougoslavie. Amendement à l'article XI du projet de convention (E/2704/Rev.1), E/CONF.26/L.55).

¹³⁷⁸Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 21^e séance, E/CONF.26/SR.21, p. 2.

¹³⁷⁹Id., p. 3 et 4.

¹³⁸⁰Des informations sur les réserves à la Convention de New York sont accessibles sur Internet à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

¹³⁸¹Albert Jan van den Berg. "Does the New York Arbitration Convention of 1958 apply retroactively?: decision of the House of Lords in *Government of Kuwait v. Sir Frederic Snow*", 1 Arb. Int'l (1985), p. 103.

¹³⁸²*Republic of Ecuador, Petroecuador (Équateur) c. Chevron Texaco Corporation*, District Court, Southern District of New York (États-Unis d'Amérique), 27 juin 2005, 376 F. Supp. 2d 334, XXXI Y.B. Com. Arb. (2006), p. 1162; *Travel Automation Ltd. c. Abacus International Pvt. Ltd. and others*, High Court de Karachi (Pakistan), affaire n° 1318 de 2004, 14 février 2006, XXXII Y.B. Com. Arb. (2007).

de la Convention, le Tribunal supérieur de justice brésilien a déclaré que le fait que la convention d'arbitrage a été signée avant l'adoption de la loi sur l'arbitrage qui met en œuvre la Convention est indifférent, car les règles de procédure, dont fait partie la loi sur l'arbitrage, sont d'effet immédiat en droit brésilien¹³⁸³.

9. *Ensuite*, à quelques exceptions près¹³⁸⁴, les juges ont appliqué la Convention lorsqu'une sentence arbitrale avait été rendue dans un État qui n'y avait pas encore adhéré. Ainsi, en Angleterre, la Chambre des lords a appliqué l'*Arbitration Act* de 1975 mettant en œuvre la Convention de New York à une sentence arbitrale rendue au Koweït avant que ce dernier n'adhère à la Convention. Sans faire référence à l'article XII, elle a jugé que la date à prendre en compte pour déterminer si un État était un "État contractant" était la date d'exécution et non la date à laquelle la sentence avait été prononcée¹³⁸⁵. De même, une juridiction allemande a appliqué la Convention de New York pour faire exécuter une sentence arbitrale rendue à Londres un mois avant l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention. Elle a considéré que, puisque cette dernière est de nature procédurale, elle s'applique rétroactivement¹³⁸⁶. Les juges ont également appliqué la Convention lorsqu'une sentence a été prononcée avant que l'État dans lequel l'exécution est demandée ait adhéré à la Convention. Aux États-Unis, par exemple, la cour d'appel de la deuxième circonscription a jugé que la Convention devait s'appliquer rétroactivement à une sentence arbitrale rendue au Japon le 18 septembre 1970, même si elle n'est entrée en vigueur aux États-Unis que le 20 décembre 1970¹³⁸⁷.

10. Dans le même esprit, certaines juridictions ont appliqué la Convention de manière rétroactive, conformément à la législation de leur pays qui la met en œuvre. Ainsi, la Cour d'appel fédérale canadienne a appliqué la Convention à une sentence prononcée un an avant l'adhésion du Canada en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de la loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères, qui dispose qu'elle s'applique aux "sentences arbitrales rendues et aux conventions d'arbitrage conclues avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi"¹³⁸⁸.

¹³⁸³*Spie Enertrans SA c. Inepar SA Industria e Construcões*, Tribunal supérieur de justice (Brésil), 3 octobre 2007, SEC 831.

¹³⁸⁴Voir *Société nationale pour la recherche, le transport et la commercialisation des hydrocarbures (Sonatrach) c. Ford, Bacon and Davis Inc.*, tribunal de première instance de Bruxelles (Belgique), 6 décembre 1988, XV Y.B. Com. Arb. (1990), p. 370. Voir aussi *Murmansk State Steamship Line c. Kano Oil Millers Ltd.*, Supreme Court (Nigéria), 11 décembre 1974, VII Y.B. Com. Arb. (1982), p. 349; *Commoditex S.A. c. Alexandria Commercial Co.*, cour de justice de Genève (Suisse), 12 mai 1967, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 199.

¹³⁸⁵*Sir Frederic Snow & Partners and others (Royaume-Uni) c. Minister of Public Works of the Government of Kuwait*, House of Lords (Angleterre et pays de Galles), 1^{er} mars 1984, X Y.B. Com. Arb. (1985), p. 508.

¹³⁸⁶*Acheteur de République fédérale d'Allemagne c. Vendeur anglais*, Hanseatisches Oberlandesgericht [OLG] de Hambourg (Allemagne), 27 juillet 1978, IV Y.B. Com. Arb. (1979), p. 266. Voir aussi *Partie allemande c. Partie autrichienne*, Oberster Gerichtshof (Autriche), 17 novembre 1965, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 182.

¹³⁸⁷*Copal Co. Ltd. c. Fotochrome Inc.*, District Court, Eastern District of New York (États-Unis d'Amérique), 4 juin 1974 et *Copal Co. Ltd. c. Fotochrome Inc.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 29 mai 1975, I Y.B. Com. Arb. (1976), p. 202.

¹³⁸⁸*Northern Sales Company Limited c. Compania Maritima Villa Nova S.A.*, Cour fédérale d'appel (Canada), 20 novembre 1991.

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 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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article XIII tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.57;

- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 20^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.20; E/CONF.26/SR.24;
- Compte rendu analytique de la 4^e séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.4.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Analyse

1. Un État contractant peut dénoncer la Convention dans les conditions fixées par l'article XIII. À ce jour, aucun État contractant ne s'est retiré de la Convention ni ne l'a dénoncée.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article XIV tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I; E/2822/Add.4, annexe I;
- Activités des organisations intergouvernementales et non gouvernementales dans le domaine de l'arbitrage commercial international: Rapport d'ensemble du Secrétaire général: E/CONF.26/4.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.56; E/CONF.26/L.57;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé par le Comité de rédaction le 9 juin 1958: E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 20^e, 21^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.20; E/CONF.26/SR.21; E/CONF.26/SR.24.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Analyse

1. En vertu de l'article XIV, un État contractant ne peut exiger d'un autre État contractant qu'il applique la Convention que dans la mesure où il est lui-même lié par elle. L'article XIV constitue une clause générale de réciprocité qui s'applique aux obligations entre États contractants créées par toutes les dispositions de la Convention. Il se distingue donc de l'article premier, paragraphe 3, qui contient une disposition particulière pouvant être invoquée par une partie privée dans le cadre d'une procédure d'*exequatur*¹³⁸⁹.

2. Comme le montrent les travaux préparatoires, l'article XIV avait été rédigé à l'origine dans des termes pratiquement identiques à ceux du second paragraphe de l'ex-article X, lequel portait sur les droits et obligations des États fédéraux ou non unitaires (et est devenu l'article XI)¹³⁹⁰. Telle qu'elle était alors rédigée, cette proposition de clause de réciprocité ne faisait pas l'unanimité, car certaines délégations souhaitaient préciser qu'elle ne s'appliquerait qu'aux États fédéraux¹³⁹¹. Ce n'est que lors de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international convoquée pour l'élaboration et l'adoption de la Convention que le représentant de la Norvège a proposé un amendement visant à insérer une clause générale de

¹³⁸⁹Albert Jan van den Berg, "Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) — XXVII (2002)", XXVIII Y.B. Com. Arb. (2003), p. 699, par. 914. Voir aussi Patricia Nacimiento, "Article XIV", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento *et al.*, dir. publ., 2010), p. 541, et plus précisément p. 544.

¹³⁹⁰Travaux préparatoires, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, p. 15 et 16 et E/2704-E/AC.42/4/Rev.1, annexe, p. 5.

¹³⁹¹Voir, par exemple, les observations de la Yougoslavie sur l'article X: Travaux préparatoires, Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/2822/Add.6, annexe, p. 2.

réciprocité sous forme d'article distinct¹³⁹². Une majorité de délégations a accepté cet amendement le dernier jour de la Conférence.

3. Les parties qui contestent l'exécution d'une convention d'arbitrage ou d'une sentence arbitrale ont rarement invoqué l'article XIV et l'obligation de réciprocité qu'il énonce. D'après la jurisprudence qui était disponible au moment de l'élaboration du présent Guide, l'article XIV n'a jamais servi de base pour refuser de reconnaître ou d'exécuter une sentence arbitrale¹³⁹³.

4. On trouve un exemple de tentative infructueuse de se prévaloir de l'obligation de réciprocité visée à l'article XIV dans l'affaire *Fertilizer Corporation of India c. IDI Management Inc.*, qui a été jugée par le tribunal de district pour le district sud de l'Ohio. Une sentence arbitrale avait été rendue en Inde contre une entreprise américaine, laquelle soutenait devant le Tribunal que cette sentence ne devait pas être exécutée aux États-Unis au motif que l'Inde ne l'aurait pas exécutée si elle avait été prononcée aux États-Unis en sa faveur, et que donc, "la réciprocité entre l'Inde et les États-Unis requise par la Convention [article XIV] était absente"¹³⁹⁴. La partie qui contestait l'exécution de la sentence a également avancé que l'article XIV impose aux juges de déterminer dans quelle mesure l'Inde applique la Convention et si le pays tient compte des sentences rendues en Inde en faveur de parties indiennes de la même manière. Le Tribunal a rejeté cet argument et fait exécuter la sentence, estimant que l'obligation de réciprocité prévue par la Convention était satisfaite en l'espèce. Il a observé que l'article XIV donne "aux États le droit de tirer parti des réserves formulées par un autre État concernant des dispositions territoriales ou fédérales, ou d'autres types de dispositions". Il a ajouté qu'en tout état de cause, il avait la certitude que les juridictions indiennes ne s'étaient pas lancées dans une "stratégie sournoise de dénaturation de la Convention en privant les ressortissants étrangers de sentences équitables".

¹³⁹²Travaux préparatoires, Examen du projet de Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Norvège: Amendement au projet de Convention, E.CONF.26/L.28; Travaux préparatoires, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Compte rendu analytique de la 24^e séance, E/CONF.26/SR.24, p. 6 et 7.

¹³⁹³Voir, par exemple, *Union of India and others c. Lief Hoegh & Co. and others*, High Court du Gujarat (Inde), 4 mai 1982, AIR 1983 Guj 34; *Audi NSU Auto Union A.G. c. Overseas Motors, Inc.*, District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division (États-Unis d'Amérique), 9 août 1976, II Y.B. Com. Arb. (1977), p. 252; *M.A. Industries Inc. c. Maritime Battery Ltd.*, Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (Canada), 19 août 1991, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 354; *Odin Shipping Co. (Pte) Ltd. c. Aguas Industriales de Tarragona*, Tribunal suprême (Espagne), 4 octobre 1983, XI Y.B. Com. Arb. (1986), p. 528. Voir aussi, en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution d'une convention d'arbitrage: *McDermott International c. Lloyds Underwriters of London*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 14 février 1992, 91-841, XVIII Y.B. Com. Arb. (1993), p. 472; *Ken Acosta (États-Unis)*, et al. c. *Master Maintenance and Construction Inc.*, et al., Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 8 juin 2006, 05-30126.

¹³⁹⁴*Fertilizer Corporation of India c. IDI Management Inc.*, District Court, Southern District of Ohio, Western Division (États-Unis d'Amérique), 9 juin 1981, C-1-79-570.

5. Dans une autre affaire jugée aux États-Unis, la cour d'appel de la cinquième circonscription a souligné qu'il est important de respecter l'engagement de réciprocité visé à l'article XIV. Elle a estimé que les droits des ressortissants américains garantis par la Convention dans d'autres pays dépendent de la proportion dans laquelle les États-Unis "appliquent la Convention à l'intérieur de leurs propres frontières"¹³⁹⁵.

6. Les principaux commentateurs ont confirmé que l'article XIV ne permet pas à un État contractant qui n'a fait aucune réserve de refuser l'exécution d'une sentence rendue dans un autre État contractant qui a émis des réserves. À l'inverse, un État qui a formulé une réserve en vertu de l'article premier, paragraphe 3, ne serait pas autorisé à invoquer la Convention contre un autre État contractant qui a ratifié la Convention sans réserve¹³⁹⁶.

¹³⁹⁵ *Beiser c. Weyler*, Court of Appeals, Fifth Circuit (États-Unis d'Amérique), 19 mars 2002, 0120152.

¹³⁹⁶ Voir Angela Kolbl, "Commentary on Article XIV", dans *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 — Commentary* (R. Wolff, dir. publ., 2012), p. 529, et plus précisément p. 531; Patricia Nacimiento, "Article XIV", dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento *et al.*, dir. publ., 2010), p. 541, et plus précisément p. 544.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article XV tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.57;E/CONF.26/L.61;

- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des 21^e et 24^e séances de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.21; E/CONF.26/SR.24.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Analyse

1. L'article XV contient une liste de notifications que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies doit effectuer en sa qualité de dépositaire de la Convention. Il contient des dispositions conformes aux actes qui doivent être réalisés par les dépositaires de traités internationaux.

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.

Travaux préparatoires

Les travaux préparatoires relatifs à l'article XVI tel qu'adopté en 1958 sont consignés dans les documents suivants:

Projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et observations des gouvernements et des organisations:

- Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/2704-E/AC.42/4/Rev.1 et annexe;
- Observations des gouvernements et des organisations sur le projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/2822, annexes I et II; E/2822/Add.1, annexe I.

Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international:

- Amendements au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.57;
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères approuvé provisoirement par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8;
- Acte final et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: E/CONF.26/8/Rev.1.

Comptes rendus analytiques:

- Compte rendu analytique de la 21^e séance de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international: E/CONF.26/SR.21.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse <http://www.uncitral.org>)

(Les travaux préparatoires, la jurisprudence et les références bibliographiques peuvent également être consultés sur Internet à l'adresse: <http://newyorkconvention1958.org>.)

Analyse

1. L'article XVI prévoit que l'anglais, le chinois, l'espagnol, le français et le russe – les cinq langues officielles de l'ONU au moment de la préparation de la Convention – sont les langues de la Convention qui font foi et doivent être considérées comme faisant également foi. La Convention ne comporte pas de clause indiquant la démarche à suivre en cas de divergence entre les différentes versions linguistiques.

2. Même si certains commentateurs ont constaté des différences entre les versions de la Convention qui font foi¹³⁹⁷, cette question n'a été débattue dans aucune affaire.

3. Si une ambiguïté ressort de l'une des versions linguistiques de la Convention qui font foi, les juges pourraient normalement appliquer les règles d'interprétation définies par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Conformément aux articles 31 et 32 de cette convention, “[u]n 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” et “[i]l 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 [...] de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31”.

4. Dans l'arrêt *Kahn Lucas Lancaster Inc. c. Lark International Ltd.*, la cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis s'est fondée sur les versions de la Convention énumérées à l'article XVI pour interpréter l'article II, paragraphe 2. Elle a analysé le texte de la version anglaise, mais aussi l'article II, paragraphe 2, dans chacune des quatre autres langues qui font foi (c'est-à-dire le chinois,

¹³⁹⁷Voir, par exemple, Dorothee Schramm, Elliott Geisinger *et al.*, “Article XVI” dans *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke, P. Nacimiento *et al.*, dir. publ., 2010), p. 555, et plus précisément p. 556.

l'espagnol, le français et le russe)¹³⁹⁸. La cour d'appel a conclu que, comme la version anglaise, les versions française, espagnole et chinoise de l'article II, paragraphe 2, laissent supposer qu'indépendamment du fait qu'une convention d'arbitrage figure dans une clause compromissoire insérée dans un contrat ou se présente sous forme de compromis distinct, elle doit être signée par les parties ou contenue dans un échange de lettres. Elle s'est déclarée "réticente à laisser la version russe apparemment contradictoire lui imposer un résultat différent, surtout au vu des objectifs déclarés de la Convention, dont l'un consiste à 'unifier les conditions dans lesquelles les conventions d'arbitrage sont appliquées et les sentences arbitrales exécutées dans les pays signataires'". Les travaux préparatoires confirment cette interprétation de l'article II, paragraphe 2, par la cour d'appel.

¹³⁹⁸*Kahn Lucas Lancaster Inc. c. Lark International Ltd.*, Court of Appeals, Second Circuit (États-Unis d'Amérique), 29 juillet 1999, 97-9436, XXIV Y.B. Com. Arb. (1999), p. 900. Sur cette question, voir le chapitre du Guide consacré à l'article II.

