



Assemblée générale

Distr. générale
13 janvier 2014
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-septième session
New York, 7-25 juillet 2014

Règlement des litiges commerciaux

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

Note du Secrétariat

Additif

“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 RELATIFS À L'ARTICLE II

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 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 I; 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 projets relatifs aux articles III, IV et V du projet de convention: 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.
- Amendements supplémentaires au projet de convention présentés par les délégations gouvernementales: E/CONF.26/L.40.
- Texte du protocole additionnel sur la validité des conventions d'arbitrage 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 des nouveaux articles à insérer dans la Convention, adoptés par la Conférence: E/CONF.26/L.59.
- Texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, tel qu'approuvé à titre provisoire par le Comité de rédaction: E/CONF.26/L.61; E/CONF.26/8.

Comptes rendus analytiques:

- Comptes rendus analytiques des septième, neuvième, onzième, douzième, treizième, quatorzième, dix-septième, vingt et unième, vingt-troisième et vingt-quatrième 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 quatrième séance du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales: E/AC.42/SR.4.

(Documents consultables sur Internet à l'adresse www.uncitral.org)

INTRODUCTION

1. L'article II régit la reconnaissance et l'exécution des conventions d'arbitrage. Sous réserve de la satisfaction de certaines conditions, 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 (ci-après "la Convention") devait initialement se limiter à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales, à l'exclusion de celles des conventions d'arbitrage¹. Si des questions touchant à la validité des conventions d'arbitrage ont été soulevées dans le contexte 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 Convention², ce n'est que pendant la Conférence, 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'arbitrage³. 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 tardif⁴. Ceci 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, y compris 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.

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 prévoyant un lieu d'arbitrage situé dans un État différent de celui de la juridiction

¹ *Travaux 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 discutées au cours des septième et neuvième séances de la Conférence avant d'être finalement rejetées.

² *Travaux préparatoires*, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, comptes rendus analytiques des onzième (E/CONF.26/SR.11, p. 7 à 12), douzième (E/CONF.26/SR.12, p. 3 à 6), treizième (E/CONF.26/SR.13, p. 4 à 7, et 9 à 11), quatorzième (E/CONF.26/SR.14, p. 4 et 5, et 7 à 9), dix-septième (E/CONF.26/SR.17, p. 4 à 6) séances.

³ *Travaux préparatoires*, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, compte rendu analytique de la vingt et unième séance, E/CONF.26/SR.21, p. 18. Voir E/2822 annexes I et II.

⁴ Ibid.

saisie du litige⁵. Cette interprétation a été validée par un certain nombre de commentateurs⁶.

5. D'autres commentateurs ont estimé que l'article II était conçu pour s'appliquer à la reconnaissance et à l'exécution de toutes les conventions d'arbitrage, indépendamment du lieu de l'arbitrage. Le professeur Minoli, par exemple, fait observer que la proposition d'Israël (modifiée par la suite 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 laisse, d'après lui, 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 internationales⁷. Un autre des premiers commentateurs de la Convention est également d'avis que l'article II, contrairement au Protocole de Genève de 1923, n'exige pas que les parties soient soumises à la juridiction d'États contractants différents, conférant ainsi à cette disposition un caractère d'applicabilité générale⁸. 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 II⁹.

6. Dans cet esprit, 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 interprétation, car elle irait à l'encontre de l'esprit et des valeurs de la Convention". Cette Cour a conclu que "la Convention de New York s'appliquera à une convention d'arbitrage pour autant qu'elle ait un élément d'extranéité, même très ténu, ayant

⁵ *Kaverit Steel and Crane c. Kone Corp.*, Alberta Court of Queen's Bench, Canada, 14 mai 1991; *Compagnie de Navigation et Transports SA c. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal fédéral, Suisse, 16 janvier 1995; Tribunal fédéral, Suisse, 21 mars 1995, 5C.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.

⁶ Reinmar Wolff, *Commentaire de l'article II*, dans NEW YORK CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS — Commentaire 85, p. 99 à 104 (R. Wolff, dir. publ. 2012); GUIDE 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., 2011), p. 21; Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l'application de l'Article II de la Convention de New York*, 1995 ASA BULL. 383, p. 384.

⁷ Eugenio 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 199, p. 203 (P. Sanders, dir. publ., 1967). Voir aussi *Travaux préparatoires*, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, compte rendu analytique de la vingt et unième séance, E/CONF.26/SR.21, p. 15, notamment l'observation du représentant de la Norvège selon laquelle "l'existence d'une réserve ayant pour effet de limiter le domaine d'application de la Convention aux litiges de caractère international est indispensable" 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".

⁸ Frédéric-Edouard Klein, *Autonomie de la volonté et arbitrage (suite et fin)*, 1958 R.C.D.I.P. 479, p. 491.

⁹ Voir, par exemple, Philippe Fouchard, *La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York*, 1990 REV. ARB. 571, qui 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.

trait aux échanges et au commerce internationaux, même si ladite convention d'arbitrage ne donne pas lieu au prononcé d'une sentence étrangère (...).¹⁰ La même approche a été adoptée par les juridictions américaines, sur le fondement de la loi fédérale sur l'arbitrage (Federal Arbitration Act) et de la Convention de New York¹¹. De la même manière, les juridictions françaises ont adopté le point de vue selon lequel 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 I ne restreignant en aucune manière ce principe¹².

7. L'article II régit la forme et les effets des conventions d'arbitrage. L'article II-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'arbitrage¹³. L'article II-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, l'article II-3 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'arbitrage¹⁴.

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

¹⁰ *Gas Authority of India Ltd. c. SPIE-CAPAG SA et autres*, High Court of Delhi, Inde, 15 octobre 1993, affaire n° 1440; IA n° 5206.

¹¹ *Fred Freudensprung c. Offshore Technical Services, Inc., et al.*, Court of Appeals, Fifth Circuit, États-Unis d'Amérique, 9 août 2004, 03-20226.

¹² *Société Bomar Oil N.V. c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Cour d'appel de Versailles, France, 23 janvier 1991, décision confirmée dans *Société Bomar Oil N.V. c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Cour de cassation, France, 9 novembre 1993, pourvoi n° 91-15.194.

¹³ ALBERT JAN VAN DEN BERG, *THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958: TOWARDS A UNIFORM JUDICIAL INTERPRETATION* (1981), p. 156; *GUIDE ICCA de la Convention de New York*, *supra* note 6, p. 39.

¹⁴ PHILIPPE FOUCHARD, *L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL* (1965), par. 203; Antonias Dimolitsa, *Separability and Kompetenz-Kompetenz*, dans *ICCA CONGRESS SERIES NO. 9, IMPROVING THE EFFICIENCY OF ARBITRATION AND AWARDS: 40 YEARS OF APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION*, p. 217 (A.J. van den Berg, dir. publ., 1999).

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 arbitrale¹⁵. Dans d'autres pays, les juges examinent ces éléments en détail pour décider s'ils doivent renvoyer les parties à l'arbitrage.

10. La règle à appliquer par les juridictions nationales 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 controverse¹⁶.

ANALYSE

ARTICLE II-1

A. L'obligation de reconnaître une convention écrite

11. L'article II-1 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 de l'article II-1, dans lequel est employé le verbe "*shall*" en anglais (dénnotant une obligation), ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire aux juges en les obligeant à reconnaître la convention d'arbitrage, conformément aux dispositions claires à ce sujet de la loi fédérale sur l'arbitrage et de la Convention de New York¹⁷. 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'arbitrage¹⁸. Le caractère obligatoire de la reconnaissance et de l'exécution des conventions d'arbitrage a été confirmé par la jurisprudence de la plupart des pays¹⁹.

¹⁵ Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, *Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement*, N.Y.L.J. (décembre 2005), p. 7; Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II*, dans RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: A GLOBAL COMMENTARY ON THE NEW YORK CONVENTION 37, p. 95 et 96 (H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N.C. Port, dir. publ., 2010).

¹⁶ Pour une analyse détaillée de cette question, voir *infra* [A/CN.9/814, Add.2], par. 79 à 99.

¹⁷ *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.

¹⁸ *Tradax Export SA c. Amoco Iran Oil Company*, Tribunal fédéral, Suisse, 7 février 1984.

¹⁹ Australie: *Seeley International Pty Ltd. c. Electra Air*, Federal Court, Australie, 29 janvier 2008, SAD 157 de 2007; Colombie: *Sunward Overseas SA c. Servicios Maritimos Limitada Semar*,

B. Signification du terme “convention”

13. L'article II-1 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 ont convenu 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 ont convenu de soumettre leur différend à l'arbitrage”²⁰. Comme l'a confirmé une juridiction australienne, le consentement s'apprécie au cas par cas²¹.

15. La jurisprudence de différents pays appliquant la Convention qui a été rassemblée²² montre que les parties sont renvoyées à l'arbitrage conformément à l'article II-3 lorsque les 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 la participation à la négociation du contrat contenant une clause compromissoire, par le biais d'un échange de documents, établissait le consentement des parties à soumettre à l'arbitrage tout différend découlant de ce contrat, si bien que les conditions de

Cour suprême de justice, Colombie, 20 novembre 1992, 472; France: *SA C.F.T.E. c. Jacques Dechavanne*, Cour d'appel de Grenoble, France, 13 septembre 1993; Hong Kong: *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; Inde: *Renusagar Power Co Ltd. c. General Electric Company et autres*, Supreme Court, Inde, 16 août 1984; Italie: *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. 189 (1976).

²⁰ *Mitsubishi Motors Corp c. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court, États-Unis d'Amérique, 2 juillet 1985, 3-1569.

²¹ *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 laquelle le tribunal de district du District de Columbia a refusé l'application d'une soi-disant clause compromissoire car il n'a pas été en mesure de découvrir “des éléments de fait ou une autorité juridique à l'appui de [l']argument selon lequel il est possible d'établir l'existence d'une convention d'arbitrage écrite en l'absence d'échange écrit prouvant le consentement des deux parties à procéder à un arbitrage entre elles.”

²² Cette étude est basée sur plus de 350 décisions émanant d'Allemagne, d'Australie, de Belgique, du Brésil, du Canada, de Chine, de Colombie, d'Égypte, d'Espagne, des États-Unis d'Amérique, de la Fédération de Russie, de France, de Hong-Kong, d'Inde, d'Italie, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, de Suisse et du Venezuela. Ces décisions peuvent être consultées sur Internet à l'adresse www.newyorkconvention1958.org.

l'article II étaient remplies²³. 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'arbitrage²⁴. 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 un échange de documents. Elle a estimé que le comportement de la partie concernée, notamment l'ouverture de lettres de crédit s'appuyant sur le contrat et l'invocation de la clause de force majeure figurant dans celui-ci, démontrait qu'elle avait accepté les termes du contrat écrit, y compris la clause compromissoire²⁵. Suivant le même raisonnement, mais appliquant la loi française sur le fondement de la "clause de faveur"²⁶, 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 avaient connaissance de ce document, lequel constituait la seule "rencontre des volontés des parties", elles étaient liées par la clause compromissoire qu'il contenait²⁷.

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

²³ *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 April 2000, 109 F.Supp.2d 1236 (2000).

²⁴ *Metropolitan Steel Corporation Ltd. c. Macsteel International U.K. Ltd.*, High Court of Karachi, Pakistan, 7 mars 2006, XXXII Y.B. COM. ARB. 449 (2007), p. 451 et 452; *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.

²⁵ *Smita Conductors Ltd. c. Euro Alloys Ltd.*, Supreme Court, Inde, 31 août 2001, affaire civile n° 12930 de 1996.

²⁶ ALBERT 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* 69, p. 70 (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008).

²⁷ *SA Groupama transports c. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Cour d'appel de Basse-Terre, France, 18 avril 2005.

d'arbitrage, bien qu'elle n'ait pas été partie au contrat principal²⁸. Cependant, cette approche n'est pas universellement admise. Par exemple, dans l'affaire *Dallah*, la Cour suprême d'Angleterre, 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 du Pakistan comme partie au contrat principal, malgré le fait qu'il ait participé aux négociations et à l'exécution de certaines des obligations découlant de ce contrat²⁹.

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 clause³⁰. Dans le même ordre d'idées, 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 aient eu connaissance de cette convention au moyen d'une mention spécifique figurant dans le contrat principal ("*per relationem perfecta*")³¹.

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 sont informées de leur existence ou devraient l'être. 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, un renvoi à ces conditions libellé en termes généraux ("*per relationem imperfecta*") satisfait à la condition de l'article II de la Convention³². Les juges allemands ont également admis que le consentement peut être déduit des usages pertinents du

²⁸ *Société Kis France et autres c. Société Générale et autres*, Cour d'appel de Paris, France, 1^{er} octobre 1989, 1992 REV. ARB. 90. Pour un raisonnement similaire, concluant que le Gouvernement du Turkménistan "avait agi comme s'il était lui-même [une entité détenue par l'État] en ce qui concernait cette co-entreprise à l'égard de [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 Turkménistan*, Court of Appeals, Fifth Circuit, États-Unis d'Amérique, 21 avril 2006, 04-20842.

²⁹ *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, 2011 REV. ARB. 286.

³⁰ Cour 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. 289 (1979), p. 291.

³¹ *Louis Dreyfus S.p.A. c. Cereal Mangimi S.r.l.*, Cour de cassation, Italie, 19 mai 2009, 11529.

³² *Del Medico & C. SAS c. Iberprotein SI*, Cour de cassation, Italie, 16 juin 2011, 13231.

commerce international lorsque le contrat est spécifique à un domaine et que l'activité des parties relève de ce domaine³³.

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'arbitrage³⁴. 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 connaissance³⁵. 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 unique³⁶. 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 connaissance des conditions générales auxquelles renvoie un contrat entraîne l'acceptation tacite de ses termes, y compris la convention d'arbitrage³⁷. Dans le même ordre d'idées, 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 connaissance³⁸. Un certain nombre de juridictions ont ainsi admis des conventions d'arbitrage contenues dans des conditions générales auxquelles renvoyait le contrat principal³⁹. Dans le même esprit, dans le cadre d'un litige

³³ Bundesgerichtshof [BGH], Allemagne, 3 décembre 1992, III ZR 30/91.

³⁴ Domenico 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 p. 355 (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008).

³⁵ *Owners & Parties Interested in the Vessel M.V. Baltic Confidence, et al. c. State Trading Corp. of India, et al. (India)*, 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.

³⁶ *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.

³⁷ *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.

³⁸ *Société Bomar Oil N.V. c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Cour d'appel de Versailles, France, 23 janvier 1991, décision confirmée dans *Société Bomar Oil N.V. 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.

³⁹ *Del Medico & C. SAS c. Iberprotein Sl*, 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

découlant d'un connaissance renvoyant expressément à une charte-partie, la Cour suprême indienne a admis une convention d'arbitrage contenue dans la charte-partie⁴⁰. 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 écrite⁴¹.

22. *Cinquièmement*, 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 démontrant le consentement des parties à l'arbitrage⁴². Par exemple, ayant estimé qu'un compromis d'arbitrage non signé ne satisfaisait pas aux conditions de l'article II-2, la Cour supérieure de justice brésilienne a néanmoins accordé l'exécution d'une sentence arbitrale rendue sur la base de ce compromis au motif que les parties avaient accepté la compétence du tribunal arbitral en participant à la procédure sans soulever aucune objection quant à la compétence de ce tribunal⁴³. De même, une cour australienne a exécuté une sentence arbitrale concernant des frais d'arbitrage rendue sous l'égide de la Chambre de commerce internationale à Paris et par laquelle le tribunal arbitral s'était déclaré incompétent en raison de l'invalidité de la convention d'arbitrage. La cour a estimé qu'en signant l'acte de mission les parties avaient consenti à soumettre leur différend à l'arbitrage⁴⁴.

23. L'importance accordée par les juges au consentement des parties à l'arbitrage est conforme à la philosophie de la Convention, selon laquelle il est souhaitable "que l'existence et le contenu de la convention des parties soient établis de manière satisfaisante"⁴⁵. Les commentateurs ont de leur côté souligné l'importance 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] Cologne, Allemagne, 16 décembre 1992, XXI Y.B. COM. ARB. 535 (1996).

⁴⁰ *Owners & Parties Interested in the Vessel M.V. Baltic Confidence, et al. c. State Trading Corp. of India, et al. (India)*, 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.

⁴¹ Article 7-6 (Option I) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (avec les modifications adoptées en 2006).

⁴² *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] Schleswig, Allemagne, 30 mars 2000, 16 SchH 05/99.

⁴³ *L'Aiglon S/A c. Têxtil União S/A*, Cour supérieure de justice, Brésil, 18 mai 2005, SEC 856.

⁴⁴ *Commonwealth Development Corp c. Montague*, Supreme Court of Queensland, Australie, 27 juin 2000, recours n° 8159 de 1999; DC n° 29 de 1999.

⁴⁵ *Travaux préparatoires*, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, 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.

l'intention des parties et de la question de savoir s'il y a bien eu une "rencontre des volontés"⁴⁶.

C. Portée de la "convention écrite"

24. L'article II-1 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. L'article II-1 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, 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 lorsqu'il y avait un différend au sujet de l'existence d'un litige⁴⁷. Elle a estimé que la question de l'existence, ou non, d'un litige 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 cet article devait faire l'objet d'une interprétation large⁴⁸. De la même manière, dans l'affaire *Fiona Trust*, la Cour d'appel d'Angleterre 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, ont probablement voulu que tout différend né de la relation établie entre elles soit tranché par le même tribunal⁴⁹.

b. "Rapport de droit déterminé"

28. L'exigence de l'article II-1, selon laquelle le différend doit s'être élevé "au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel", est très vague et elle est rarement abordée par la jurisprudence.

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

⁴⁶ REINMAR WOLFF, *THE NEW YORK CONVENTION*, *supra* note 6, p. 128 à 132; GUIDE DE L'ICCA, *supra* note 6, p. 48.

⁴⁷ *Guangdong Agriculture Ltd. c. Conagra International Far East Company Ltd.*, High Court, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, 24 septembre 1992, HCA003032/1992.

⁴⁸ *Seeley International Pty Ltd. c. Electra Air*, Federal Court, Australie, 29 janvier 2008, SAD 157 de 2007.

⁴⁹ *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*, Chambre des Lords, Angleterre et pays de Galles, 17 octobre 2007.

d'une convention d'arbitrage si elles ont un lien avec des obligations contractuelles⁵⁰.

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" a trait à l'arbitrabilité du litige⁵¹. Étant donné que la Convention de New York ne donne pas d'indication à ce sujet, les juridictions nationales ont tranché la question de savoir si une question donnée peut être réglée par 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 posées 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 rendue⁵²." 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 lieu de l'arbitrage. Les juridictions suisses et autrichiennes ont également adopté cette approche⁵³.

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* devrait 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, qui dispose que la question de savoir si l'objet d'un différend est susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage 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

⁵⁰ *Kaverit Steel and Crane c. Kone Corp.*, Alberta Court of Queen's Bench, Canada, 14 mai 1991, AJN° 450 et *Kaverit Steel c. Kone Corp.*, Court of Appeal of Alberta, Canada, 16 janvier 1992, ABCA 7.

⁵¹ Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, Article II, *supra* note 15, 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 1958 IN PRACTICE 39, p. 53 (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008); Jan Paulsson, *Arbitrability, Still Through a Glass Darkly*, dans ARBITRATION IN THE NEXT DECADE – 1999 SPECIAL SUPPLEMENT 95, p. 96 (ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, 1999).

⁵² *Misr Insurance Company c. Alexandria Shipping Agencies Company*, Cour de cassation, Égypte, 23 décembre 1991, 547/51 (traduction officieuse).

⁵³ Tribunal fédéral, Suisse, 21 mars 1995, 5C.215/1994/lit; Cour suprême, Autriche, 17 novembre 1971, I Y.B. COM. ARB. 183 (1976).

est susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage.⁵⁴ Les juridictions belges ont adopté la même approche⁵⁵.

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)⁵⁶. 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 antitrust⁵⁷, des lois sur l'émission de valeurs mobilières et sur les opérations de bourse (*Securities Act* et *Exchange Act*)⁵⁸, de la loi Jones sur, notamment, l'emploi dans la marine marchande⁵⁹, ainsi que la législation sur les faillites⁶⁰ ont été considérés comme susceptibles de règlement par voie d'arbitrage. Les juges américains ont également admis que les litiges découlant de contrats de travail⁶¹ et de contrats de distribution⁶² sont susceptibles de règlement par voie d'arbitrage⁶³.

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 les principes du droit français sont applicables dans la mesure où ils sont plus favorables 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

⁵⁴ *Compagnia Generale Costruzioni 'COGECO' S.p.A. c. Piersanti*, Cour de cassation, Italie, 27 avril 1979, XVI Y.B. COM. ARB. 229 (1996).

⁵⁵ *Colvi N.V. c. Interdica*, Cour de cassation, Belgique, 15 octobre 2004, C.02.0216.N.

⁵⁶ *Scherk c. Alberto-Culver Company*, Supreme Court, États-Unis d'Amérique, 17 juin 1974, 73-781; *Rhone Mediterranee Compagnia Francese c. Lauro*, Court of Appeals, Third Circuit, États-Unis d'Amérique, 6 juillet 1983, 82-3523.

⁵⁷ *Mitsubishi Motors Corp c. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court, États-Unis d'Amérique, 2 juillet 1985, 3-1569.

⁵⁸ *Scherk c. Alberto-Culver Company*, Supreme Court, États-Unis d'Amérique, 17 juin 1974, 73-781.

⁵⁹ *Lindo c. NCL, Ltd.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, États-Unis d'Amérique, 29 août 2011, 10-10367.

⁶⁰ *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.

⁶¹ *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.

⁶² *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).

⁶³ Pour ce faire, les tribunaux 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 U.S. 614. De façon plus générale, voir GARY B. BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (2009), p. 769 et 778.

clause d'arbitrage "indépendamment de toute référence à une loi étatique"⁶⁴. La Cour d'appel de Paris a distingué expressément ce principe des dispositions des articles II et V de la Convention "où il est notamment fait appel à l'application de lois étatiques pour valider la clause"⁶⁵. 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 commercialité⁶⁶.

ARTICLE II-2

36. L'article II-2 définit l'exigence de forme "écrite". Une "convention écrite" inclut notamment⁶⁷ "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"⁶⁸. Depuis, les juridictions nationales ont exécuté de manière plus systématique les conventions d'arbitrage conformément aux conditions de forme moins strictes prévues dans leur

⁶⁴ *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, 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.

⁶⁵ *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.

⁶⁶ *SA C.F.T.E. c. Jacques Dechavanne*, Cour d'appel de Grenoble, France, 13 septembre 1993.

⁶⁷ Sur la portée du mot "include" employé en anglais, voir *infra* [A/CN.9/814/Add.2], par. 53 et note de bas, p. 91.

⁶⁸ Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958 (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 de l'Organisation des Nations Unies 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.

législation interne ou dans les traités auxquels sont parties les États concernés, ainsi que le prévoit l'article VII en ce qui concerne les sentences arbitrales⁶⁹.

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 contrat⁷⁰.

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 Chambre de commerce internationale, sise en France, constituait un “compromis” et une “convention écrite” au sens de l'article II-2⁷¹. 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 entre une clause compromissoire insérée dans un contrat et un compromis d'arbitrage, en anglais “*arbitration agreement*” ou parfois “*submission agreement*”⁷², a perdu l'essentiel de sa pertinence dans la pratique arbitrale contemporaine. 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 second⁷³. Cette position a été ensuite infirmée par la Cour d'appel de la Deuxième circonscription, celle-ci ayant estimé

⁶⁹ Pour une analyse plus approfondie des interactions entre les articles II et VII, voir le commentaire de l'article VII, par. 31 à 35.

⁷⁰ Voir *supra* 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] Schleswig, Allemagne, 30 mars 2000, 16 SchH 05/99; Bundesgerichtshof [BGH], Allemagne, 12 février 1976, III ZR 42/74.

⁷¹ *Commonwealth Development Corp c. Montague*, Supreme Court of Queensland, Australie, 27 juin 2000, recours n° 8159 de 1999; DC n° 29 de 1999.

⁷² En anglais, l'expression “*arbitration agreement*” est parfois utilisée dans le sens plus large de “convention d'arbitrage” et vise 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.

⁷³ *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).

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 télégrammes⁷⁴.

B. L'exigence de signature

42. Aux termes de l'article II-2, l'exigence d'une convention écrite est satisfaite lorsque la clause compromissoire ou le compromis sont revêtus de la signature des parties.

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 générale⁷⁵.

44. Cependant, certaines juridictions ont refusé l'exécution de conventions d'arbitrage à l'égard de parties qui ne les avaient pas signées⁷⁶. 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 compromissoire⁷⁷. De la même manière, la Cour de justice supérieure brésilienne a refusé l'exécution d'une convention d'arbitrage parce que les parties n'avaient pas signé le contrat dans lequel elle figurait⁷⁸.

45. Dans le même ordre d'idées, dans l'affaire *Javor c. Francoeur*, la Cour suprême de 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 s'identifiait à la société signataire de la convention d'arbitrage et ordonné en conséquence sa participation à la procédure d'arbitrage. Or, la Cour, en se fondant sur le texte de l'article II-2 de la loi de la Colombie britannique sur les sentences arbitrales étrangères (qui reprend l'article II-2 de la Convention), a considéré que le

⁷⁴ *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).

⁷⁵ *Sunward Overseas SA c. Serviocios Maritimos Limitada Semar*, Cour suprême de justice, Colombie, 20 novembre 1992, 472; *Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH et al. c. Bristol Myers Squibb S.p.A.*, Cour de cassation, Italie, 10 mars 2000, 58; *Steve Didmon c. Frontier Drilling (USA), 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 Alloy Ltd.*, Supreme Court, Inde, 31 août 2001, affaire civile n° 12930 de 1996; Bundesgerichtshof [BGH], Allemagne, 8 juin 2010, XI ZR 349/08; Bundesgerichtshof [BGH], Allemagne, 25 janvier 2011, XI ZR 350/08.

⁷⁶ Cour d'appel de la République et Canton du Tessin, Deuxième chambre civile, Suisse, 2 avril 2003.

⁷⁷ *Concordia Trading B.V. c. Nantong Gangde Oil Co., Ltd.*, Cour populaire suprême, Chine, 3 août 2009, [2009] MinSiTaZi n° 22.

⁷⁸ *Plexus Cotton Limited c. Santana Têxtil S/A*, Cour supérieure de justice, Brésil, 15 février 2006, SEC 967; *Indutech SpA c. Algocentro Armazéns Gerais Ltda.*, Cour supérieure de justice, Brésil, 17 décembre 2008, SEC 978; *Kanematsu USA Inc. c. ATS – Advanced Telecommunications Systems do Brasil Ltda.*, Cour supérieure de justice, Brésil, 18 avril 2012, SEC 885.

but de cette loi était de restreindre l'exécution des sentences aux "partie[s] signataire[s] de la convention [d'arbitrage]." Et, eu égard au fait que le défendeur n'était pas une partie désignée par la convention d'arbitrage, ni un signataire de celle-ci, la sentence ne pouvait pas être exécutée à son encontre⁷⁹.

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 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'espèce⁸⁰. En France, des entités n'ayant pas signé une convention d'arbitrage ont parfois été renvoyées à l'arbitrage sur le fondement de la doctrine des groupes de sociétés⁸¹.

⁷⁹ *Javor c. Francoeur*, Supreme Court of British Columbia, 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.

⁸⁰ *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; *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. (US) c. Chemrite (Pty) Ltd. (South Africa)*, Court of Appeals, Third Circuit, États-Unis d'Amérique, 28 juin 1999, n° 98-6297; *Sarhank Group c. Oracle Corporation*, Court of Appeals, Second Circuit, États-Unis d'Amérique, 14 avril 2005, 02-9383.

⁸¹ *Société Kis France et autres c. Société générale et autres*, Cour d'appel de Paris, France, 31 octobre 1989, 1992 REV. ARB. 90.