



ACADÉMIE DE PARIS
UNIVERSITÉ PARIS I - PANTHEON SORBONNE
FACULTÉ DE DROIT

**L'exécution des sentences arbitrales étrangères selon la
Convention de New York de 1958**

Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit

Présentée et soutenue publiquement le 1^{er} février 2013

Par

Ahmad AL MANA

JURY

Monsieur Philippe DELEBECQUE : Professeur à l'Université Paris I-Panthéon Sorbonne,
(Directeur de recherche)

Monsieur Frédéric-Jérôme PANSIER : Magistrat, Chargé d'enseignement à l'Université de
Paris I-Panthéon Sorbonne, (Membre du jury)

Monsieur George Khairallah: Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
(Rapporteur)

Monsieur Marius Tchendjou : Maître de conférences à l'URCA, (Rapporteur)

Résumé

L'exécution des sentences arbitrales étrangères selon la Convention de New York de 1958

L'arbitrage est devenu le mécanisme de règlement des différends dans les contrats internationaux. L'arbitrage international offre aux parties non seulement la possibilité d'éviter les juridictions étatiques, mais facilite également l'exécution internationale des sentences arbitrales. Dans ce cadre, la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères constitue sans aucun doute le traité le plus important dans le domaine de l'arbitrage international, et a connu un succès remarquable au cours de sa ratification par 147 États.

Cette étude apporte une analyse approfondie sur la mise en application et l'interprétation par les différentes juridictions des dispositions prévues par cette Convention, surtout en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Abstract

The enforcement of foreign arbitral award under the New York Convention of 1958

Arbitration has become the dispute resolution mechanism in international contracts. International arbitration does not only offer to the parties the possibility of avoiding the States jurisdictions, it also facilitates the international enforceability of arbitral awards. In this respect, the New York Convention of 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards constitutes without a doubt the single most important treaty in the field of international arbitration, and has enjoyed remarkable success through its ratification by 147 States.

This study presents a thorough analysis of the application and interpretation of the provisions, provided by the Convention, by different jurisdictions especially in the area of the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

DÉDICACE

À mes parents,

À tous les membres de ma famille

Et

Plus spécialement à mon fils Mohammed

REMERCIEMENTS

J'exprime mes plus profonds et sincères remerciements à Monsieur Philippe DELEBECQUE, Professeur à l'Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne, qui a dirigé mes travaux en vue de la présente thèse. Son aide précieuse qu'il m'a apportée et son œil critique m'ont été très précieuses pour bien structurer les différentes parties de cette Thèse. Je tiens à lui exprimer toute ma reconnaissance pour sa grande disponibilité malgré ses responsabilités importantes et nombreuses, et également pour ses précieux conseils qui m'ont permis d'achever ce travail dans les meilleures conditions.

Mes remerciements les plus profonds vont également à tous les Professeurs qui m'ont fait l'honneur d'accepter de participer à ce jury. Qu'ils soient tous assurés de toute mon estime et de toute ma plus profonde gratitude.

Enfin, j'adresse mes remerciements les plus sincères à toutes les personnes qui m'ont encouragé à finir ce travail par des gestes d'amitié dont je suis très reconnaissant. Je souhaite également exprimer ma reconnaissance particulière envers toutes les personnes qui m'ont rencontré au titre de mes recherches. Malgré leur emploi du temps très chargé, elles m'ont toujours accueilli chaleureusement et avec beaucoup d'intérêt pour mon travail. Je ne citerai pas de noms pour ne pas en oublier certains.

L'Université Panthéon – Sorbonne (Paris I) Droit –Economie – sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE-GENESE DE LA CONVENTION DE NEW YORK

Section I- Le Protocole de Genève du 24 septembre 1923.

Section II- La Convention de Genève du 26 septembre 1927.

Section III- Le projet de la CCI de 1953.

Section IV- Le projet du Conseil Economique et Social de 1955.

Section V- L'adoption de la Convention de New York de 1958.

PREMIÈRE PARTIE-LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES SUR LE FONDEMENT DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958

CHAPITRE I : Le champ d'application de la Convention de New York

Section I : Les dispositions prévues par l'article I de la Convention.

Section II : La procédure en vue de l'exécution de la sentence arbitrale selon la Convention.

Section III : L'élargissement du champ d'application de la Convention de New York.

Conclusion du 1^{er} Chapitre.

CHAPITRE II - Les limites au champ d'application de la Convention

Section I- La compétence des juridictions d'exécution relative à l'ajournement de la sentence et à la demande de garanties.

Section II- L'immunité des Etats.

Conclusion du 2^{ème} Chapitre.

Conclusion de la Première Partie.

DEUXIEME PARTIE - LES MOTIFS DU REFUS D'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES SUR LE FONDEMENT DE LA CONVENTION

CHAPITRE I - Les motifs du refus d'exécution d'après la requête du demandeur

Section I - L'invalidité de la convention d'arbitrage pour incapacité des parties et l'illicéité de la convention arbitrale.

Section II - L'atteinte à la procédure arbitrale.

Section III- L'abus de pouvoir par l'arbitre.

Section IV- L'irrégularité du tribunal ou de la procédure arbitrale.

Section V- La sentence non-obligatoire ou annulée ou suspendue dans son pays d'origine.

Conclusion du 1^{er} chapitre.

CHAPITRE II - Les motifs de refus d'exécution soulevé d'office par les juridictions étatiques

Section I - L'inarbitrabilité du litige.

Section II - L'atteinte à l'ordre public.

Conclusion du 2^{ème} chapitre.

Conclusion de la Deuxième Partie.

Conclusion Générale

ANNEXES

TABLE DES ABRÉVIATIONS

AAA	American Arbitration Association.
A.B.A. J.	American Bar Association Journal.
ADR	Alternative Dispute Résolution.
Aff.	Affaire.
Al.	Alinéa.
AM. BUS. L.J.	American Business Law Journal.
Am J. Int'l L.	American Journal of International Law.
Am. Rev. Int'l Arb.	American Review of International Arbitration.
Ankara B. Rev.	Ankara Bar Review.
Arb. J.	Arbitration Journal.
Arb. Int'l.	Arbitration International.
Art.	Article(s).
Art. préc.	Article précédent.
Art. cit.	Article cité.
Ariz. J. Int'l & Comp. L.	Arizona Journal of International and Comparative Law.
A.S.A. Bulletin.	Association Suisse de l'arbitrage Bulletin.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, ou le Code civil allemand.
BGH	Bundesgerichtshof ou la Cour fédérale Allemande.
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation.
Brooklyn J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law.
B.U. Int'l L.J.	Boston University International Law Journal.
Bull.	Bulletin.
Bull. ASA	Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage.
Bull. CCI	Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I.

Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre civile.
Bull. Joly	Bulletin Joly.
Bus. L. Int'l.	Business Law International.
C.	Code.
c.	Contre.
C. cass.	Cour de cassation.
C. civ.	Code civil
C. o. c.	Code des obligations et des contrats.
C. supr.	Cour suprême.
C.A.	Cour d'appel.
Cass.	Cassation.
Cass. civ. 1^{re}	Cour de cassation, première chambre civile.
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale.
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale.
CCI	Chambre de commerce international.
Ch.	Chambre.
Chap.	Chapitre.
Chinese J. Int'l L.	Chinese Journal of International Law.
Civ.	Civil(e).
C.I.J.	Cour internationale de justice.
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.
CJ	Cour de justice.
CJCE	Cour de justice des communautés européennes.
CNUDCI international.	Commission des Nations Unies pour le droit du commerce
Coll.	Collection.
Com.	Commercial (e).

Comm.	Commentaire.
Comp.	Comparer.
Concl.	Conclusion (s).
Contemp. Asia Arb. J.	Contemporary Asia Arbitration Journal.
Contr.	Contraire.
CPC	Code de Procédure Civil Français.
CPCC	Code de procédure civile et commerciale.
Croat. Arbit. Yearb.	Croatian Arbitration Yearbook.
D.	Recueil Dalloz – Sirey.
D. d’appl.	Décret d’application.
D.-L.	Décret-loi.
Déc.	Décision.
DIP	Droit international privé.
Disp. Resol. Int’l .	Dispute Resolution International.
Disp. Resol. J.	Dispute Resolution Journal.
DPCI	Droit et pratique du commerce international.
Dr. Int.	Droit international.
Éd.	Édition.
Éd. Puf.	Édition presse universitaire de France.
Emory Int’l L. Rev.	Emory International Law Review.
Fasc.	Fascicule.
FIDIC	Fédération internationale des ingénieurs conseils.
Fla. J. Int’l L.	Florida Journal of International Law.
Fordham Int’l L.J.	Fordham International Law Journal.
Ga. J. Int’l & Comp. L.	Georgia Journal of International and Comparative Law.
Gaz. Pal. (G.P.)	Gazette du Palais.
Hous. J. Int’l. L.	Houston Journal of International Law.

IBA Arb. C. News.	International Bar Association Arbitration Committee News.
Ibid.	Ibidem.
ICCA.	International Council Commercial Arbitration.
Ind. Int'l & Comp. L. Rev.	Indiana International & Comparative Law Review.
Ind. L.J.	Indiana Law Journal.
Int'l & Comp. L.Q .	International and Comparative Law Quarterly.
Intl. Arb. Rep.	Mealey's International Arbitration Report.
Int. A.L.R.	International Arbitration Law Review.
Int'l Law.	International Law.
Int L.	International Lawyer.
Int'l L. Practicum	International Law Practicum.
Int'l Tax & Bus. Law.	International Tax and Business Lawyer.
ISF	International Seed Federation.
J.C.	Juris-classeur.
J.-CI Proc. Civ.	Juris-classeur de procédure civile.
J.-CI. Dr. int.pr.	Juris-classeur droit international privé.
J-CI. dr. Comp.	Juris-classeur droit comparé.
JCP	Juris – Classeur périodique.
JCP G.	Juris – Classeur périodique, édition générale (Semaine juridique).
JCP E	Juris – Classeur périodique, édition entreprise.
JCP N	Juris – Classeur périodique, édition notariale.
JDI	Journal du droit international (Clunet).
J. Int'l. Arb.	Journal of International Arbitration.
Jud.	Judiciaire.
J. Transnat'l L. & Pol'y.	Journal of Transnational Law & Policy.
Law & Pol'y Int'l Bus.	Law and Policy in International Business.
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

LDIP	La loi fédérale suisse sur le droit international privé.
Marc	Mode alternatif de règlement des conflits.
n.	Note.
N°	Numéro.
Neth. Int'l L. Rev.	Netherlands International Law Review.
NYSBA.	New York State Bar Association.
N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics.
N.Y.U.L. Rev.	New York University Law Review.
Obs.	Observation.
Ohio St. J. on Disp. Resol.	Ohio State Journal on Dispute Resolution.
OMC	Organisation Mondiale du Commerce.
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.
Op. cit.	Opere citato.
Pac. Rim L. & Pol'y.	Pacific Rim Law and Policy Journal.
PLI/Lit.	Practising Law Institute/ Litigation.
Proc. Civ.	Procédure civile.
PUF	Presse Universitaire de France.
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye.
RCDIP	Revue critique de droit international privé.
Rec.	Recueil.
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage.
Rev. crit.DIP	Revue critique de droit international privé.
Rev. soc.	Revue des sociétés.
Rev. jud.	Revue judiciaire.
RIDC	Revue international de droit comparé.
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial.
San Diego Int'l L.J.	San Diego International Law Journal.

Som.	Sommaire.
s.	suiivante(s).
Sect.	Section.
Sent. Arb.	Sentence arbitrale.
Sing. J. Legal Stud.	Singapore Journal of Legal Studies.
Spéc.	Spécialement.
Sté.	Société.
St. Thomas L. Rev.	Saint Thomas Law Review.
Suppl.	Supplément.
t.	Tome.
Tex. Int'l L.J.	Texas International Law Journal.
Tex. L Rev.	Texas Law Review.
Trib. civ.	Tribunal civil.
Trib. féd.	Tribunal fédéral.
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review.
U. Miami Inter-am. L. Rev.	University of Miami Inter-American Law Review.
U. Pa. J. Int'l L.	University of Pennsylvania Journal of International Law.
v.	Voir.
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law.
Vand J Trannational L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law.
VJ.	Vindobona Journal.
Vol.	Volume.
Wm. Mitchell L. Rev.	William Mitchell Law Review.
Y.C.A.	Yearbook Commercial Arbitration.
ZPO	Zivilprozessordnung (Code de procédure civile allemand).

INTRODUCTION GÉNÉRALE

La mondialisation a abouti au développement des partenariats en commerce international et des sociétés multinationales, qui fonctionnent conformément au droit civil et au droit commun. En conséquence, les opérations commerciales modernes sont souvent conclues entre des parties relevant de différentes cultures et de différents systèmes juridiques¹. Cependant, toute opération peut faire l'objet de conflits à résoudre. Pour cela, la procédure de résolution de ceux-ci est devenue d'une extrême importance.

La résolution internationale des conflits revêt désormais une grande valeur en matière de résolution des litiges commerciaux. Toutefois, il se peut que des problèmes juridiques se posent en ce que les parties peuvent dépendre de divers systèmes juridiques relevant de plusieurs pays². Il existe donc une insuffisance judiciaire, un coût procédural élevé et une incertitude relative à l'exécution des décisions judiciaires. Pour ces raisons, l'arbitrage international s'est développé pour justement répondre à ces besoins juridiques³. Selon Monsieur H. Motulsky, « *l'arbitrage commercial international est de nature à devenir le ciment de l'édifice* »⁴

Au cours des dernières cinquante années, l'arbitrage est devenu le mécanisme le plus important de résolution des conflits commerciaux internationaux, et cela pour de multiples raisons dont⁵ : 1- en général, les entreprises acceptent de soumettre leurs potentiels conflits à une juridiction arbitrale et les Etats exigent que ces entreprises respectent leurs engagements ; 2- Souvent, les Etats interviennent pour garantir l'exécution de l'arbitrage. Pour ces raisons,

¹ Martin L. Roth, « Recognition by Circumvention: Enforcing Foreign Arbitral Awards as Judgments under the Parallel Entitlements Approach » *92 Cornell Law Review*, 573 (2007), p. 574.

² Amber A. Ward, « Circumventing the Supremacy Clause? Understanding the Constitutional Implications of the United States' Treatment of Treaty Obligations Through an Analysis of the New York Convention », *7 San Diego Int'l L.J.* 491 (2006), p. 493.

³ Wei-Jen Chen, « Procedural Rules and Lex Arbitri: Enforcement Issue Under the New York Convention » *2 Contemp. Asia Arb. J* 149 (2009), p149.

⁴ H. Motulsky, « L'exécution des sentences arbitrales étrangères », *Rev. Arb.*, (1963), n° 3, p.26.

⁵ Movsesian, Mark L. « International Commercial Arbitration and International Courts » *18(2) Duke Journal of Comparative & International Law* 423 (2008), p. 423.

les contrats commerciaux comportent une clause arbitrale nécessaire pour la résolution des conflits⁶.

L'arbitrage constitue une procédure privée par laquelle des personnes ordinaires-souvent des juristes-sont nommées par ou au nom des parties, afin de résoudre un conflit. Cette procédure est beaucoup plus informelle que le recours en justice. Monsieur René David a défini l'arbitrage dans le commerce international comme « *la technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes- l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'Etat* »⁷.

Par ailleurs, Monsieur Philippe Fouchard estime que : « *par l'arbitrage, les parties conviennent de soumettre leur différend au jugement de particuliers qu'elles choisissent* »⁸. Monsieur H. Motulsky a défini l'arbitrage comme une « *justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle* »⁹. De plus, Monsieur Ch. Jarrosson considère que : « *l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci* »¹⁰.

En comparaison avec le recours en justice, l'arbitrage international présente plusieurs avantages. Il offre un mécanisme neutre, privé, prévisible et moins cher que celui du recours en justice pour la résolution d'un conflit. Dans le cadre de l'arbitrage, les parties sont souvent libres de choisir la loi applicable, le tribunal arbitral et les arbitres, alors que la juridiction nationale aurait certainement favorisé ses citoyens¹¹.

⁶ Amber A. Ward, « Circumventing the Supremacy Clause? Understanding the Constitutional Implications of the United States' Treatment of Treaty Obligations Through an Analysis of the New York Convention », 7 *San Diego Int'l L.J.* 491 (2006), p. 493.

⁷ R. David, « L'arbitrage dans le commerce international », Paris, *Economica*, (1982), p. 33, n° 24, p. 254, n° 202, p. 283, n° 226.

⁸ P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *Litec*. (1996), p.11, n°7

⁹ H. Motulsky, « Ecrit, Etudes et notes sur l'arbitrage », *D.* (1974). p. 6.

¹⁰ Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage », *LGDJ*, (1987), n°785.

¹¹ Jane L. Volz et Roger S. Haydock, « Foreign Arbitral Awards: Enforcing the Award Against the Recalcitrant Loser », 21 *Wm. Mitchell L. Rev.* 867 (1996), p. 869.

Ainsi, l'un des plus grands avantages qu'offre l'arbitrage est qu'il autorise le recours à une autorité neutre, qui élimine le facteur de la peur, les préjugés et les risques du recours auprès d'une juridiction étrangère. De plus, les arbitres choisis sont souvent des experts dans des domaines spécifiques relatifs au conflit. Ils disposent d'une plus grande flexibilité en comparaison avec les rigides règles nationales.

Il est vrai que les parties, qui consentent à recourir à l'arbitrage, ont l'intention d'exécuter la sentence arbitrale rendue relativement au conflit. Chaque partie peut légitimement croire que celle qui est perdante agira en bonne intention et se soumettra aux dispositions de la sentence arbitrale, sans recourir à la justice. Plusieurs raisons justifient cette présupposition¹². D'une part, en choisissant l'arbitrage, les parties ont consciemment et délibérément exclu le recours aux juridictions nationales pour résoudre leur conflit. Il est donc possible de présumer que la partie perdante n'a pas l'intention d'intenter un recours en justice pour contester la décision arbitrale. D'autre part, l'arbitrage est une procédure mise en place pour répondre aux besoins spécifiques d'un éventuel conflit. Il doit se conformer aux désirs des parties, qui doivent être en mesure de présenter le conflit et discuter de l'affaire en toute liberté, et comme elles avaient choisi de le faire. Cela n'est pas possible auprès des juridictions nationales, en ce que les règles procédurales sont assez strictes.

En principe, une partie qui fait appel à l'arbitrage a plus de chance d'être satisfaite du résultat que celle qui agit en justice. En conséquence, le risque de recourir à celle-ci après l'adoption d'une sentence arbitrale est moindre. De plus, les parties cherchent à exécuter la sentence arbitrale en toute liberté, afin de ne pas porter atteinte à leur réputation et à leur commerce. En effet, certaines parties tiennent absolument à préserver leur réputation et une bonne relation avec les autres parties¹³.

Toutefois, le tribunal arbitral ne dispose pas de l'autorité nécessaire pour imposer l'exécution de la sentence arbitrale à la partie perdante¹⁴. Une fois la sentence arbitrale

¹² J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche, « French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p.199.

¹³ Klaus Peter Berger, « Private Dispute Resolution in International Business: Volume II », *Kluwer Law International*, (2006), p. 593.

¹⁴ J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche, « French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p. 189.

rendue, la mission de l'arbitre prend fin¹⁵. Seul l'Etat dispose légalement de ce pouvoir et peut recourir à la force pour protéger les intérêts judiciaires. Ainsi, une sentence arbitrale qui ne peut pas être exécutée demeure sans valeur¹⁶. Une intervention juridictionnelle est alors nécessaire et cela même si la sentence n'a pas été adoptée par un juge national, mais par des individus privés choisis par les parties au conflit¹⁷. La clé du succès de l'arbitrage est donc l'exécution de la sentence arbitrale, notamment en matière d'arbitrage international¹⁸.

Pour toutes ces raisons, la communauté internationale a cherché à créer un système juridique susceptible d'être appliqué dans tous les pays; peu importe la nationalité des parties et des arbitres¹⁹. Ainsi, une sentence doit être susceptible de reconnaissance et d'exécution sous divers systèmes juridiques, différents de celui sous lequel elle a été rendue.

La Convention onusienne de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ou la Convention de New York de 1958), représente l'aboutissement des efforts internationaux pour sécuriser les opérations commerciales multinationales, mettre en place un système uniforme et efficace de résolution des conflits internationaux²⁰. La Convention de New York est l'un des traités à avoir le plus de succès en matière de droit commercial international. Elle a créé une forme de confiance dans les sentences arbitrales étrangères²¹.

Selon Monsieur Kofi Annan, la Convention de New York est un instrument qui présente plusieurs avantages. Elle impose le respect des engagements, qu'ils soient conclus entre parties privées ou publiques. Elle inspire la confiance en droit. Elle garantit aussi un traitement équitable des litiges relatifs aux obligations et aux droits contractuels. Le commerce international a besoin de réglementation, sans laquelle, les parties hésiteraient à

¹⁵ Jane L. Volz et Roger S. Haydock, « Foreign Arbitral Awards: Enforcing the Award Against the Recalcitrant Loser », 21 *Wm. Mitchell L. Rev.* 867 (1996), p. 871.

¹⁶ David M. Kall, « The United States' Double Standard Regarding Domestic Enforcement of International Arbitral awards », 8 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 401(1993), p. 408.

¹⁷ Jane L. Volz et Roger S. Haydock, « Foreign Arbitral Awards: Enforcing the Award Against the Recalcitrant Loser », 21 *Wm. Mitchell L. Rev.* 867 (1996), p. 871.

¹⁸ Li Hu, « Enforcement of the International Commercial Arbitration Award in the People's Republic of China » 16(4) *Journal of International Arbitration* 1, (1999), p. 1.

¹⁹ Ramona Martinez, « Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The "Refusal" Provisions » 24 *Int'l Law.* 487, (1990), p. 491.

²⁰ Ramona Martinez, « Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The "Refusal" Provisions » 24 *Int'l Law.* 487, (1990), p. 488.

²¹ William W. Park et Alexander A. Yanos, « Treaty Obligation and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration » 58 *Hastings L.J.* 251, (2006), p. 257.

s'engager dans des opérations commerciales internationales, ce qui risque de porter atteinte aux investissements internationaux. Pour toutes ces raisons, la Convention est l'un des traités les plus réussis en droit commercial²².

La Convention de New York permet de prévenir l'avenir d'une sentence arbitrale étrangère, sa reconnaissance et son exécution, quel que soit le lieu de son adoption. Les raisons du refus de reconnaissance et d'exécution sont limitativement énumérées²³. De plus, selon la Cour suprême américaine, le but principal de la Convention de New York et la raison pour laquelle elle a été adoptée dans le système juridique américain, est qu'elle favorise la reconnaissance et l'exécution des conventions arbitrales commerciales et des sentences arbitrales. Elle permet aussi d'unifier les règles relatives à sa reconnaissance et à son exécution dans les différents pays signataires de la Convention²⁴. Ainsi, la Convention de New York cherche à réaliser deux objectifs²⁵: améliorer l'exécution et uniformiser la pratique de l'exécution des sentences arbitrales étrangères²⁶.

Toutefois, la Convention de New York n'est pas un instrument complet relatif à l'arbitrage, en ce qu'il se limite à définir le contexte et les conditions de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales. Il est donc impossible d'interpréter la Convention de New York sans prendre en considération les différents concepts et définitions juridiques propres aux systèmes juridiques nationaux²⁷. En réalité, la Convention de New York trouve sa source dans les juridictions étatiques. Pour cela, la procédure d'application de la Convention par les juridictions nationales revêt une grande importance, notamment pour le succès de la Convention de New York.²⁸

²² Kofi Annan, « The 1958 New York Convention as a Model for Subsequent Legislative Texts on Arbitration » 15(3) *Arbitration International* 319 (1999), p. 322.

²³ Wei-Jen Chen, « Procedural Rules and Lex Arbitri: Enforcement Issue Under the New York Convention » 2 *Contemp. Asia Arb. J* 149 (2009), p. 149.

²⁴ *Scherk c./ Alberto-Culver Co.*, [1974] 417 U.S. 506, 520 n. 15

²⁵ Radu Lelutiu, « Managing Requests for Enforcement of Vacated Awards Under the New York Convention », 14 *Am. Rev. Int'l Arb.* 345 (2004), p. 345.

²⁶ James D. Fry, « Disorder Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy », 8 *Chinese J. Int'l L.* 81, (2009), p.72.

²⁷ J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} édition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p. 811.

²⁸ Joseph T. McLaughlin et Laurie Genevro, « Enforcement of Arbitral Awards Under the New York Convention Practice in U.S. Courts » 3 *Int'l Tax & Bus. Law.* 249 (1985-1986), p.250-51.

Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir comment appliquer et interpréter la Convention de New York, auprès des différentes juridictions nationales : Est-ce que la Convention a été interprétée de façon uniforme par les divers pays signataires de cette Convention ?

La Convention de New York est un traité international. En tant que tel, elle constitue une partie du droit international public. En conséquence, les différentes juridictions nationales appelées à appliquer la Convention, doivent l'interpréter conformément aux règles d'interprétation du droit international, prévus aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁹. Selon les dispositions de l'article 31, un traité doit être interprété de bonne foi, tout en prenant en compte le contexte de son adoption, son objet et son objectif. Les moyens complémentaires d'interprétation sont prévus à l'article 32, les règles nationales d'interprétation ne s'appliquent pas³⁰.

Conformément aux dispositions du droit international, les juridictions internes doivent interpréter la Convention de New York différemment et de façon à favoriser et uniformiser la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Si le texte de la Convention de New

²⁹ The New York Convention as an Instrument of International Law, « ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges », *International Council for Commercial Arbitration* (2011) p. 12.

³⁰ La Convention de Vienne sur le droit des traités, conclue le 23 Mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

Article 31 : « Règle générale d'interprétation.

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus

a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;

b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;

c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

Article 32 :

« Moyens complémentaires d'interprétation :

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

a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou

b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».

York est ambigu, il faut se référer aux circonstances de son adoption, à son intention et aux travaux préparatoires de cette Convention. Pour cela, les juridictions nationales ne peuvent pas nécessairement interpréter le texte de la Convention, conformément aux lois nationales. De plus, le sens des divers termes de la Convention doit être uniforme partout dans le monde. Cela garantit son application unique auprès de tous les pays signataires³¹.

Il est vrai qu'une sentence arbitrale peut s'appliquer dans n'importe quel pays signataire de la Convention de New York. Toutefois, son application peut générer des résultats qui diffèrent d'un pays à un autre et d'une juridiction à une autre. En conséquence, les problèmes que pose la Convention n'émanent pas nécessairement des textes, mais de leur interprétation et des différentes approches adoptées par les juridictions nationales. En effet, il appartient à celles-ci d'élargir le sens de la Convention tout en respectant son intention principale, ainsi que les besoins du commerce international, et cela, sans limiter les pouvoirs du juge³².

L'intérêt de cette thèse :

La mondialisation a provoqué une augmentation considérable des échanges commerciaux dans le monde, et ont par conséquent entraîné une importante évolution du nombre des conflits relatifs à ces échanges commerciaux. C'est pourquoi, l'on remarque que la majorité des problématiques posées par les juridictions étatiques, sont relatives à la question de l'exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères, selon la Convention de New York du 10 juin 1958. Ce qui prouve la nécessité, pour ces juridictions étatiques, d'une connaissance de cette problématique, en droit interne et international. Dans cette perspective, notre thèse sera consacrée à l'étude des dispositions de cette Convention et ses applications dans les différentes juridictions, tout en optant dèsfois pour une critique personnelle et constructive pour ces juridictions, afin d'en tirer les conclusions nécessaires pour effectuer, le cas échéant, des propositions concrètes permettant de promouvoir

³¹ The New York Convention as an Instrument of International Law, « ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges », *International Council for Commercial Arbitration* (2011) p. 13.

³² Teresa Cheng, « Celebrating the Fiftieth Anniversary of the New York Convention » dans Albert Jan van den Berg , 60 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference ICCA Congress Series 2009 Dublin14, *Kluwer Law International* 679 (2009), p. 683.

l'application des dispositions prévues par cette Convention, surtout pour tout ce qui concerne l'exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères.

Par ailleurs, cette thèse cherche à procéder à une étude détaillée des problèmes relatifs à l'interprétation et à l'application des dispositions de la Convention de 1958. Il démontrera les différentes approches, interprétations et applications de la Convention dans les différents pays signataires. De plus, il attirera l'attention de la communauté internationale sur le besoin d'une interprétation uniforme de la Convention. Ainsi, le but recherché par la réalisation d'une étude comparée est de mettre l'accent sur l'application et l'interprétation faite par les différentes juridictions des dispositions de la Convention de New York, afin de permettre aux différents juristes d'avoir une base de référence relative à son application. De plus, l'intérêt qui s'y attache est de trouver une solution convenable à l'application variée de cette Convention.

Annonce de plan :

Prenant acte de l'importance grandissante de l'arbitrage commercial international dans le règlement des conflits commerciaux internationaux, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 a comme objectif d'établir des règles légales communes pour la reconnaissance et l'exécution par les différentes juridictions étatiques desdites sentences. (**Première Partie**).

De surcroît, la Convention de New York met en place une présomption générale, selon laquelle toute sentence arbitrale internationale doit être reconnue et exécutée. Toutefois, elle fournit également les motifs de refus d'exécution de cette sentence dans certaines circonstances précises. En effet, l'article V de la Convention présente les cas de figure dans lesquels la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourraient être refusées (**Deuxième Partie**).

Mais, avant d'aborder toutes ces questions, il nous paraît indispensable de réfléchir dans un **chapitre préliminaire** au contexte historique qui a aboutit à la naissance de la Convention de New York du 10 juin 1958, relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Chapitre Préliminaire :

Genèse de la Convention de New York

Afin de mieux comprendre la Convention de New York et ses objectifs, et pour bien saisir ses ambiguïtés, il importe d'examiner le contexte historique et les circonstances de son adoption en 1958. Le recours à l'arbitrage international s'est largement développé dans la communauté internationale. Il a donc fallu réglementer cette procédure et en garantir l'efficacité³³. Et comme une sentence arbitrale n'est pas exécutoire en elle-même, il a fallu mettre en place une méthodologie permettant son exécution sur le plan international.

Historiquement, de nombreuses organisations internationales ont tenté d'assurer l'exécution des sentences arbitrales étrangères par le biais de traités multilatéraux. En 1923, la Société des Nations, l'ancêtre de l'Organisation des Nations Unies, a adopté le Protocole de Genève afin de garantir l'exécution des sentences arbitrales dans les pays où elles ont été rendues. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage (**Section I**) et la Convention de Genève de 1927 relative à l'exécution des sentences arbitrales étrangères (**Section II**), représentent la première tentative d'unification et de libéralisation du système arbitral commercial international.

En effet, ces textes constituent une étape fondamentale dans l'histoire de l'arbitrage commercial international, permettant la reconnaissance de la validité et de l'exécution d'une convention d'arbitrage. Ils ont permis l'exécution internationale des sentences arbitrales étrangères. Les traités de Genève sont les premiers documents légaux et multilatéraux à avoir symboliquement conféré aux sentences arbitrales une valeur juridique, facilitant ainsi leur exécution tant sur le plan national, qu'international. Toutefois, en raison de leur champ d'application réduit, ces textes se sont révélés inefficaces³⁴. La communauté internationale a pris conscience des lacunes de ces traités. Elle a dès lors décidé de multiplier ses efforts pour assurer la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

³³ Kristin T. Roy, « The New York Convention and Saudi Arabia: Can a Country Use the Public Policy Defense to Refuse Enforcement of Non-Domestic Arbitral Awards? », 18 *Fordham Int'l L.J.* 920, (1995), p. 928.

³⁴ Martin Gusy, « The History and Significance of the New York Convention », 4 *VJ* 147, (2000), p. 148-9.

Pour remédier aux carences des traités de Genève³⁵, la Chambre de commerce internationale (CCI) a mis en œuvre un projet de loi visant à faciliter la circulation des sentences arbitrales entre les différents pays signataires (**Section III**). Dans le même cadre, des recommandations de la CCI ont été transmises en 1955 au Conseil Economique et Social des Nations-Unies qui a présenté, en 1956, un projet de convention multilatérale pour encourager l'exécution des sentences arbitrales étrangères et la protection de l'intégrité du système arbitral³⁶ (**Section IV**). En 1958, plusieurs pays se réunissent au siège des Nations Unies pour adopter la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, connue sous le nom de Convention de New York de 1958 (**Section V**).

Le principal objectif de la Convention de New York est de supprimer les limites prévues par les traités de Genève et de promouvoir la libéralisation des procédures arbitrales permettant ainsi l'exécution des sentences arbitrales étrangères³⁷.

De plus, et contrairement aux traités de Genève, la Convention de New York autorise l'exécution d'une sentence d'un pays non signataire de la Convention³⁸. En conséquence, la Convention de New York valide toute sentence arbitrale, qu'elle soit rendue par un pays signataire de la Convention ou non³⁹. Ainsi, la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales est le résultat des efforts de la communauté internationale. Ces efforts ont d'ores et déjà débuté par les traités de Genève de 1923 et de 1927.

³⁵ Il faut souligner qu'il s'agit du Protocole de Genève de 1923 et de la Convention de Genève de 1927. Ces traités de Genève ont plutôt une valeur symbolique aujourd'hui ; ils représentent la première étape vers la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, aboutissant finalement à l'adoption de la Convention de New York de 1958. Ainsi, pour mieux comprendre la Convention de New York, il faut examiner les traités de Genève.

³⁶ Jane L. Volz et Roger S. Haydock, « Foreign Arbitral Awards: Enforcing the Award Against the Recalcitrant Loser » 21 *Wm. Mitchell L. Rev.* 867 (1996), p. 877.

³⁷ *Ibid.*, p.878.

³⁸ Ces dispositions sont prévues à l'article I de la Convention de New-York de 1958.

³⁹ Jane L. Volz et Roger S. Haydock, « Foreign Arbitral Awards: Enforcing the Award Against the Recalcitrant Loser » 21 *Wm. Mitchell L. Rev.* 867 (1996), p. 878.

Section I : Le Protocole de Genève du 24 septembre 1923 :

Le Protocole de Genève relatif aux conventions d'arbitrage a été rédigé par la CCI et a été signé au cours de la réunion du 24 septembre 1923 de l'Assemblée de la Société des Nations Unies. Le protocole porte essentiellement sur la reconnaissance de la validité des conventions d'arbitrages et de la compétence des juridictions nationales pour examiner des questions de procédure arbitrale⁴⁰. Selon l'article 1^{er} du Protocole, il incombe aux pays signataires de reconnaître la validité des conventions d'arbitrages signées par des parties relevant de ces pays. L'article 2 de ce même Protocole souligne l'importance de la volonté des parties, et dispose dans ce sens que la procédure d'arbitrage, y compris la constitution du tribunal arbitral, est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu.

De plus, le Protocole a prévu l'exécution de ses dispositions auprès des autorités nationales et conformément aux dispositions des législations nationales relatives à l'arbitrage. En effet, le Protocole stipule que: « *Tout Etat contractant s'engage à assurer l'exécution, par ses autorités et conformément aux dispositions de sa loi nationale, des sentences arbitrales rendues sur son territoire en vertu des articles précédents* »⁴¹.

Ainsi, le Protocole est considéré comme le premier document international permettant de faciliter la procédure arbitrale et l'exécution des sentences arbitrales. Toutefois, il opère une distinction entre les conventions d'arbitrage et les sentences rendues en la matière. Le Protocole a donc suivi deux objectifs : le premier était celui de garantir l'exécution des clauses arbitrales sur un plan international, alors que le second était d'assurer l'exécution des sentences arbitrales notamment dans les pays d'origine où les sentences ont été rendues⁴².

Cependant, le Protocole n'a pas prévu de mécanisme permettant de garantir l'exécution de la sentence, une fois que cette dernière a été adoptée⁴³. Il incombait aux pays

⁴⁰ Fouchard Gaillard et Goldman, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (1999), p. 962.

⁴¹ Article 3 du Protocole de Genève de 1923.

⁴² Di Pietro Domenico et Platte Martin, « Enforcement of International Arbitration Awards: the New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p.15.

⁴³ Jane L. Volz et Roger S. Haydock, « Foreign Arbitral Awards: Enforcing the Award Against the Recalcitrant Loser » 21 *Wm. Mitchell L. Rev.* 867, (1996), p. 875.

signataires d'exécuter les sentences rendues par leurs propres juridictions. Par conséquent, et même si les parties avaient délibérément choisies des pays signataires du Protocole, à partir du moment où la sentence a été rendue dans un pays différent du pays où l'exécution est recherchée, la partie en faveur de laquelle la sentence avait été prononcée ne disposait pas du pouvoir nécessaire pour en obtenir l'exécution. Cette limitation a sérieusement porté atteinte à l'objectif même du Protocole de Genève, surtout en matière de garantie de l'exécution à l'international des sentences arbitrales⁴⁴. De plus, le Protocole de Genève s'appliquait uniquement aux conventions d'arbitrage signées entre des parties qui étaient soumises aux autorités judiciaires des pays signataires du Protocole⁴⁵.

En conséquence, l'application du Protocole de Genève, limitant la reconnaissance et l'exécution internationale des sentences arbitrales aux pays dans lesquels elles avaient été rendues, n'était pas satisfaisante⁴⁶. La rédaction d'un autre texte légal s'est donc avérée nécessaire pour répondre aux ambitions de la communauté internationale. Ce Protocole de Genève a par conséquent été remplacé par la Convention de Genève de 1927.

Section II : La Convention de Genève du 26 septembre 1927 :

La Convention de Genève portant sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été adoptée par la Société des Nations Unis le 26 septembre 1927⁴⁷. Elle est le premier instrument multilatéral à couvrir ce sujet.

Le Protocole de Genève avait autorisé l'exécution des sentences arbitrales sur un plan national. La Convention de Genève a modifié cette disposition pour autoriser ainsi la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales sur un plan international. La Convention de Genève a par conséquent élargi le champ d'application du Protocole de Genève, en autorisant l'exécution des sentences en dehors des pays dans lesquels ces sentences ont été rendues. Cette Convention a donc tenté de combler les lacunes du Protocole de Genève de 1923, en promouvant dans le même cadre l'arbitrage commercial international.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 876.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 875.

⁴⁶ Di Pietro Domenico et Platte Martin, « Enforcement of International Arbitration Awards: the New York Convention of 1958 » *Cameron May*, (2001), p. 15.

⁴⁷ <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac42sr1-N5507218.pdf>.

Ainsi, la Convention de Genève de 1927 porte essentiellement sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Elle a mis en place un certain nombre de règles matérielles ayant pour objectif d'encadrer la convention d'arbitrage. Elle a également soumis l'exécution des sentences arbitrales à des règles relatives à la compétence juridictionnelle et aux lois applicables. Mais, cette Convention n'a pas précisé les limites des recours contre les sentences arbitrales, intentés auprès des juridictions du lieu de reconnaissance et d'exécution de ces sentences.

Elle a également accordé une grande importance aux juridictions des pays où l'arbitrage a eu lieu. De plus, son article 2 a fourni les conditions dans lesquelles il est possible de refuser la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. La Convention a même imposé à la partie qui exige l'exécution de la sentence d'apporter la preuve que celle-ci est devenue définitive dans le pays où elle a été rendue. L'article 4 al. 2 dispose dans ce sens que la partie qui invoque la sentence, ou qui en demande l'exécution, doit fournir notamment : les pièces et renseignements de nature à établir que la sentence est devenue définitive, dans le sens déterminé à l'article premier....

La Convention de Genève de 1927 a été considérée à l'époque comme « *un exploit* »⁴⁸. Mais, sa rédaction a souffert du contexte politique général et de la difficulté à convaincre la majorité des pays de l'adopter. Des lacunes et des imprécisions ont donc persisté⁴⁹.

La Convention de Genève s'est par conséquent avérée insatisfaisante pour plusieurs raisons⁵⁰: en premier lieu, l'exécution d'une sentence arbitrale dans un pays différent de celui où la sentence a été rendue exige, selon les dispositions de l'article 1(d), que celle-ci soit finale dans le pays où elle a été rendue. L'interprétation du terme « *finale* » dépend du pays où l'arbitrage a eu lieu. Or, certains pays exigent une requête exécutoire pour déclarer la sentence arbitrale comme étant finale. Par conséquent, une partie qui recherche l'exécution d'une sentence arbitrale est contrainte de s'adresser aux juridictions étatiques de ce pays pour

⁴⁸ Robert Briner et Virginia Hamilton, « The History and General Purpose of the Convention » dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 7-8.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche, « French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p. 214.

obtenir ainsi une requête exécutoire, et seulement dans un second temps, elle peut se diriger vers le pays où la sentence doit être exécutée pour à nouveau obtenir auprès de ces derniers l'exécution de sa sentence⁵¹. Il est donc clair que le terme « *finale* » a été mal interprété. Cette situation s'appelle « *le double exequatur* ».

Ainsi, la principale difficulté de la Convention de Genève repose dans l'exécution de la sentence arbitrale, dans le double *exequatur* de celle-ci et enfin dans la charge de la preuve relative au caractère définitif de ladite sentence. Ces règles n'étaient donc pas satisfaisantes en ce qu'elles ne facilitaient pas la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sur le plan international.

En deuxième lieu, la Convention accordait un large pouvoir aux juridictions des pays dans les quels a eu lieu l'arbitrage, notamment dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères. En effet, les pays où l'exécution était recherchée étaient tenus de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, dès lors qu'elle n'était pas conforme aux lois du pays où a eu lieu l'arbitrage⁵².

En troisième lieu, le recours aux législations nationales a soumis la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales à l'influence de plusieurs systèmes et pratiques juridiques différents, accordant ainsi aux différentes parties à l'arbitrage de s'opposer beaucoup plus facilement à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales. En effet, la principale critique contre la Convention de Genève réside dans la diversité des législations nationales applicables, ce qui rendait la résolution des litiges plus difficile entre les différentes parties⁵³.

Pour conclure, il s'avère donc de tout ce qui précède qu'il existe une limitation du champ d'application des traités de Genève de 1923 et de 1927 aux pays qui en étaient signataires. La communauté internationale s'est à nouveau réunie pour promouvoir l'arbitrage commercial international et mettre en place un texte libéré de toutes les lacunes

⁵¹ Jane L. Volz et Roger S. Haydock, « Foreign Arbitral Awards: Enforcing the Award Against the Recalcitrant Loser », 21 *Wm. Mitchell L. Rev.* 867, (1996), p. 876-7.

⁵² J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche « French Arbitration Law and Practice :A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p. 215.

⁵³ Robert Briner et Virginia Hamilton, « The History and General Purpose of the Convention » dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.8.

des traités de Genève. Ainsi, deux projets de convention ont été proposés, ayant pour objectif de simplifier la procédure d'exécution des sentences arbitrales et de leur accorder une flexibilité leur permettant d'être reconnue et exécutée dans plusieurs pays, autres que les pays d'origine. Le premier projet a été soumis par la CCI de Paris et le second a été remis par le Conseil économique et social des Nations Unies. Ces deux projets ont abouti à la naissance d'un projet de convention qui a finalement donné lieu à l'adoption de la Convention de New York de 1958 relatif à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Section III : Le Projet de la Chambre de commerce internationale de 1953 :

Dans les années cinquante, la CCI a rédigé un rapport soulignant le besoin de la pratique commerciale d'une sentence arbitrale susceptible de circuler librement d'un pays à un autre⁵⁴. D'après la CCI, les sentences arbitrales étrangères devraient être libérées de la charge de la preuve et de l'exigence du double *exequatur*⁵⁵.

Au cours de sa conférence de Lisbonne de 1951, la communauté commerciale internationale a largement critiqué la Convention de Genève de 1927, pour affirmer que cette dernière ne répondait plus aux exigences de l'économie moderne⁵⁶. Il en est ressorti que le problème principal de la Convention de Genève portait sur l'exécution de la sentence arbitrale qui devait être conforme aux lois procédurales du pays d'exécution de l'arbitrage⁵⁷.

La CCI défendait l'idée d'une sentence arbitrale internationale capable de répondre aux besoins économiques de la communauté internationale. Elle a suggéré que la sentence arbitrale soit fondée sur la volonté des parties. Ainsi, la sentence est susceptible d'être automatiquement exécutée selon la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu, en cas de défaut de volonté claire des parties⁵⁸.

⁵⁴ International Chamber of Commerce, Enforcement of International Arbitral Awards: Report and Preliminary Draft Convention, ICC Broucher No. 174 (1953) 9 *ICC Bull.* 32 (Mai 1998).

⁵⁵ William W. Park, « Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice », *Oxford*, (2006), p. 300.

⁵⁶ Sultan Allen, « The United Nations Arbitration Convention and United States Policy », 53 *American Journal of International Law*, (1959), p.812; <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac424r1-N5508097.pdf>.

⁵⁷ Contini Paolo, « International Commercial Arbitration: the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards » 8 *American Journal of Comparative Law*, (1959), p.290.

⁵⁸ *Ibid.*

Selon la CCI, l'adoption d'une nouvelle convention constituait une excellente étape pour la simplification du commerce international. Le 13 mars 1953, la CCI a nommé un comité chargé de l'arbitrage commercial international. Ce comité a préparé un projet de convention⁵⁹, en recommandant le fait que l'adoption de cette convention devait permettre d'encourager le développement de l'arbitrage commercial international et cela par l'exécution rapide des sentences arbitrales rendues conformément à la volonté des parties⁶⁰.

De plus, l'article IV du projet de convention de la CCI, devenu aujourd'hui l'article V de la Convention de New York de 1958, a établi les motifs spécifiques de refus de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales. Un représentant de la CCI a souligné l'importance de ces motifs pour garantir l'équité dans le système arbitral⁶¹.

La CCI a également souhaité exclure la condition d'exécution prévue par la Convention de Genève pour proposer l'exécution de la sentence arbitrale à partir du moment où cette dernière n'a pas été annulée. La CCI était tout à fait consciente des carences existantes dans la Convention de Genève. En 1953, elle a émis un rapport et un projet préliminaire de convention⁶². Ce projet a été accepté et a été pris en considération par le Conseil Economique et Social des Nations Unies.

Section IV : Le projet du Conseil Economique et Social de 1955 :

Le rapport et le projet préliminaire de convention rédigés par la CCI ont été soumis au Conseil Economique et Social des Nations Unies. Ce dernier reprend donc un travail qui a commencé avec la Société des Nations Unis, et avec les traités de Genève de 1923 et 1927. Le 6 avril 1954, le Conseil Economique et Social a mis en place un comité *ad hoc* pour l'étude du dossier. Ce comité s'est fondé sur le projet de convention mis en place par la CCI pour constater la nécessité d'améliorer le système arbitral et permettre à une sentence adoptée dans le cadre d'un conflit commercial international, d'être exécutée dans un autre pays autre

⁵⁹ Sultan Allen, « the United Nations Arbitration Convention and United States Policy », *53 American Journal of International Law*, (1959) p.812; <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac424r1-N5508097.pdf>.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Documents officiels du Conseil Economique et Social des Nations Unies, p.7.

⁶² J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche, « French Arbitration Law and Practice :A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p. 215.

que celui dans lequel elle a été rendue. Dans son rapport au Conseil, ce comité a affirmé qu'il serait souhaitable d'adopter une nouvelle convention qui irait encore plus loin que les traités de Genève de 1923 et de 1927 concernant la simplification de l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁶³.

En 1955, le Conseil économique et social a présenté un autre projet de convention portant sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères, et non plus sur les sentences arbitrales internationales. Selon le comité *ad hoc*, l'expression « *sentences arbitrales internationales* » a été employée par le projet présenté par la CCI⁶⁴. Or, le nouveau titre qui a remplacé l'ancien titre intitulé « *Convention relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales* », est désormais transformé en « *Convention relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* », qui apparaissait donc plus adapté⁶⁵.

Les représentants des Gouvernements des différents pays participants au Conseil Economique et Social ont souligné diverses difficultés. Le principal obstacle portait sur la nécessité de mettre en place un système arbitral reconnu dans tous les Etats et qui permettrait la reconnaissance et l'exécution de la sentence, quels que soit le lieu de l'arbitrage ou la nationalité des arbitres⁶⁶.

Ainsi, la difficulté portait essentiellement sur l'exécution de la sentence arbitrale. Or, l'exécution de cette sentence est l'objectif même derrière le recours à l'arbitrage. Si l'exécution est recherchée dans un autre pays contractant, la question qui se pose est celle de savoir si la sentence s'exécute en tant que sentence arbitrale étrangère et conforme aux dispositions de la Convention, ou en tant que décision judiciaire étrangère.

En outre, l'expression « *définitive et opérationnelle* » prévue par le Conseil Economique et Social peut être rapproché de la condition mise en place par la Convention de Genève de 1927, selon laquelle, la sentence doit être définitive pour être susceptible de

⁶³ Sultan Allen, « the United Nations Arbitration Convention and United States Policy », 53 *American Journal of International Law*, (1959) p. 813.

⁶⁴ <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac424r1-N5508097.pdf>.

⁶⁵ <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac424r1-N5508097.pdf>.

⁶⁶ Ramona Martinez, « Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: the Refusal Provision », 24 *Int'l Law*. 487, (1990), p. 491.

reconnaissance et d'exécution. Plusieurs gouvernements et organisations internationaux ont anticipé la difficulté d'application des dispositions de l'article 3 al.(b) du projet de Convention du Conseil Economique et Social. Selon cet article, il incombe à la partie recherchant l'exécution d'une sentence de prouver que cette dernière est « *définitive et opérationnelle* », dans le pays où elle a été adoptée. L'expression « *définitive et opérationnelle* » implique donc que la sentence doit être dotée d'une force juridique et qu'elle soit insusceptible de recours⁶⁷. En mars 1955 et après treize réunions, le comité a émis un rapport et une convention relatifs aux sentences arbitrales étrangères⁶⁸.

Le terme « *définitive* » a donc été choisi délibérément au lieu du terme « *finale* » employé par la Convention de Genève de 1927. Afin de faciliter l'exécution d'une sentence arbitrale, le comité a suggéré d'éliminer la condition du « *double exequatur* » prévu à l'article 3 de la Convention de New York de 1958 qui prévoit que : « *chacun des Etats reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution...* ». Dans le cadre du refus d'exécution des sentences arbitrales, le terme choisi par le projet préliminaire de la CCI a été remplacé par le terme « *peut* », sans que le sens n'en ait été vraiment précisé⁶⁹.

En mai 1955, le Secrétaire général a transmis aux Etats membres, le rapport du comité des Nations Unies relatif à l'exécution des sentences arbitrales et le projet de convention relatif à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Le secrétaire général a demandé aux différents Gouvernements de présenter leurs commentaires et les a convoqués à une ultime conférence pour finaliser les propositions relatives à ces documents⁷⁰. De nombreux Etats ont manifesté leurs consentements pour participer à cette conférence et voter le projet de convention⁷¹.

Section V : L'adoption de la Convention de New York de 1958 :

⁶⁷ <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac424r1-N5508097.pdf>.

⁶⁸ J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche, « French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p. 215.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 216.

⁷⁰ <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-/e2822-N5602729.pdf>.

⁷¹ <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-/e2822-N5602729.pdf>.

La Convention de New York est née du projet de convention soumis par la CCI et relatif à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ainsi que du rapport et du projet de convention soumis par le Conseil Economique et Social des Nations Unies⁷². Après trois semaines de travail intensif, le texte de la Convention de New York a été entièrement adopté le 10 juin 1958 par 35 votes pour, et sans aucune objection.

Dans ses rapports de conclusion, le Président a souligné l'importance et les avantages que présentait la nouvelle convention en comparaison avec les autres traités. La Convention de New York constitue une nette amélioration de la Convention de Genève de 1927. Elle présente un champ d'application beaucoup plus large, réduit et simplifie les conditions imposées à la partie qui recherche la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence, et fait peser la charge de la preuve sur la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution d'une sentence. Elle accorde ainsi aux parties à l'arbitrage une large liberté dans le choix des juridictions arbitrales⁷³. En plus, cette Convention a permis une unification d'application relative à l'exécution des sentences arbitrales, et a également favorisé plus d'efficacité d'exécution.

En 1958, la communauté internationale s'est réjouie de la nouvelle convention et des avantages qu'elle procure, estimant que ce texte saurait garantir l'uniformité juridique dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Cependant, ce ne fut pas le cas, puisqu'il s'est avéré que cette Convention présentait un certain nombre de défauts qui feront l'objet de notre étude, et qui sont relatifs au champ d'application de cette Convention par les Etats membres, et par l'interprétation qui en est faite par leurs juridictions respectives.

Après avoir abordé la question de la genèse de la Convention de New York de 1958, notre étude sera consacrée dans une première partie à la question de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales sur le fondement de la Convention de New York (**Première Partie**), pour passer dans une deuxième partie à l'étude des motifs du refus d'exécution des sentences arbitrales sur le fondement de la Convention (**Deuxième Partie**).

⁷² Hamid G. Gharavi, « The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral award », *Kluwer Law International*, (2002), p. 49.

⁷³ Robert Briner et Virginia Hamilton, « The History and General Purpose of the Convention » dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 19.

PREMIÈRE PARTIE

LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES SUR LE FONDEMENT DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958

- **CHAPITRE I: Le champ d'application de la Convention de
New York de 1958**

- **CHAPITRE II: Les limites au champ d'application de la
Convention de New York de 1958**

Première Partie :

La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales sur le fondement de la Convention de New York de 1958

Le titre de la Convention de New York se réfère uniquement à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Le texte de la Convention s'applique également à la reconnaissance et à l'exécution des conventions arbitrales étrangères, mais notre étude se concentrera uniquement sur la reconnaissance et sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Pour mieux comprendre le mécanisme de fonctionnement de cette Convention, il est nécessaire d'aborder brièvement les notions de reconnaissance et d'exécution.

Ainsi, ces deux termes de reconnaissance et d'exécution sont souvent utilisés simultanément dans le cadre de la Convention de New York de 1958. Toutefois, ils diffèrent selon leurs définitions⁷⁴. La reconnaissance se définit comme étant l'admission par l'ordre juridique de l'exécution de la sentence. En revanche, l'exécution résulte de la demande portée devant les juridictions de conférer le caractère exécutoire à la sentence⁷⁵. La reconnaissance indique ainsi que la sentence a été acceptée par les différentes juridictions du pays d'origine en tant que décision valable⁷⁶. La reconnaissance est employée pour mettre fin à toute nouvelle procédure portant sur un conflit déjà résolu par l'arbitrage⁷⁷.

En principe, la question de la reconnaissance se pose lorsqu'un litige déjà soumis à une juridiction arbitrale l'est en même temps à une juridiction étatique. La partie au profit de laquelle la sentence a été rendue va s'opposer à cette procédure, au motif que le conflit a été déjà résolu. Pour le prouver, cette partie présentera la sentence à la juridiction étatique pour lui demander de la reconnaître comme valable, et donc obligatoire pour les deux parties au conflit. Cette procédure, déclenchée auprès des juridictions nationales, aboutira à l'« *exequatur* ».

⁷⁴ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p. 203.

⁷⁵ Jean- Michel Jacquet, Philippe Delebecque et Sabine Corneloup, « Droit Du Commerce International », 2^e Edition, *Dalloz*, (2010), p.877, n° 1128-9.

⁷⁶ A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p. 408.

⁷⁷ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4^{ème} Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, 2004, p. 516.

Par ailleurs, L'exécution, d'après la formule d'un processualiste français est « *le quart d'heure de rabelais* »⁷⁸. L'exécution est une action positive qui tend à faire exécuter le dispositif de la sentence⁷⁹. Cela implique par conséquent que la partie qui sollicite l'exécution doit recourir aux moyens légaux disponibles auprès des juridictions d'exécution pour mettre en œuvre la sentence. C'est le cas par exemple dans le recouvrement des sommes d'argent dû⁸⁰. Toutefois, la partie qui demande l'exécution d'une sentence ne peut l'obtenir dans le pays d'exécution, dès lors que la partie à l'encontre de laquelle la sentence a été rendue ne dispose d'aucun bien. Par conséquent, l'exécution auprès de cette juridiction serait donc inutile.

En revanche, dans la majorité des cas, l'exécution des sentences implique leur reconnaissance. C'est pourquoi ces deux termes sont employés simultanément, d'autant plus que la Convention de New York de 1958, ainsi que les autres conventions portant sur l'arbitrage se réfèrent à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence conjointement reconnue⁸¹. Pour cette raison, au cours de notre étude, les deux termes seront usités ensemble. Ainsi, dans ce cadre, celle-ci se concentrera dans un premier temps sur le champ d'application de la Convention de New York de 1958 (**Chapitre I**), pour pouvoir passer par la suite à l'étude des limites relatives au champ d'application de cette Convention (**Chapitre II**).

⁷⁸ Cuche, « Voies d'exécution », 8ème édition, *Vincent*, n°1.

⁷⁹ A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p. 408.

⁸⁰ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p. 203.

⁸¹ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p. 690.

Chapitre I :

Le champ d'application de la convention de New York de 1958 :

Il faut tout d'abord souligner que ce champ d'application de la Convention de New York de 1958 est relatif à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Dans ce contexte, il nous paraît nécessaire d'aborder, dans un premier temps, la question des dispositions prévues en ce sens par l'article I de la Convention de New York (**Section I**), afin de déterminer par la suite la procédure d'exécution des sentences arbitrales prévue par cette Convention (**Section II**) et l'élargissement du champ d'application des dispositions de cette Convention (**Section III**).

Section I : Les dispositions prévues par l'article I de la Convention de New York :

Cet article prévoit dans son alinéa 1^{er} que : *« la présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées. En outre, l'alinéa 2 de ce même article dispose qu' : « 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 ».*

De surcroît, l'alinéa 3 stipule qu' : *« 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 Etat 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 Etat 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 ».*

Ainsi, dans son alinéa 1^{er}, cet article limite le champ d'application de la Convention de New York de 1958⁸². Il détermine les sentences arbitrales auxquelles la Convention s'applique. Toutefois, la définition même du terme « *sentence* » n'est pas expressément prévue dans la Convention. Dans ce contexte, on va aborder successivement les questions des sentences soumises à la Convention de New York de 1958 (**Paragraphe I**), la nationalité des parties au conflit (**Paragraphe II**), les sentences arbitrales étrangères (**Paragraphe III**) et les réserves (**Paragraphe IV**).

Paragraphe I : Les sentences soumises à la Convention :

La Convention de New York de 1958 prévoit clairement ce qui relève de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, sans pour autant préciser expressément les décisions des juridictions arbitrales qui pourraient être considérées comme des sentences, et donc faire l'objet de reconnaissance et d'exécution conformément à ladite Convention⁸³. Cette Convention est fondée sur les principes de l'arbitrage commercial international, mais, elle ne peut pas fonctionner sans l'aide des juridictions nationales⁸⁴. Ainsi, l'efficacité de cette Convention dépend de l'interprétation faite par les différentes juridictions nationales.

Lors des travaux préparatoires de la Convention, les rédacteurs ont tentés de définir le terme de « *sentence arbitrale* ». Ainsi, la sentence arbitrale est celle adoptée par un tribunal arbitral, permanent ou réuni pour une affaire précise, dans le but d'exécuter une convention (écrite) par laquelle les parties ont décidé de recourir à un tribunal arbitral pour résoudre un conflit existant ou futur intervenus entre elles (portant sur un sujet susceptible d'être soumis à

⁸² Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 20.

⁸³ Domenico Di Pietro, « What Constitutes an Arbitral Award under the New York Convention? » dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 139.

⁸⁴ Javier Rubinstein et Georgina Fabian, « The Territorial Scope of the New York Convention and its Implements in Common and Civil Law Countries », dans Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 111.

l'arbitrage)⁸⁵. Mais, cette tentative est restée sans succès, notamment parce que cette définition n'était pas intégrée dans le texte de la Convention.

Au cours de la session de rédaction de cet article, la délégation autrichienne a critiqué le silence de la Convention sur la définition même de la sentence. Elle a considéré que d'un point de vue pratique, il serait probablement nécessaire de la définir⁸⁶.

Le défaut de définition dans le projet de la Convention a poussé la délégation autrichienne à suggérer de laisser aux législations nationales des pays dans lesquels la sentence devrait être exécutée, le soin de définir la notion de sentence, une décision spécifique pouvant être considérée comme une sentence arbitrale⁸⁷.

Par ailleurs, la jurisprudence et la doctrine ont présenté des définitions de la sentence arbitrale dans le cadre de la Convention de New York de 1958⁸⁸. La Cour de Paris a défini les sentences comme « *les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance*⁸⁹ ». En outre, la doctrine a défini la sentence arbitrale comme étant la décision des arbitres prise définitivement contre une partie de manière partielle ou totale, sur un conflit de fond ou de procédure, qui met fin au litige opposant les différentes parties à l'arbitrage, par un tribunal arbitral relevant de l'ordre juridique national⁹⁰.

⁸⁵ Domenico Di Pietro, « What Constitutes an Arbitral Award under the New York Convention? » dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 139.

⁸⁶ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 151.

⁸⁷ Domenico Di Pietro, « What Constitutes an Arbitral Award under the New York Convention? » dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 139.

⁸⁸ J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} édition, *Sweet & Maxwell*, 2007, p. 819.

⁸⁹ CA Paris, 1^{er} ch. urg., 25 mars 1994, *Rev. arb.* 1994. 391, note Ch. Jarrosson.

⁹⁰ J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} édition, *Sweet & Maxwell*, 2007, p. 819.

Par conséquent, les quatre catégories des sentences suivantes ne peuvent pas être considérées comme des sentences arbitrales conformes à la Convention de New York de 1958⁹¹ :

Premièrement, la procédure d'ordre qui ne règle que marginalement l'affaire, n'est pas considérée comme étant une sentence arbitrale. Il n'y a donc pas de sentence, puisque la procédure n'est pas parvenue à sa phase finale.

Deuxièmement, les mesures provisoires qui ne sont pas définitives ne peuvent pas être considérées comme des sentences arbitrales. La Convention de New York de 1958 n'évoque pas ces mesures. En effet, les décisions provisoires ne sont par définition pas définitives et ne mettent pas un terme au conflit⁹². En revanche, une sentence partielle est une sentence définitive qui porte sur une affaire isolée susceptible de résolution en début du conflit. De nombreuses juridictions considèrent les sentences provisoires comme insusceptibles d'exécution, comme l'affirme la Convention de New York⁹³.

Ainsi, dans l'affaire *Resort Condominiums International Inc c/ Bolwell*⁹⁴, la Cour suprême Australienne a été amenée en 1993, à statuer sur la possibilité d'exécuter une sentence provisoire rendue aux Etats-Unis. Elle a refusé l'exécution de la sentence au motif que cette dernière ne répondait pas aux critères imposés par la Convention de New York de 1958, notamment à ceux relatifs au caractère définitif de la décision, dont la reconnaissance et l'exécution sont demandés. La décision avait un caractère provisoire, ce qui lui enlevait, par définition, son caractère final.

De même, dans l'affaire *Hall Steel Co. c./ Metalloyd Ltd.*⁹⁵, la Cour américaine de l'est de Michigan a refusé en 2007, d'exécuter une sentence arbitrale provisoire portant sur des frais légaux, au motif que cette dernière n'était pas définitive et n'est pas par conséquent obligatoire. La Cour a retenu l'argumentation selon laquelle une sentence provisoire, pour

⁹¹ *Ibid.*, p. 812.

⁹² Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 155-6.

⁹³ *Ibid.*, p. 156.

⁹⁴ [1995] XX Y.C.A. 682 (1995); 118 ALR 655(1993) ; 9 MEALEY'SINT'LARB.REP. 4/94.

⁹⁵ 492 F. Supp. 2d 715 (E.D. Mich. 2007).

être exécutoire et conforme aux dispositions de la Convention de New York de 1958, n'a pas à être définitive, dès lors qu'elle résout seulement une partie d'un litige. Après avoir examiné les cas dans lesquels les sentences provisoires ont été considérées comme suffisamment définitives pour être exécutées, elle a conclu que la sentence provisoire ne pouvait être exécutée que si elle mettait fin à une requête indépendante, et si une résolution immédiate était nécessaire. Or, la Cour a constaté que ces deux conditions n'étaient pas réunies et a donc refusé l'exécution de la sentence provisoire.

Par ailleurs, il est possible d'empêcher l'exécution, dès lors qu'il existe un doute sur le caractère définitif de la sentence. Dans l'affaire *ECONERG Ltd. c./ National Electricity Co. AD*,⁹⁶ la juridiction bulgare a refusé l'exécution d'une sentence partielle, au motif qu'elle doutait de son caractère définitif; il fallait alors déterminer si elle était définitive ou susceptible de modification par une sentence définitive.

Toutefois, certains auteurs américains se sont référés à une affaire non publiée, dans laquelle la Cour de New York a conclu que la Convention n'était pas limitée par la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ordonnées par le tribunal⁹⁷. En l'espèce, l'affaire portait sur l'exécution d'une sentence provisoire rendue à New York au cours d'un arbitrage intervenu entre deux parties étrangères. Le tribunal arbitral a ordonné le dépôt d'un fonds, jusqu'à ce que la procédure arbitrale soit achevée.

En conséquence, il fallait savoir si l'exécution d'une sentence provisoire était conforme aux dispositions de la Convention de New York, si la sentence provisoire constituait une « *sentence arbitrale* », conforme aux dispositions de l'article 1^{er} al.1 de la Convention de New York.

Troisièmement, il faut noter que les décisions à effet contractuel n'ont pas été considérées comme des sentences. En Italie, deux sortes d'arbitrage existent : le premier, connu comme l'arbitrage formel « *arbitrato rituale* », est soumis à la loi italienne de l'arbitrage et à son Code de procédure civile ; le second arbitrage est connu sous le nom de l'arbitrage informel « *arbitrato irrituale* », est soumis à la loi contractuelle et non pas à la loi

⁹⁶ XXV Y.C.A. 678 (2000).

⁹⁷ Ministry of Finance and Planning c./ Onyx Development Corp., U.S. Dist. Lexis 10995 (S.D.N.Y. 1989).

de l'arbitrage⁹⁸. La principale différence entre les deux sortes d'arbitrage est que la décision rendue par « *l'arbitrat irrituale* » ne peut pas être exécutée comme une sentence arbitrale, puisqu'elle est soumise à l'action contractuelle.

Toutefois, la Cour suprême italienne a affirmé que la décision rendue dans le cadre d'un arbitrage informel « *arbitrato irrituale* » est soumise aux dispositions de la Convention de New York de 1958⁹⁹. Or, dans l'affaire *COMITAS c./ SOVAG*¹⁰⁰, le demandeur dans l'arbitrage informel « *arbitrato irrituale* » recherchait l'exécution d'une sentence en Allemagne. Le TGI de Hambourg a refusé l'exécution, au motif que la décision ne constituait pas une sentence arbitrale au sens de la Convention.

Par ailleurs, la Cour d'appel allemande a expliqué que les caractères de l'arbitrage informel « *lodo irrituale* » peuvent être reconnus en Allemagne sans être exécutés. La Cour fédérale suprême allemande a cassé l'arrêt d'appel pour retenir que le « *lodo irrituale* » ne peut être ni reconnu, ni exécuté en vertu de la Convention de New York. En effet, il est clair que les deux juridictions interprètent différemment le sens de la notion de sentence arbitrale en vertu de la Convention de New York de 1958; ce qui prouve que des lacunes existent toujours en matière d'unification d'application de la Convention de New York.

Quatrièmement, les décisions judiciaires de reconnaissance et d'exécution d'une sentence ne constituent pas en elles-mêmes des sentences. Par conséquent, la Convention ne s'applique pas aux décisions d'annulation des sentences arbitrales. Ainsi, la Cour d'appel de Cologne a affirmé qu'une sentence arbitrale étrangère pouvait seulement faire l'objet d'un refus d'exécution et ne pouvait pas être annulée, au motif que cela constituait une intervention inacceptable dans le cadre de l'arbitrage international. Elle a donc refusé d'exécuter une sentence adoptée au Danemark et conforme à la Convention de New York¹⁰¹.

⁹⁸ Albert Jan van den Berg, « New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement », 18(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, (2007), p. 44.

⁹⁹ Corte di Cassazione, 18 Sep. 1978, No. 4167, *Gaetano Butera c./ Pietro e Romano Pagnan*, IV Y.C.A. 296 (1979); 6 Juillet 1982, No. 4039, *Colella Legnami SpA c./ Carey Hirsch Lumber Company*, IX Y.C.A. 429 (1984); 15 Dec. 1982, No. 6915, *Rocco Giuseppe Figli snc c./ Federal Commerce and Navigation Ltd.*, X Y.C.A. 464 (1985).

¹⁰⁰ VIII Y.C.A. 366 (1983).

¹⁰¹ Oberlandesgericht of Cologne, 10 juin 1976.

Il s'avère donc enfin que la notion de sentence n'a pas été définie par la Convention de New York dans son article I et que cette mission a été laissée à la charge de la doctrine et de la jurisprudence qui n'arrivaient pas à s'entendre sur une définition uniforme de la notion de sentence. Enfin, en serait-il de même en matière de nationalité des parties (**Paragraphe II**) ?

Paragraphe II : La nationalité des parties :

La nationalité ne joue aucun rôle dans l'application de la Convention de New York de 1958. La condition de nationalité a été mise en place par la Convention de Genève de 1927. Elle exigeait que les parties soient soumises à la juridiction des différents pays contractants. La Convention de New York n'exige pas que les parties soient originaires de différents pays ou que la partie qui recherche l'exécution soit ressortissante d'un pays signataire de la Convention¹⁰². Le fait qu'une partie ait la nationalité d'un pays non membre de la Convention est indifférent. De plus, la Convention s'applique à une sentence rendue entre des parties de même nationalité.

Cependant, certains pays comme les Etats-Unis accordent, dans leurs législations internes, une grande importance à la nationalité et lui attribuent un grand rôle dans l'application de la Convention, dont ils limitent l'application aux citoyens d'un même pays. La section 202 de la Loi Fédérale Arbitrale refuse l'application de la Convention à une sentence adoptée à l'étranger entre deux citoyens américains, au motif que c'est la loi nationale américaine qui doit s'appliquer.

Dans l'affaire *Bergesen c./ Joseph Muller Corp.*¹⁰³, la Cour d'appel américaine a affirmé que la Convention s'applique à des sentences étrangères, rendues aux Etats-Unis et portant sur un litige né entre des citoyens étrangers des pays signataires. Ainsi, la Cour peut considérer une sentence comme étrangère, en raison notamment de la nationalité de ses parties, indifféremment de la loi arbitrale applicable.

¹⁰² W. Laurence Craig, William W. Park et Jan Paulsson, « International Chamber of Commerce Arbitration », *Oceana/ICC*, (2000), p. 684.

¹⁰³ 710 F.2d 928 (2d Cir.1983).

Dans l'affaire *Lander Co. c./ MMP Investments*¹⁰⁴, la Cour d'appel américaine du septième district a retenu que la Convention de New York s'applique aux sentences arbitrales rendues aux Etats-Unis, mais, portant sur un litige intervenu entre deux citoyens américains, sur le fondement d'un contrat dont l'exécution relevait d'un pays étranger. De même, dans l'affaire *Brier c./ Northstar Marine Inc.*¹⁰⁵, un différend contractuel est intervenu entre deux citoyens américains au sujet de la récupération d'un navire. Le contrat comportait une clause compromissoire stipulant que l'arbitrage aurait lieu en Angleterre, selon le droit anglais. La Cour de première instance de New Jersey a jugé que, bien que les juridictions américaines favorisent en général l'exécution des conventions d'arbitrage étrangères et les sentences intervenues dans le cadre de conflit maritime, dans ce cas particulier et selon les dispositions de la Section 202 du Titre 9 du Code américain portant sur l'application de la Convention de New York, l'affaire concernait deux citoyens américains, et par conséquent, ne relevait pas de la Convention, à moins que soit établie une relation raisonnable avec un pays étranger. La Cour a donc refusé l'application des dispositions de la Convention de New York. L'objectif de la Convention n'est pas la citoyenneté des parties cherchant l'exécution de la sentence. Mais, généralement, les juridictions américaines prennent en considération le critère de la nationalité.

En guise de conclusion, le critère de la nationalité n'est pas exigé par la convention de New York de 1958, mais, il y a néanmoins des pays qui favorisent ce genre de critère dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des conventions arbitrales étrangères. D'ailleurs, et conformément aux dispositions de l'article I al. 1 de la Convention de New York, les sentences arbitrales étrangères doivent être définies (**Paragraphe III**).

Paragraphe III : La sentence arbitrale étrangère :

La Convention s'applique expressément à toutes les sentences considérées comme des sentences arbitrales étrangères. Elle fournit deux catégories de sentences qui peuvent être considérées comme des sentences arbitrales étrangères conformément à la Convention de New York. La première catégorie porte sur la sentence adoptée sur le territoire d'un autre pays que celui dans lequel elle a été rendue (**Sous-Paragraphe 1**). La seconde catégorie

¹⁰⁴ 107 F.3d 476 (7th Cir. 1997).

¹⁰⁵ XIX Y.C.A. 766 (1994).

concerne la sentence qui n'est pas considérée comme une sentence nationale (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1 : Le critère de la territorialité:

L'article I al.1^{er} dispose que le texte de la Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale adoptée sur le territoire d'un pays, autre que celui où la reconnaissance et l'exécution sont recherchées. Ainsi, le critère principal adopté par la Convention pour son application est le critère de la territorialité du pays où la sentence a été rendue.

De nombreuses législations nationales retiennent le critère de la territorialité dans leur définition d'une sentence arbitrale étrangère. Ainsi, la loi arbitrale internationale australienne de 1974, précise dans son article 3 al.1^{er}, que la sentence arbitrale étrangère est celle rendue, à l'occasion d'une convention d'arbitrage, dans un autre pays que l'Australie. Dans ce cas, la Convention s'applique à cette sentence arbitrale.

En outre, le paragraphe 1061 du Code civil de procédure allemande considère que toutes les sentences arbitrales rendues dans le cadre de procédures, dont le lieu de l'arbitrage ne dépend pas de l'Allemagne, sont considérées comme des sentences arbitrales étrangères, alors même qu'elles peuvent être rendues selon la procédure allemande¹⁰⁶. Par ailleurs, la pratique suisse considère comme « *sentences arbitrales étrangères* », celles rendues par les tribunaux d'arbitrage situés en dehors de la Suisse ; le choix de la loi procédurale par les parties, au sein de la convention d'arbitrage ou ultérieurement, n'a pas d'importance¹⁰⁷.

La première phrase de l'article I al.1 se réfère aux sentences arbitrales « *rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées* ». Il faut donc préciser le lieu où les sentences sont adoptées. Cela peut dépendre d'une simple analyse du critère de territorialité. La difficulté apparaît lorsque le lieu

¹⁰⁶ Karl-Heinz Böckstiegel et Stefan M. Kröll, « Arbitration in Germany: The Model Law in Practice », *Kluwer Law International*, (2007), p. 513.

¹⁰⁷ Elliott Geisinger, « Implementing the New York Convention in Switzerland », 25(6) *Journal of International Arbitration* 691, (2008), p. 692.

d'adoption de la sentence est différent du lieu où la reconnaissance et l'exécution sont sollicitées¹⁰⁸.

Toutefois, l'arbitrage international implique souvent plusieurs pays. Les parties elles-mêmes, ainsi que l'arbitre peuvent résider dans des pays différents¹⁰⁹. La procédure arbitrale intervient généralement dans un seul pays, mais il est possible qu'elle se déroule dans plusieurs. Dans ce cas, les documents exigés dans le cadre du procès d'arbitrage seront envoyés au domicile de l'arbitre. Ce dernier peut les signer dans un pays, alors que la procédure intervient dans un autre. Ainsi, la détermination du lieu de l'adoption de l'arbitrage n'est pas aussi aisée qu'elle y paraît.

L'affaire *Hiscox c./ Outhwaite*¹¹⁰ donne un exemple de la difficulté de déterminer le lieu d'adoption de la sentence arbitrale. En l'espèce, la sentence était intervenue dans un pays, mais conformément à la loi procédurale d'un autre pays. Selon la Convention de New York, cette sentence était considérée comme étrangère¹¹¹. Elle portait sur un litige né d'un contrat d'assurance entre *Lloyds Underwriters*. Le contrat était soumis à la loi anglaise et comportait une clause compromissoire prévoyant l'Angleterre comme lieu de l'arbitrage. *MacCrindle Q.C* a été nommé comme arbitre unique. L'audience s'est tenue à Londres et l'arbitre a signé une sentence provisoire le 20 novembre 1990 à Paris. La sentence comportait la mention « datée et signée à Paris, France », ainsi que la signature de l'arbitre. Avant de résider en France, Monsieur MacCrindle exerçait sa profession à Londres. Le jour où la sentence a été signée, le conseil de l'une des parties a informé le greffier par fax que la sentence pouvait être envoyée à la Chambre pour le paiement des frais. Peu après, le conseil a reçu la sentence.

Une partie a ensuite sollicité l'exécution de la sentence auprès de la Haute Cour d'Angleterre. L'autre partie s'y est opposée en soutenant que l'exécution de la sentence

¹⁰⁸ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 24.

¹⁰⁹ Michael Pryles, « Foreign Awards and the New York Convention », 9(3) *Arbitration International* 259 (1993), p. 260.

¹¹⁰ XVII Y.C.A. 599 (1992).

¹¹¹ Edin Karakas, « Origin of Arbitral Awards and Its Impact on Applicable Enforcement Regime », 11 *Croat. Arbit. Yearb.* 15, (2004), p. 20.

dépendait de la Convention de New York et de la loi arbitrale de 1975, et que la juridiction n'était donc pas compétente pour juger l'affaire.

En première instance, Hirst Judge a affirmé que la sentence ne relevait pas de la Convention de New York de 1958. En effet, la section 7 al. 1^{er} de la loi arbitrale de 1975 définit une sentence arbitrale étrangère comme une sentence rendue sur le fondement d'une convention d'arbitrage sur le territoire d'un pays, autre que celui du Royaume – Uni et signataire de la Convention de New York. En appel, la Cour a jugé que la sentence avait été adoptée à Paris et par conséquent que la Haute Cour n'était pas compétente.

Un recours en appel a été à nouveau formé auprès de la Chambre des Lords, au motif que la Cour d'appel avait commis une erreur, et que la sentence avait été adoptée en Angleterre pour les deux raisons suivantes : d'une part parce que l'Angleterre est le pays où le tribunal arbitral est situé, et d'autre part parce que la sentence est rendue au lieu où elle ne peut plus être révoquée ; l'arbitre aurait pu la révoquer à n'importe quel moment, jusqu'à ce qu'elle parvienne aux parties à Londres.

La Chambre des Lords a rejeté ces arguments. Lord Oliver, soutenu par d'autres Lords, a retenu que la sentence était rendue au lieu où le tribunal arbitral était situé. La sentence ne constitue pas une procédure en soi, mais le résultat de la continuité de plusieurs procédures. Initialement, il s'agissait uniquement d'un instrument écrit et il ne faudrait pas accorder au terme « rendue » plus de sens qu'il n'en a. Un document est rendu au lieu et au moment où il est devenu signé. Une sentence est valable au moment de sa signature.

En conséquence, la Cour d'appel et la Chambre des Lords de Hiscox ont été critiquées pour avoir confondu le concept du lieu d'adoption de la sentence avec le moment où elle a été transmise¹¹². Il semble toutefois que les deux juridictions ont été induites en erreur par les propos de l'arbitre traduisant que la sentence avait été datée et signée à Paris. Tous les autres éléments de l'affaire pointaient vers Londres, d'autant plus que la loi arbitrale anglaise aurait dû s'appliquer à la place de la Convention de New York de 1958.

¹¹² Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 23.

Cependant, la décision de Hiscox a été renversée par la loi arbitrale anglaise de 1996. La Section 100 al. 2 (b) de cette loi dispose qu'à moins que les parties n'en conviennent autrement, dès lors que le lieu du tribunal arbitral se situe en Angleterre, Pays de Gales ou en Irlande du Nord, aucune importance ne sera accordée au lieu de la signature ou de la livraison de la sentence aux parties¹¹³. La position actuelle est par conséquent que le lieu de la sentence dépend de celui où se situe le tribunal arbitral¹¹⁴.

Un même scénario peut se poser lorsqu'il y a plusieurs arbitres qui se transmettent la sentence par courrier, chacun la signant en un lieu différent. Dans ce cas, le lieu d'adoption de la sentence n'est pas évident à déterminer¹¹⁵. En plus, la Cour d'appel de Versailles est parvenue à une conclusion contraire à celle de la Chambre des Lords dans son arrêt *Dubois & Vanderwalle c./ Boots Frites*.¹¹⁶ La Cour d'appel française a accepté la présomption selon laquelle la sentence arbitrale est rendue dans le pays du tribunal arbitral. La sentence circulait entre trois arbitres, deux l'ayant signée aux Pays-Bas, et le troisième en France.

La Cour a affirmé ainsi que le siège de l'arbitrage était situé aux Pays-Bas, puisque l'organisation hollandaise était chargée de nommer les arbitres, et que l'audience avait eu lieu à Breda. La troisième signature intervenue à Versailles n'emportait aucune conséquence. De même, dans l'affaire *Virgilio De Agostini and Loris end Enrico Germani c./ Milloio SpA, Pia and Gabriella Germani and Andrea De Agostini*,¹¹⁷ La Cour d'appel de Milan a relevé le caractère inopérant du lieu où la sentence a été signée, seul le lieu de l'arbitrage prévu par les parties et mentionné par les arbitres étant pertinent, et ceux indépendamment du lieu où ces derniers se sont réunis.

Par conséquent, une sentence étrangère est rendue sur le territoire d'un pays autre que celui chargé de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence. Elle est donc étrangère à partir du moment où le siège arbitral est situé sur un territoire autre que celui de la

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ John W. Hinchey et Troy L. Harris, « International Construction Arbitration, Hand Book », *Thomson West*, (2008), p. 611.

¹¹⁵ Edin Karakas, « Origin of Arbitral Awards and Its Impact on Applicable Enforcement Regime », 11 *Croat. Arbit. Yearb.* 15, (2004), p. 20.

¹¹⁶ XXIV Y.C.A. 640 (1999).

¹¹⁷ XXV Y.C.A. 739 (2000).

reconnaissance et de l'exécution¹¹⁸. Le siège est normalement choisi par les parties, les arbitres ou l'institution d'arbitrage. Dans le cas où le lieu de l'arbitrage n'est pas prévu, il appartient à la juridiction de le déterminer, en prenant en compte l'efficacité de l'arbitrage. Si le lieu de l'arbitrage n'est pas le même que celui de l'exécution, la sentence est alors étrangère pour ce pays. En conséquence, on pourra en déduire de tout ce qui précède qu'il y a une unification d'application du critère de territorialité, surtout en matière de détermination du lieu où la sentence a été rendue. Après avoir abordé dans un premier temps la question de la territorialité, on s'intéressera dans une deuxième partie à la question des sentences non considérées comme nationales (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 2 : Les sentences non considérées comme nationales.

La deuxième partie de l'article I al.1^{er} étend l'application de la Convention aux cas dans lesquels l'exécution est recherchée au sein du pays où l'arbitrage a eu lieu, mais la sentence en question n'est pas considérée comme nationale dans ce pays¹¹⁹. Le projet de la Convention de 1958 portait essentiellement sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères rendues dans un pays autre que celui responsable de l'exécution. Or, cette proposition était problématique, certains délégués considérant qu'elle ne comportait pas une définition adéquate de la sentence arbitrale étrangère.

Plusieurs pays dont la France, l'Italie et l'Allemagne se sont opposés à cette proposition, au motif que le critère de la territorialité n'était pas adéquat pour déterminer si la sentence est étrangère ou interne. Selon ces pays, la nationalité des parties, le sujet du conflit et les règles de procédure arbitrale étaient des facteurs à prendre en considération pour la détermination de l'extranéité de la sentence¹²⁰. En France, la nationalité des sentences était déterminée par la loi de procédure. Une sentence rendue à Paris selon une loi arbitrale étrangère était considérée comme une sentence arbitrale étrangère, au moment de son

¹¹⁸ Edin Karakas, « Origin of Arbitral Awards and Its Impact on Applicable Enforcement Regime », 11 *Croat. Arbit. Yearb.* 15, (2004), p. 22.

¹¹⁹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 24.

¹²⁰ T. Varady, John J. Barcelo III et Arthur T. von Mehren, « International Commercial Arbitration », *West Group*, (1999), p.707.

exécution en France. Aussi, la seconde phrase de l'article I al.1 a-t-elle été introduite dans le projet de la Convention de New York de 1958.

Toutefois, les délégués des Etats-Unis, du Royaume-Uni et du Guatemala ont encouragé l'adoption du critère de la territorialité dans la Convention de New York de 1958. D'autres pays ont souligné que les critères susmentionnés pouvaient devenir ambigus¹²¹, dès lors que chaque pays avait ses propres règles pour la détermination du caractère national ou étranger d'une sentence arbitrale. Un pays signataire de la Convention pourrait faire face à des difficultés en cherchant à déterminer le caractère national ou non de la sentence dans un autre pays.

La Convention a finalement retenu le critère de la sentence non-considérée comme nationale, mais, sans vraiment définir ce que recouvre cette notion¹²². En effet, il est très difficile de déterminer ce qui constitue une sentence arbitrale non considérée comme nationale selon les termes de la Convention de New York¹²³.

L'appréciation en a été laissée à la juridiction chargée de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence. En l'absence d'un texte de droit interne précisant le critère national de la sentence, cette question relève de la discrétion des juridictions nationales. Une grande autonomie est donc accordée aux pays signataires, puisqu'il leur est permis d'élargir le champ d'application de la Convention de New York¹²⁴. De plus, le critère adopté plus tard par la Convention fait croître l'incertitude quant à l'application de la Convention à certaines sentences arbitrales, qui devraient, en principe, être exclues de son champ d'application¹²⁵. Toutefois, il convient d'observer que ce critère supplémentaire, ainsi que l'incertitude qui l'entoure, sont le prix à payer pour obtenir le consensus de plusieurs pays qui n'auraient pas signé la Convention¹²⁶.

¹²¹ Jian Zhou, « Judicial Intervention in International Arbitration: A Comparative Study of the Scope of the New York Convention in U.S. and Chinese Courts », 15 *Pac. Rim L. & Pol'y* 403, (2006), p. 423.

¹²² *Ibid.*, p. 427.

¹²³ Albert Jan van den Berg, « When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958? », 6 *Pace L. Rev.* 25 (1985), p. 26.

¹²⁴ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 23.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.* p. 24.

Ainsi, une sentence n'est pas considérée comme nationale et peut être classée en deux catégories : une sentence rendue dans le pays d'exécution et sous la loi arbitrale d'un autre pays ou qui fait appel à un arbitrage international (A) et une sentence considérée comme « a-nationale » en ce qu'elle n'obéit à aucune loi arbitrale (B).

A- La sentence rendue dans le pays d'exécution sous une loi arbitrale d'un autre pays ou qui fait appel à un arbitrage international :

La Convention permet expressément l'exécution des sentences considérées comme non-nationales par les tribunaux d'exécution¹²⁷. Toutefois, le terme non-national n'est pas défini par la Convention de New York de 1958. Sa définition relève plutôt des pays membres. Dans l'appréciation du caractère non-national des sentences qu'elles font, les juridictions compétentes examinent leur législation interne¹²⁸.

La Cour suprême d'Inde a affirmé qu'une sentence est non-nationale, non seulement parce qu'elle est rendue sur le territoire d'un pays étranger, mais également parce qu'elle est rendue sur ce territoire par une convention d'arbitrage non gouvernée par le droit indien¹²⁹. Une sentence rendue par une convention d'arbitrage soumise à la loi indienne, alors même qu'elle est rendue en dehors du territoire indien, relève des dispositions de la Section 9 de la loi portant sur les sentences arbitrales étrangères et ne peut donc pas être considérée en Inde comme une sentence étrangère¹³⁰.

Aux Etats-Unis, la loi fédérale arbitrale d'application de la Convention de New York de 1958, affirme que la sentence est considérée comme non-nationale, même s'elle intervient entre des citoyens américains, lorsque le rapport commercial se réalise à l'étranger, impliquant ainsi une exécution à l'étranger, ou encore lorsqu'elle présente un lien raisonnable avec un ou plusieurs pays étrangers¹³¹. En conséquence, aux Etats-Unis, une sentence peut être soumise à la Convention de New York, dans la mesure où elle est rendue dans un pays

¹²⁷ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p. 204.

¹²⁸ John W. Hinchey et Troy L. Harris, « International Construction Arbitration : Hand Book », *Thomson West*, (2008), p. 611.

¹²⁹ V.S. Deshpande, « Foreign Award” in the 1958 New York Convention », 9(4) *Journal of International Arbitration* 51, (1992), p. 52.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Section 202 de la loi fédérale arbitrale américaine.

étranger ou lorsqu'elle est étrangère au sens où elle présente un aspect international, impliquant un ou plusieurs systèmes légaux étrangers¹³².

Ainsi, dans l'affaire *Bergesen c./ Muller*,¹³³ un conflit était né entre le propriétaire norvégien d'un navire « *Bergesen* », et une entreprise suisse portant le nom de « *Joseph Muller Corp.* ». Le litige portait sur un contrat de transport international. Conformément aux dispositions de la convention d'arbitrage et de la clause compromissoire, l'arbitrage a eu lieu à New York. Une sentence a été rendue en faveur de Bergesen. Ce dernier a tenté, sans succès, de faire exécuter la sentence en Suisse. Il a intenté un recours auprès du tribunal du district sud de New York pour exécuter la sentence arbitrale.

Le défendeur a soutenu que la Convention ne portait pas sur l'exécution d'une sentence arbitrale rendue aux Etats-Unis, puisqu'il ne s'agissait ni d'une question de territorialité d'une sentence « non-nationale », ni d'une sentence considérée comme nationale. Or, dans ce cas, la sentence arbitrale avait été rendue aux Etats-Unis et l'exécution réclamée aux Etats-Unis; Elle ne répondait donc pas au critère de territorialité, n'étant pas rendue en dehors du territoire national où l'exécution est recherchée. Dans le silence de la Convention sur la définition de la sentence nationale, l'autorité d'exécution est autorisée à présenter sa propre définition. A ce niveau, la requête du défendeur n'était pas recevable, dès lors que la sentence relevait de deux entités étrangères, la rendant non-nationale.

La Cour d'appel américaine du second circuit a exécuté la sentence rendue à New York et conformément à la loi new yorkaise, intervenue entre un norvégien et un suisse et cela, tout en se fondant sur la définition fournie par l'article I al.1 de la Convention de New York de 1958. Selon la Cour, la sentence non-nationale est la sentence soumise aux dispositions de la Convention de New York de 1958, non pas parce qu'elle est rendue à l'étranger, mais parce qu'elle est adoptée conformément à une loi étrangère, c'est-à-dire, conformément aux dispositions légales étrangères, ou faisant appel à des parties domiciliées à l'étranger, ou ayant leurs siège social en dehors de sa juridiction¹³⁴.

¹³² Yusuf Ahmed Alghanim & Sons c./ Toys "R" Us Inc., [1997] 126 F.3d 15 (2d Cir).

¹³³ IX Y.C.A. 487 (1984) (2nd Circuit, 17 Juin).

¹³⁴ *Bergesen c./ Muller*, IX Y.C.A. 487 (1984) (2nd Circuit, 17 Juin) p. 494

Les juristes européens ont critiqué la décision relative à l'affaire américaine *Bergesen* pour avoir dépassé les limites de la Convention de New York. D'après eux, cette approche menace l'application de la Convention¹³⁵. Ils ont aussi ajouté que l'histoire de la Convention de New York indique que les sentences non-nationales sont celles insérées dans le cadre d'un arbitrage gouverné par une loi étrangère, la nationalité des parties n'ayant aucune influence sur le champ d'application de la Convention de New York¹³⁶. De plus, la doctrine affirme qu'aux Etats Unis, le projet de la loi portant application de la Convention de New York ne révèle pas l'intention de la Convention de s'appliquer aux sentences nationales rendues entre deux parties étrangères.

Dans l'affaire *Lander Co. c./ MMP Investments, Inc.*,¹³⁷ deux entreprises américaines avaient signé un contrat avec *MMP* pour la distribution de shampoing et autres produits manufacturés par *Lander* pour une durée de deux ans en Pologne. Par la suite, elles ont signé un contrat avec *MMP* pour devenir producteur exclusif et seul distributeur des produits de *Lander* pour une période de cinq ans. Trois mois après le début du second contrat, *MMP* soutient que les produits *Lander* sont défectueux. Le directeur général de *Lander* visite *MMP* en Pologne pour enquêter sur le problème. Neuf mois plus tard, *Lander* met fin au contrat. *MMP* déclenche la procédure arbitrale selon les termes du contrat. L'arbitrage a eu lieu conformément aux règles de la CCI situé à New York, conformément aux lois locales. Une décision a été rendue dans cette affaire en faveur de *Lander*, qui a dorénavant déjà fait une requête exécutoire. Par la suite, *MMP* a tenté d'obtenir la suspension de la requête de *Lander* en soutenant que la Convention de New York de 1958 n'était pas applicable à l'arbitrage. De plus, *MMP* a réclamé l'annulation de la sentence.

En revanche, la juridiction américaine a rejeté la requête de *Lander* pour incompetence. Elle a retenu que la Convention ne s'appliquait pas aux sentences rendues entre deux citoyens américains, et que la sentence était donc une sentence arbitrale nationale. La Cour d'appel américaine du dix-septième circuit a retenu que le recours était conforme

¹³⁵ Jian Zhou, « judicial Intervention in International Arbitration: A Comparative Study of the Scope of the New York Convention in U.S. and Chinese Courts », 15 *Pac. Rim L. & Pol'y* 403, (2006), p. 432.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ 107 F.3d 476 (7th Cir) (1997).

aux règles de compétence mises en place par la *FAA*¹³⁸ et celles de la Convention de New York.

La *FAA* permet aux Cours fédérales d'autoriser l'exécution des sentences arbitrales, lorsque ces dernières résultent d'un différend contractuel commercial intervenu entre un état et un opérateur commercial étranger. Or, le contrat en question répondait à ces critères. La *FAA* autorise aussi l'exécution des sentences arbitrales rendues à la suite d'un litige entre citoyens américains, dans la mesure où ce dernier porte sur l'exécution d'un contrat dans un pays étranger. Cette disposition de la *FAA* adopte donc les termes de la Convention de New York de 1958.

Ainsi, dans certaines juridictions, une sentence rendue par une juridiction spécifique peut être considérée comme sentence non-nationale, dès lors que les procédures arbitrales mises en place sont étrangères ; d'autres juridictions n'adoptent pas ce critère et prennent en considération la nationalité des parties au conflit¹³⁹. Ainsi, en serait-il de même en matière de sentence arbitrales rendues indépendamment du siège arbitral (**B**) ?

B- Une sentence « a-nationale » :

Une sentence « a-nationale » est une sentence indépendante de la loi du siège arbitral et de toute loi nationale désignée par les parties. Cette sentence est aussi considérée comme une sentence délocalisée, supranationale, transnationale. En pratique, elle est rare, puisque les conflits d'arbitrage sont généralement gouvernés par la loi du lieu de l'arbitrage.

Dans les cas d'arbitrage « dénationalisé », les parties organisent l'arbitrage entre elles ou autorisent l'intervention des arbitres, et cela, sans permettre l'intervention des juridictions nationales au profit de l'arbitrage¹⁴⁰. Par exemple, un vrai doute entoure les sentences rendues par le tribunal américain-iranien situé aux Pays-Bas; l'on ne sait pas si elles sont

¹³⁸ *FAA* signifie Federal Arbitration Act.

¹³⁹ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 29.

¹⁴⁰ Javier Rubinstein et Georgina Fabian, « The Territorial Scope of the New York Convention and its Implements in Common and Civil Law Countries », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 102.

hollandaises ou représentent une autre nationalité. C'est pour cette raison, qu'elles peuvent être exécutées conformément à la Convention de New York de 1958.

En effet, il n'existe aucun consensus quant à l'application de la Convention de New York de 1958 aux sentences « *a-nationales* » ou « *délocalisées* ». Certains considèrent que la Convention ne doit pas s'appliquer à ces sentences, les pays n'étant pas prêts à accepter le défaut de lien entre les procédures arbitrales et leur territoire, ainsi que leur régime juridique. D'autres juridictions considèrent que l'existence d'une sentence « *a-nationale* » provient initialement du droit des parties de choisir dans la convention d'arbitrage la procédure applicable¹⁴¹.

Toutefois, l'aspect historique général de la Convention de New York de 1958 n'est pas le seul à aller à l'encontre de son application dans le cadre des sentences « *a-nationales* ». Le système et le texte même de la Convention semblent s'opposer à une telle interprétation¹⁴². En conséquence, une sentence « *a-nationale* » n'est pas compatible avec un certain nombre de dispositions de la Convention de New York, dans la mesure où la délocalisation légale n'est pas possible¹⁴³. A titre d'exemple, l'article I al.3 autorise les pays signataires à limiter le champ d'application de la Convention de 1958, fondement de la réciprocité, aux sentences rendues sur le territoire d'un autre pays signataire. Cette option implique que la sentence présente déjà un lien juridique spécifique et des règles non liées à l'application des sentences « *a-nationales* ».

De plus, l'article V se réfère à plusieurs reprises à la loi du siège de l'arbitrage, ce qui confirme que les sentences « *a-nationales* » ne sont pas incluses dans la Convention de New York¹⁴⁴. Selon l'article V al.1 (a), l'exécution d'une sentence peut être refusée si la convention d'arbitrage n'est pas valable selon la loi applicable aux parties, ou en cas de défaut d'indication, selon la loi du pays où la sentence a été rendue.

¹⁴¹ W. Laurence Craig, « Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration », 30 *Tex. Int'l L.J.* 1, (1995), p. 23-24.

¹⁴² Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 37.

¹⁴³ J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} édition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p. 815.

¹⁴⁴ *Ibid.*

De surcroît, d'un point de vue pratique, l'arbitrage « *délocalisé* » peut rencontrer plusieurs difficultés, dans la mesure où la convention d'arbitrage ne fournit pas les détails nécessaires portant sur la formation du tribunal arbitral et sur la procédure arbitrale. L'exclusion de l'application de la loi arbitrale nationale aboutira à l'impossibilité de combler les lacunes de la convention d'arbitrage par la loi nationale. En outre, la question de savoir si les juridictions sont compétentes pour connaître des recours en annulation des sentences pour non-respect de la procédure, reste en suspens. Ainsi, la sentence sera rendue en ne suivant aucune législation procédurale¹⁴⁵.

En ce qui concerne l'application des sentences a-nationales par les juridictions nationales, la Convention de New York ne prévoit pas clairement un régime d'exécution applicable aux sentences a-nationales ne relevant pas du droit arbitral national¹⁴⁶. Certains pays, comme la France, considèrent les sentences « *a-nationales* » comme détachées des lois du siège arbitral et du champ des lois arbitrales nationales, désignées par la convention d'arbitrage conclue par les différentes parties¹⁴⁷. Certains auteurs affirment que rien dans la Convention de New York n'interdit son application aux sentences délocalisées¹⁴⁸.

Dans l'affaire *General National Maritime Transport Co. c./ Gotaverken Arendal, A.B.*¹⁴⁹, un litige opposait une entreprise suédoise vendant des navires à une société Libyenne. Les parties ne présentaient aucun lien avec la France, mis à part le fait qu'elles avaient choisi ce pays comme siège d'arbitrage. L'arbitrage s'est déroulé selon les règles de procédure de la CCI, et ni les parties, ni les arbitres ne se sont référés ou accepté d'appliquer les règles de procédure nationales.

Par ailleurs, la partie libyenne a recherché l'annulation de la sentence rendue par la CCI en faveur de la partie suédoise. Elle a initié un recours auprès de la Cour d'appel de Paris. Cette dernière a refusé de confirmer l'appel, au motif que l'arbitrage n'était pas soumis

¹⁴⁵ Javier Rubinstein et Georgina Fabian, « The Territorial Scope of the New York Convention and its Implements in Common and Civil Law Countries », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 104.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 105.

¹⁴⁷ Pieter Sanders, « Trends in the Field of International Commercial Arbitration », dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol.145, Part II, 205 (1975), p. 270.

¹⁴⁸ Jan Paulsson, « Arbitration Unbound : Award detached from the Laws of its Country of Origin », 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 358, (1981), p. 369.

¹⁴⁹ CA Paris, fev. 21, 1980;107 J.D.I. 660 (1980).

à la loi procédurale française, et que la sentence rendue n'était donc pas française. En effet, cette dernière ne pouvait être considérée comme française, puisqu'elle ne présentait aucun lien avec le système légal interne français. Elle avait été rendue conformément aux règles de la CCI, les deux parties étaient étrangères, le contrat avait été conclu et exécuté à l'étranger et aucune des parties, ni le tribunal arbitral, n'avait prévu une loi arbitrale applicable¹⁵⁰. L'affaire suggère donc une dissociation de la procédure arbitrale internationale du pays où la sentence a été rendue.

Dans une autre affaire opposant la *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises [SEEE] c./ Yugoslavia*,¹⁵¹ la Cour d'appel française a été saisie par une requête de reconnaissance d'une sentence arbitrale « *a-nationale* », condamnant la Yougoslavie à verser des dommages-intérêts à l'entreprise française *SEEE*. La sentence a été rendue par deux arbitres suisses. La Yougoslavie a demandé l'annulation de la sentence en Suisse. Le tribunal fédéral suisse a rejeté cette requête, puisque la sentence n'était pas suisse. Le tribunal s'est fondé sur le fait que la sentence avait été rendue par deux arbitres, plutôt que trois comme l'exige la procédure arbitrale suisse. Ainsi, la sentence était « *a-nationale* ».

Avant de solliciter l'exécution de la sentence en France, la société française *SEEE* a demandé son exécution aux Pays-Bas. La Cour d'appel de La Haye a refusé son exécution, en raison de son caractère « *a-national* ». La Cour suprême hollandaise a annulé la décision de la Cour d'appel et a retenu que la Convention s'appliquait aux sentences « *a-nationales* ». Selon la Cour suprême hollandaise, la Convention ne semble pas exiger que l'autorité compétente du pays de reconnaissance et d'exécution d'une sentence rendue sur un territoire étranger, recherche, avant d'adopter une décision, le lien entre la sentence et le pays où elle a été rendue, et qu'en cas d'absence de lien, la reconnaissance et l'exécution doivent être refusées. Toutefois, la Cour a refusé l'exécution, au motif que le recours devant la juridiction suisse équivalait à une annulation conforme à l'article V al.1 (e).

La société *SEEE* a obtenu la reconnaissance de la sentence en France. Ainsi, la Cour d'appel de Rouen a retenu que la sentence était « *a-nationale* », au motif que la clause

¹⁵⁰ Javier Rubinstein et Georgina Fabian, « The Territorial Scope of the New York Convention and its Implements in Common and Civil Law Countries », dans Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 107.

¹⁵¹ CA 13 nov. 1984; 24 I.L.M. 345; XI Y.C.A. 195 (1986).

d'arbitrage initiale excluait l'application des lois nationales, et que les sentences « *a-nationales* » demeuraient applicables selon les termes de la Convention de New York de 1958. La sentence a donc été reconnue en France, bien qu'elle dépassa la souveraineté judiciaire du pays où elle avait été rendue.

De même, la Cour d'appel fédérale Américaine du neuvième circuit, dans l'affaire *Gould Marketing Inc. c./ Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran*, a adopté une position favorable à l'application de la Convention de New York aux sentences « *a-nationales* ». En effet, une sentence avait été rendue par un tribunal arbitral à propos d'un conflit irano-américain¹⁵². Selon la Cour, la sentence ne devait pas nécessairement être adoptée conformément à la loi nationale pour qu'un tribunal préserve sa compétence dans son exécution, conformément à la Convention de New York.

En Allemagne, aucun tribunal n'a expressément abordé la question de savoir si la loi allemande reconnaît les sentences « *a-nationales* »¹⁵³. Toutefois, l'opinion dominante est que la loi allemande ne reconnaît pas ces sentences, dans la mesure où le lieu de l'arbitrage sera toujours déterminé par la nationalité des citoyens. De plus, la Section 1043 de *ZPO* dispose qu'en absence de consensus entre les parties sur le lieu de l'arbitrage, ce dernier sera déterminé par le tribunal arbitral qui prendra en considération les circonstances de l'affaire et la commodité des parties.

De même, la pratique en Angleterre exige que les arbitres appliquent un système juridique lié à un pays particulier, ce qui implique qu'une sentence « *a-nationale* » ne peut être reconnu. Dans l'affaire *Naviera Amazonica Peruana, S.A. c./ Compania International de Seguros del Peru*,¹⁵⁴ la Cour d'appel anglaise a rejeté le concept de sentence « *a-nationale* », au motif que tout arbitrage doit avoir un siège d'arbitrage, dont les règles procédurales sont soumises à la loi locale.

¹⁵² *Y.C.A.* 610 (1990).

¹⁵³ Javier Rubinstein et Georgina Fabian, « The Territorial Scope of the New York Convention and its Implements in Common and Civil Law Countries », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 125.

¹⁵⁴ [1988] 1 *Lloyd's Rep.* 116.

Après avoir traité la question des sentences qui s'appliquent à la Convention, il y a lieu d'examiner dès à présent la question des réserves prévue par les dispositions de l'article 1^{er} al.3 de la Convention de New York de 1958.

Pour conclure, il apparaît donc que la Convention de New York de 1958 s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Malgré la différence entre la reconnaissance et l'exécution, la Convention de New York se réfère à ces termes de manière conjointe et simultanée. Cette Convention a défini le champ d'application de l'article I al.1. Toutefois, elle ne donne pas de définition expresse du terme « *sentence* ». Cela a conduit à des résultats incertains dans la détermination de ce à quoi pourrait correspondre une sentence arbitrale, conformément aux dispositions de cette Convention.

Les législations nationales jouent incontestablement un rôle primordial dans la détermination ou la limitation du champ d'application de la Convention de New York. Cela apparaît manifestement dans la jurisprudence américaine, surtout par rapport à la nationalité des parties, comme un élément important pris en compte pour déterminer si la Convention s'applique ou non à la sentence arbitrale.

Par ailleurs, cette Convention a défini les sentences arbitrales non-nationales. Mais, la seconde partie de cette définition prévue à l'article I al.1 a été la source de certaines confusions, dans la mesure où elle se réfère à un terme que la Convention ne définit pas. Il s'agit de la sentence « *non-nationale* ». Ainsi, la définition de l'expression « *non-nationale* » a été laissée à la discrétion des juridictions étatiques, ce qui a provoqué une grande incertitude, quant à la délimitation de la définition des sentences arbitrales, en vertu de cette convention de New York.

Il faut souligner que l'absence de définition précise des termes « *sentence* » et sentence « *non-nationale* », a ouvert la porte à plus de facilité d'exécution de cette Convention. Cette facilité d'exécution constitue aussi un objectif recherché par cette Convention. Cependant, cette absence de définition relative aux termes précités précédemment provoque diverses interprétations, qui augmentent la complexité de

l'application non-uniforme de la Convention¹⁵⁵. Par ailleurs, l'article I al.3 de la Convention de New York de 1958 permet aux Etats contractants d'émettre un certains nombres de réserves (**Paragraphe IV**).

Paragraphe IV : Les réserves :

La Convention de New York de 1958 pose un principe universel selon lequel la sentence, intervenue entre un Etat signataire et un Etat non-signataire, doit être reconnue et exécutée¹⁵⁶. Pour garantir l'efficacité de la Convention, il était essentiel d'amener plus de pays à accepter cette convention, pour les inciter ainsi à la reconnaître et à l'exécuter. Mais, les représentants des différents Etats participants à la promulgation de cette Convention, ont craint que l'absence de réserve sur le droit des Etats membres de limiter l'application de ladite Convention aux sentences intervenues entre des pays membres et dans le cadre des conflits commerciaux, puisse décourager les Etats à signer la Convention. Ils ont donc permis aux signataires d'émettre des réserves, afin d'augmenter le nombre de pays membres¹⁵⁷.

Toutefois, le fait de permettre des réserves, et ce sans poser aucune limite, risquait de créer la confusion quant à l'application ou non de certaines dispositions de cette Convention¹⁵⁸. Il fallait donc trouver un équilibre entre les besoins du commerce international et les prérogatives de souveraineté des Etats. Un compromis devait nécessairement être trouvé.

Dans cette perspective, l'article I al.3 de la Convention de New York a été promulgué pour autoriser les pays contractants à émettre deux types de réserves¹⁵⁹. En premier lieu, tout Etat 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 Etat

¹⁵⁵ Jian Zhou, « judicial Intervention in International Arbitration: A Comparative Study of the Scope of the New York Convention in U.S. and Chinese Courts », 15 *Pac. Rim L. & Pol'y* 403, (2006), p. 404-5.

¹⁵⁶ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 32.

¹⁵⁷ Robert Briner et Virginia Hamilton, « The History and General Purpose of the Convention » dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.15

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 16.

¹⁵⁹ William W. Park, « Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice », *Oxford*, (2006), p. 306.

contractant : c'est la réserve de réciprocité (**Sous-Paragraphe 1**). En second lieu, tout Etat pourra aussi 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 : la réserve de commercialité (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1 : La réserve de réciprocité:

La Convention de New York a été adoptée pour remplacer la Convention de Genève relative à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Adoptée en 1927, cette dernière s'est avérée insuffisante pour répondre aux besoins de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. La Convention de Genève considérait la réciprocité comme un principe et non comme une réserve. Une sentence arbitrale doit être exécutée, si elle a été adoptée par un pays membre et par des personnes soumises à la juridiction de l'un des pays membres¹⁶⁰.

La Convention de New York a inclus « *la réserve de réciprocité* », pour mettre fin à l'opposition entre les pays membres et les pays non-membres, quant à l'exécution de la sentence arbitrale adoptée au sein d'un pays membre. Selon le principe de réciprocité, la Convention a limité les procédures de reconnaissance et d'exécution aux sentences « *rendues sur le territoire d'un autre Etat contractant* ».

La réserve de réciprocité a donc été établie comme une option pour limiter l'application de la Convention aux sentences adoptées dans des pays non-membres¹⁶¹. Par conséquent, l'idée recherchée derrière le principe de la réciprocité adopté par la Convention, vise le fait de se comporter de la manière suivante: « si vous n'exécutez pas nos sentences, nous n'exécuterons pas les vôtres »,

Toutefois, l'adoption de la réserve de réciprocité n'implique pas nécessairement un refus d'exécuter une sentence arbitrale rendue dans un pays non-membre, mais plutôt, le refus d'appliquer la Convention à une telle sentence. Il est possible de faire appel aux autres traités bilatéraux ou multilatéraux adoptés dans le cadre de la reconnaissance et de

¹⁶⁰ Jian Zhou, « judicial Intervention in International Arbitration: A Comparative Study of the Scope of the New York Convention in U.S. and Chinese Courts », 15 *Pac. Rim L. & Pol'y* 403, (2006), p. 426.

¹⁶¹ *Ibid.*

l'exécution des sentences arbitrales étrangères, notamment dans le cas où le demandeur fait face à une réserve de réciprocité¹⁶².

Il est donc possible de rechercher la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales par d'autres moyens que ceux mis en place par la Convention de New York. Ainsi, dans l'affaire *Weizmann Institute of Science c./ Neschis*,¹⁶³ la Cour de première instance du sud de New York a relevé que sur le territoire américain, il était possible d'exécuter les sentences arbitrales étrangères qui ne relevaient pas de la Convention de New York comme des jugements étrangers. Néanmoins, l'exécution d'une sentence arbitrale en dehors de la Convention de New York fait appel à un régime assez complexe, long et incertain¹⁶⁴.

Ainsi, les pays qui émettent la réserve de réciprocité appliquent la Convention uniquement aux sentences rendues dans des pays autres que les pays signataires. C'est le cas par exemple aux Etats-Unis qui ont adopté la réserve de réciprocité en acceptant et ratifiant la Convention de New York en 1970¹⁶⁵. En conséquence, une sentence arbitrale intervenue en dehors du territoire américain peut être reconnue et exécutée par une juridiction américaine, à la seule condition que le pays dans lequel l'arbitrage s'est déroulé soit un pays signataire de la Convention de New York.

Dans l'affaire *Weizmann Institute of Science c./ Neschis*,¹⁶⁶ la Cour de première instance du sud de New York n'a pas appliqué la Convention à une sentence adoptée au Liechtenstein, retenant que ce dernier n'en était pas signataire.

De même, dans l'affaire *International Bechtel Co. c./ Department of Civil Aviation of Dubaï*,¹⁶⁷ la partie qui avait « gagné » l'arbitrage intervenu à Dubaï n'avait pas pu recourir à la Convention pour faire exécuter la sentence aux Etats-Unis, qui avaient adopté la réserve de réciprocité. La sentence arbitrale, rendue en faveur d'une entreprise américaine de

¹⁶² J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} édition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p. 826.

¹⁶³ 229 F. Supp. 2d 234 (S.D.N.Y. 2002), XXVIII Y.C.A 1038 (2003), p.1042.

¹⁶⁴ Michael Pryles, « Reservation Available to Member States: The Reciprocal and Commercial Reservation », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 164.

¹⁶⁵ John Fellas, « Transatlantic Commercial Litigation and Arbitration », *Oceana Publication Inc.*, (2004), p. 634.

¹⁶⁶ 229 F. Supp. 2d 234 (S.D.N.Y. 2002) ; XXVIII Y.C.A. 1038(2003).

¹⁶⁷ 360 F. Supp. 2d 136 (D.D.C. 2005).

construction, a été annulée par le tribunal de Dubaï pour ne pas avoir respecté la forme requise par la loi nationale émiratie.

La Cour fédérale de Colombie, devant laquelle la demande d'exécution avait été présentée, a suspendu sa décision en attendant l'issue du recours en appel exercé devant le tribunal de Dubaï. La Cour de cassation de Dubaï a confirmé l'arrêt d'appel et la Cour fédérale a rejeté l'exécution de la sentence, au motif que Dubaï ne faisait pas partie de la Convention de New York, de sorte que le Chapitre 2 de la loi fédérale arbitrale ne s'appliquait pas. Aujourd'hui, cette affaire aurait pu être jugée différemment, du fait que les Emirats Arabes Unis ont adhéré à la Convention de New York en 2006.

En revanche, les pays qui n'ont pas opté pour la réserve de réciprocité appliquent la Convention aux sentences rendues dans n'importe quel pays, y compris ceux qui ne sont pas signataires de la Convention. Dans l'affaire *Black Sea Shipping Co. c./ Italturist SpA*,¹⁶⁸ la Cour d'appel de Milan a exécuté une sentence rendue en Russie à l'encontre d'une partie italienne, alors que la Russie n'avait pas signé la Convention de New York et que l'Italie n'avait pas accepté la réserve de réciprocité.

Selon la réserve de réciprocité, la Convention ne peut servir de fondement pour exécuter une sentence dans un pays non signataire de la Convention. Malgré la clarté de cette disposition, les juridictions étatiques semblent l'interpréter différemment, en prenant en considération le fait que la réserve s'applique sur l'ensemble de la Convention et non seulement sur cet article. Ces autorités ont compris que la réserve limite l'application de la Convention aux sentences « *rendues sur le territoire d'un autre Etat contractant* », plutôt qu'à celles rendues par les Etats signataires recherchant la reconnaissance et l'exécution des sentences¹⁶⁹. Par conséquent, la réserve de réciprocité permet aux pays membres d'interdire l'application de la Convention aux sentences internes, considérées étrangères par la loi nationale.

En outre, quelques pays ont interprété la réserve de réciprocité différemment des termes prévus par l'article I al.3 de la Convention de New York. Par exemple, la Bulgarie a

¹⁶⁸ XVIII Y.C.A. 415 (1993).

¹⁶⁹ Jian Zhou, « Judicial Intervention in International Arbitration: A Comparative Study of the Scope of the New York Convention in U.S. and Chinese Courts », 15 *Pac. Rim L. & Pol'y* 403, (2006), p. 425.

accepté d'appliquer la Convention aux sentences rendues par des pays non-signataires, à la seule condition qu'un traitement réciproque soit établi. Cela signifie que la Bulgarie exécute la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues dans des Etats non signataire de la Convention. Néanmoins, elle applique la Convention uniquement, si les Etats autorisent un traitement réciproque¹⁷⁰.

Les juridictions américaines ont donné à la réserve de réciprocité une interprétation restrictive. Par conséquent, son application a permis aux parties de minimiser les objectifs généraux recherchés par la Convention, visant à assurer plus d'efficacité d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Dans l'affaire *Fertilizer Corp. of India c./ IDI Management, Inc.*,¹⁷¹ une sentence a été rendue en Inde contre *IDI*. Ce dernier a déposé un recours auprès des juridictions américaines et soutenu que l'Inde n'aurait pas exécuté la sentence si cette dernière avait été rendue aux Etats-Unis et contre *Fertilizer Corp.* La Cour a examiné le moyen de réciprocité et a retenu que la réserve de réciprocité prévue par la Convention exigeait seulement que l'Inde soit signataire de la Convention de New York. La réciprocité ne s'étend pas à l'interprétation juridique et aux procédures d'exécution des pays membres dans lesquels les sentences ont été rendues.

Ainsi, les juridictions d'exécution semblent soit accorder à la réserve de réciprocité une interprétation stricte, permettant d'atteindre l'objectif recherché par la Convention, soit se référer aux lois locales, en mettant ainsi en danger l'uniformité de l'application de la Convention.

En outre, le champ d'application de la Convention sera limité aux sentences rendues dans les pays membres de la Convention ; elle ne s'appliquera plus aux sentences étrangères¹⁷². Cela signifie que la Convention ne s'applique pas, même si les parties ont leurs sièges d'arbitrage dans des pays membres de la Convention de New York. En effet, ni leurs nationalités, ni leurs lieux de domiciliation ne constituent un élément décisif dans

¹⁷⁰ Michael Pryles, « Reservation Available to Member States: The Reciprocal and Commercial Reservation », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008) p.163.

¹⁷¹ 517 F. Supp. 948 (S.D. Ohio 1981).

¹⁷² A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4^{ème} Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, (2004), p. 524.

l'application de la Convention. Le lieu de l'arbitrage est le seul facteur pertinent¹⁷³. Par conséquent, il est recommandé aux parties à l'arbitrage de préciser dans leur convention d'arbitrage le lieu où se déroulera l'arbitrage, relevant d'un pays membre, afin d'éviter les difficultés liées à la territorialité dans la réciprocité¹⁷⁴.

Ainsi, dans l'affaire *Iran Aircraft Industries, c./ Avco Corp.*,¹⁷⁵ la Convention de New York a été considérée comme applicable à une sentence rendue aux Pays-Bas contre une entreprise américaine et au profit d'une entreprise iranienne, alors que l'Iran n'a pas ratifié la Convention de New York. De plus, dans l'affaire *la Société Nationale c./ Shaheen National Resources Co*,¹⁷⁶ la Cour du sud de New York a affirmé qu'il fallait prouver la réciprocité en fonction du lieu où la sentence avait été rendue et non pas selon la nationalité des parties.

Mais, la question de savoir si cette réserve autorise l'application de la Convention aux sentences considérées comme « *a-nationales* » s'est posée. La Cour d'appel Suédoise dans l'affaire *AB Gotaverken c./ Libyan General Maritime Transport Co*¹⁷⁷, a affirmé que la sentence rendue est détachée de toute loi étatique et par conséquent n'avait pas de nationalité. La France avait consenti à appliquer la Convention aux sentences rendues sur le territoire de d'autres pays membres. Ainsi, selon la Cour, la Convention ne s'appliquait pas, au motif que la sentence n'était pas intervenue sur le sol d'un Etat membre.

En effet, la réserve de réciprocité exige que les juridictions déterminent le lieu d'adoption de la sentence pour décider si la Convention de New York s'applique ou non. Il faut souligner dans ce cadre qu'il serait assez souvent difficile pour les juridictions étatiques de déterminer le lieu d'adoption de la sentence. Dans ce contexte, certains auteurs affirment que la sentence est rendue au lieu où l'arbitrage est intervenu (donc au siège de l'arbitrage)¹⁷⁸. Il ne s'agit pas nécessairement du lieu où les négociations se sont déroulées, ni

¹⁷³ R. D. Bishop et E. Martin, « Enforcement of Foreign Arbitral Awards », <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop6.pdf>, p. 37.

¹⁷⁴ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p. 205.

¹⁷⁵ 980 F.2d 141 (2d Cir. 1992).

¹⁷⁶ F. Supp. 57 (SNDY 1983) cert.

¹⁷⁷ V Y.C.A. 237(1981).

¹⁷⁸ A. Mann, « Where is an award “made?” » 1(1) *Arb. Int'l* 107, (1995) p.108.

du lieu où les parties ou les arbitres résident. En réalité, c'est le lieu prévu par le contrat ou par les rapports d'audiences, ou le lieu mentionné dans la procédure arbitrale¹⁷⁹.

Une ambiguïté règne manifestement quant à la détermination de l'application de la réserve de réciprocité. Le défaut de clarté pourrait être la cause de nouvelles divergences dans l'application de la réserve par différents pays signataires de la Convention. Qu'en est-il de la deuxième réserve prévue par les dispositions de l'article I al.3 de la Convention de 1958 (**Sous-Paragraphe 2**) ?

Sous-Paragraphe 2 : La réserve de commercialité :

Selon cette réserve, tout Etat peut 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 nationale¹⁸⁰. En conséquence, conformément à ce principe (la réserve de commercialité), la Convention s'applique uniquement aux conflits soulevés dans un cadre commercial.

La Convention de New York ne fournit pas de définition du terme « *commerce* », dans les dispositions prévues par l'article I al.3. Par conséquent, il existe toujours un risque d'interprétations diverses¹⁸¹. La loi du pays où l'exécution est recherchée, détermine ainsi le sens du terme « *commerce* »¹⁸². En effet, chaque pays membre peut adopter une définition de ce qui est commercial, ce qui pose le problème d'unification d'application de la Convention de New York. Aussi, une relation considérée comme commerciale par un pays ne l'est pas nécessairement par un autre¹⁸³.

Cette réserve tend à limiter le champ d'application de la Convention de New York¹⁸⁴. Ainsi, la multiplicité des définitions du terme « *commercial* », ne répond pas à l'objectif de la

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Article I al.3 de la Convention de New York de 1958.

¹⁸¹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 54.

¹⁸² Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p. 205.

¹⁸³ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4^{ème} Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, (2004), p. 525.

¹⁸⁴ *Ibid.*

Convention visant à favoriser plus d'efficacité d'exécution des sentences arbitrales étrangères, si les juridictions nationales sont encouragées à interpréter cette réserve dans un sens limité.

Certaines juridictions étatiques adoptent une interprétation large de la notion de commercialité. Ainsi, dans l'affaire *Island Territory of Curacao c./ Solitron Devices Inc.*¹⁸⁵ était l'une des premières affaires américaines à avoir défini ce terme. En l'espèce, *Solitron* s'était opposé à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale, en soutenant que le conflit ne relevait pas du domaine commercial, puisqu'il portait sur l'exécution d'un acte public gouvernemental. La Cour Américaine de première instance a rejeté la requête de *Solitron* en retenant que l'utilisation du terme « *commercial* » avait justement pour objectif d'exclure les affaires matrimoniales et autres conflits de nature nationale et politique. Selon la Cour, la réserve de commercialité ne s'appliquait pas à des sentences relevant des relations matrimoniales ou autres relations domestiques ou politiques. Mais, la production industrielle ne figurait pas parmi ces catégories.

En outre, dans l'affaire *Prograph Int'l et al c./ Ralph Barhydt*,¹⁸⁶ la Cour américaine a été amenée à analyser la question de savoir si une relation employeur-salarié pouvait être considérée comme une affaire commerciale ? Selon la Cour, le contrat intervenu entre *Pll* et *Barhudt* portait sur l'emploi de citoyens américains travaillant aux Etats-Unis pour des entreprises étrangères et sur le commerce interétatique. Le conflit était donc de nature commerciale, au sens de la Convention de New York. Toutefois cette approche est unique à cette juridiction et n'est pas partagée par d'autres tribunaux qui considèrent plutôt ce genre de litiges comme relevant du droit du travail et non du droit commercial¹⁸⁷.

Dans une affaire plus récente, la Cour américaine a accordé au terme « *commercial* » un sens large, pour que la réserve s'applique à toute relation commerciale aboutissant à un arbitrage et toute sentence rendue conformément aux dispositions de la Convention de New York¹⁸⁸.

¹⁸⁵ 489 F.2d 1313 (2d Cir. 1973).

¹⁸⁶ 928 FS (n.d.cal.1996).

¹⁸⁷ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 60.

¹⁸⁸ *Rizallya Bautista c./ Stae Cruises*, XXXI Y.C.A. 1075 (2006) Eleventh circuit

Les juridictions indiennes ont aussi adopté une interprétation large de la notion de commercialité. Ainsi, dans l'affaire *RM Investement & Trading Co. Pvt Limited c./ Boeing Company*,¹⁸⁹ la Cour suprême Indienne a cassé un arrêt de la Haute Cour de l'Inde, au motif que la sentence, rendue dans le cadre d'un service de consultation par une entreprise promouvant une relation commerciale, ne devait pas être considérée comme une transaction commerciale. Selon la Cour suprême indienne, le but de la Convention de New York est de faciliter les relations commerciales, en fournissant un autre moyen de résolution des conflits. Toute expression adoptée par la Convention doit donc être interprétée selon le sens grammatical et littéral voulu dans la construction même de la disposition de la Convention. Le terme « *commercial* » doit donc être interprété au sens large, tout en prenant en compte les activités en question. Ces dernières font partie intégrante du commerce international.

D'autres juridictions ont adopté une interprétation plutôt restrictive du terme « *commercial* ». L'affaire *société d'Investissement Kal c./ Taieb Haddad and Hans Baret*¹⁹⁰, intervenue en Tunisie, portait sur un défaut de paiement des frais d'un architecte chargé de dessiner les plans de stations touristiques. La CCI a été saisie puisque le contrat prévoyait une clause d'arbitrage relevant de cette Chambre. La sentence avait été rendue en faveur de l'architecte qui cherchait à en obtenir l'exécution en Tunisie. Toutefois, la Cour Suprême a rejeté sa requête et refusé la reconnaissance et l'exécution de la sentence, au motif que la Tunisie avait adopté la réserve de commercialité prévu à l'article I al.3 de la Convention de New York. Les travaux architecturaux et d'urbanisation ne présentaient pas un aspect commercial selon la loi tunisienne.

Ainsi, le terme « *commercial* » pose des difficultés d'interprétation. La diversité de l'interprétation n'est pas constatée uniquement d'un pays à l'autre, mais, également au sein d'un même pays, c'est précisément le cas en Inde¹⁹¹.

Dans la première affaire¹⁹², la Haute Cour de Bombai a été saisie pour suspendre une procédure engagée devant les juridictions étatiques, malgré l'existence d'une convention

¹⁸⁹ Supreme Court Journal, 1994 vol.1, 657-664.

¹⁹⁰ XXIII Y.C.A. 770 (1998).

¹⁹¹ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « International Arbitration », *Oxford University Press*, (2009), p. 660.

¹⁹² *Indian Organic Chemical Ltd c./ Subsidiary 1 (US) Subsidiary 2 (US) and Chemtex Fibres Inc (Parent Company) (US)*, IV Y.C.A. 271(1979).

d'arbitrage. En ratifiant la Convention de New York, l'Inde a adopté la réserve de commercialité. La Cour a affirmé que si le conflit était de nature commerciale, selon les termes de la convention d'arbitrage, il ne l'était pas au regard des dispositions de la loi indienne. Selon le juge, pour invoquer les provisions de la Convention de New York, il ne suffit pas d'établir la nature commerciale de cette convention, il faut également prouver cette nature selon la loi indienne en vigueur.

Dans la seconde affaire¹⁹³, le demandeur avait déposé une requête pour suspendre la procédure d'arbitrage engagée devant les juridictions étatiques, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage. La Cour a accueilli sa demande. Selon le juge, le terme « *commerce* » pouvait donner lieu à une large interprétation et porter sur tous les affaires et les transactions, sous toutes les formes. Cela incluait donc le transport, la vente, l'achat ou encore l'échange de biens entre les citoyens de différents pays.

La Cour Suprême indienne a confirmé cette position¹⁹⁴, pour affirmer que le terme « *commerce* » devait bénéficier d'une large interprétation et inclure différentes activités relevant du commerce international.

Il résulte donc de tout ce qui précède que, l'insertion des deux réserves a permis aux pays membres d'adapter la Convention de New York à leurs systèmes juridiques et à leurs besoins¹⁹⁵. Deux difficultés existent dans le cadre des réserves accordées aux pays signataires par l'article 1^{er} al.3¹⁹⁶. En premier lieu, la réserve de réciprocité permet aux Etats membres de déclarer leur intention d'exécuter uniquement des sentences rendues sur les territoires de d'autres Etats membres.

Cette réserve a par ailleurs aggravé l'incertitude qui entourait l'exécution des sentences arbitrales rendues dans des pays non signataires de la Convention de New York. Mais, comme un grand nombre de pays ont ratifié la Convention de 1958, cela leur a permis

¹⁹³ *Union of India and Ors c./ Lief Hoegh Co (Norway)*, IX Y.C.A. 405(1984).

¹⁹⁴ XXII Y.C.A. 711 (1997).

¹⁹⁵ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 56-7.

¹⁹⁶ Dan C. Hulea, « Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective », 29 *Brooklyn J. Int'l L.* 313, (2003), p. 322.

d'éviter des problèmes en matière de réserve de réciprocité. Néanmoins, le recours aux droits internes pour l'interprétation de la réserve de réciprocité a abouti à des interprétations variées.

En second lieu, la Convention de 1958 impose aux pays signataires de déclarer qu'ils l'appliqueront uniquement aux différends commerciaux prévus par leurs lois nationales. Cette disposition soumet l'exécution des sentences arbitrales étrangères à la législation du pays où l'exécution est recherchée. Il est donc évident que l'interprétation du terme « *commercial* » devrait varier d'un pays à un autre, puisqu'elle obéit au droit national. Il en résulte une inexistence d'unification d'application de la Convention de New York de 1958. Enfin, après avoir abordé les dispositions prévues par l'article I de la Convention de New York, il convient d'examiner maintenant la procédure d'exécution de la sentence arbitrale prévue par la Convention de New York de 1958 (**Section II**).

Section II : La procédure en vue de l'exécution de la sentence arbitrale selon la Convention :

L'article III de la Convention de New York prévoit que : « *1-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* » (**Paragraphe I**).

L'article IV prévoit que : « *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 (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Les règles procédurales de la Convention :

L'article III de la Convention de New York se décompose en deux parties. La première partie exige que les Etats contractants reconnaissent et exécutent les sentences arbitrales conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée. Ces règles sont subordonnées aux conditions posées par la Convention de New York. Ainsi, les règles procédurales du pays d'exécution ne seront pas appliquées, si elles contreviennent aux conditions d'exécution prévues par la Convention de New York (**Sous-Paragraphe 1**).

La seconde partie interdit aux Etats contractants de distinguer les sentences arbitrales étrangères, en imposant des conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que les conditions mises en place pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internes (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1 : L'application des règles procédurales :

Au cours de la rédaction de la Convention de New York de 1958, certaines délégations ont exprimé le souhait d'insérer des règles de procédure d'application uniforme relatives à l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹⁹⁷. Toutefois, la majorité des représentants avaient constaté la difficulté de mettre en place une procédure uniforme dans tous les pays membres, en raison des grandes différences que présentent les lois de procédure d'un pays à l'autre.

¹⁹⁷ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 234.

En plus, même si la Convention de New York met en place une procédure commune d'exécution des sentences arbitrales étrangères, son interprétation risque pour autant de différer d'un Etat à l'autre, en fonction des lois procédurales nationales. Par conséquent, la Convention n'instaure pas de règles de procédure qui s'appliquent en matière d'exécution des sentences arbitrales étrangères.

L'article III accorde donc aux pays membres de la Convention, le droit de mettre en place des règles de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères applicables sur leurs territoires nationaux. Pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, les législations nationales peuvent recourir à trois sources différentes¹⁹⁸ :

- Le texte relatif à l'exécution de la Convention de New York de 1958 ;
- Le texte relatif à l'arbitrage commercial international ;
- La loi arbitrale générale nationale.

La première source est le texte relatif à l'insertion de la Convention de New York et à l'exécution des sentences arbitrales¹⁹⁹. C'est le cas par exemple du Royaume-Uni²⁰⁰ et des Etats-Unis²⁰¹ qui s'y réfèrent. Dans ces pays, une loi doit ainsi être adoptée, afin d'intégrer un traité dans le droit national.

Dans le deuxième cas de figure, la procédure d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère est identique à celle relative à l'exécution d'une décision étrangère²⁰². Ces pays peuvent être divisés en deux groupes : le premier donne des détails spécifiques à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, tel est le cas par exemple de la France²⁰³. La seconde traite exactement de la même manière l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère et

¹⁹⁸ ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, *International Council for Commercial Arbitration*, (2011) p. 69.

¹⁹⁹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 236.

²⁰⁰ UK Arbitration Act 1996

²⁰¹ US Federal Arbitration Act 1925

²⁰² Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 237.

²⁰³ Décret No. 2011-48 du 13 Janvier 2011.

l'exécution d'une décision judiciaire étrangère, en appliquant une seule et même procédure. C'est le cas du Qatar²⁰⁴.

La troisième possibilité correspond aux pays où l'exécution d'une sentence relevant de la Convention est identique à l'exécution des sentences nationales. C'est le cas du Japon²⁰⁵. En conséquence, il existe de profondes divergences et une grande diversité de procédures entre les pays membres. Il est donc impossible d'imposer une seule et même procédure, uniforme à tous les pays²⁰⁶.

L'article III de la Convention exige que les Etats contractants reconnaissent et exécutent les sentences arbitrales étrangères, conformément aux règles de procédure du territoire dans lequel la reconnaissance et l'exécution de la sentence sont recherchées. Pourtant, cet article permet à ces pays d'appliquer leurs lois de procédure à d'autres questions d'ordre secondaire, relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères et non prévues par la Convention elle-même²⁰⁷.

Ainsi, la partie qui demande l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, sur le fondement de la Convention de New York, doit se conformer aux conditions prévues à l'article IV de ladite Convention. En outre, les délais constituent un dispositif procédural qui n'est pas réglementé par la Convention de New York. Néanmoins, l'article III fournit une base pour la détermination de ces délais qui sont laissés à la charge des juridictions étatiques, dans lesquelles ceux-ci sont différents d'un Etat à un autre (Ce délai est de deux ans au Canada²⁰⁸, dix ans en Suisse²⁰⁹, ou encore treize ans en Allemagne²¹⁰). Cet article interdit également d'imposer des conditions rigoureuses (**Sous-Paragraphe 2**).

²⁰⁴ Article 379-381 du Code civil du Qatar de 2004.

²⁰⁵ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 237.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 238.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 240.

²⁰⁸ *Yugraneft Corp. c./ Rexx Management Corp.*, 31 B.L.R. (4th) 168 (2007); XXXIII Y.C.A. 433(2008).

²⁰⁹ Article 137, Swiss Law of Obligations. Voir aussi Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2nd edn (Zurich: Schulthess, 1988), 468.

²¹⁰ S. 197(1), subs. 2 du ZPO allmend.

Sous-Paragraphe 2 : L'interdiction d'imposer des conditions plus rigoureuses :

Au cours de la rédaction de la Convention, la délégation belge a soumis un projet qui était soutenu notamment par les Etats-Unis, selon lequel les règles de procédure pour l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère devaient être les mêmes que celles applicables à l'exécution d'une sentence arbitrale nationale²¹¹.

Toutefois, la majorité des autres délégations n'a pas voulu qu'une procédure nationale, relative aux sentences nationales, s'applique aux sentences étrangères. Selon ces dernières, les règles de procédure applicables au niveau interne à l'exécution des sentences nationales étaient différentes de celles applicables aux sentences arbitrales étrangères²¹².

L'article III fournit donc aux pays contractants la possibilité de mettre en place des règles de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères différentes de celles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales nationales, à condition que ces règles n'imposent pas d'exigences sensiblement plus rigoureuses ou des frais sensiblement plus élevés que ceux applicables aux sentences nationales²¹³.

Ainsi, dans l'affaire *Yugraneft Corporation c./ Rexx Management Corporation*,²¹⁴ la CCI avait rendu une sentence en Russie, le 6 Septembre 2002. Trois ans après, vers le 27 Janvier 2006, le demandeur sollicitait la reconnaissance et l'exécution de la sentence en Alberta, au Canada. La Cour d'appel d'Alberta a interprété la Section 3 de la loi canadienne de 2000, en concluant que le délai applicable pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères était de deux ans, c'est-à-dire la même période que celle prévue par la loi locale relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales nationales. Il en résulte que l'interprétation faite par la Cour d'appel d'Alberta est tout à fait

²¹¹ UN DOC E/CONF. 26/SR.10.

²¹² Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 236.

²¹³ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.120.

²¹⁴ Stephan Bond et Feredric Bachand, « International Arbitration Court Decisions », 3^{ème} Edition, (2011), p. 172; ABCA 274 (2008).

conforme aux dispositions de la Convention de New York de 1958. En outre, la Cour suprême canadienne a confirmé la décision rendue par la Cour d'appel d'Alberta²¹⁵.

En revanche, certains auteurs affirment que l'article III n'exigerait pas qu'un pays membre applique les mêmes règles de procédure, en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales nationales et étrangères²¹⁶. La question qui se pose ici est celle de savoir s'il est possible, selon la Convention de New York, d'imposer des conditions plus rigoureuses, dès lors qu'elles ne le sont pas sensiblement plus rigoureuses. Le cas ne s'est pas encore présenté en jurisprudence.

Toutefois, l'objectif général de la Convention est de faciliter l'exécution des sentences arbitrales étrangères et les Etats contractants ne sont pas obligés d'imposer des règles plus rigoureuses que celles prévues par la Convention elle-même²¹⁷. Néanmoins, des conditions doivent exister pour permettre au demandeur de demander la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale (**Paragraphe II**).

Paragraphe II : Les conditions imposées au demandeur :

Selon l'article IV de la Convention de New York, les conditions de preuve formelle doivent être remplies, afin de pouvoir bénéficier des dispositions de la Convention de New York relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales²¹⁸. Ces conditions, prévues à l'article IV, pèsent sur la partie qui sollicite l'exécution de la sentence arbitrale. L'objectif est de mettre en place des conditions uniformes internationales, des règles standardisées et transparentes et d'éviter les oppositions à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales pour des difficultés de preuve²¹⁹.

Ainsi, selon l'article IV al.1^{er}, il incombe à la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence d'en fournir l'original dûment authentifié de la sentence ou une

²¹⁵ Cour suprême du Canada, affaire *Yugraneft c/ Rexx Management*, 240 CSC 19, [2010] 1 RCS 649.

²¹⁶ Emilia Onyema, « Formalities of the Enforcement procedure '(Article III and IV)' », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 602

²¹⁷ *Ibid.*, p. 604.

²¹⁸ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 2702.

²¹⁹ *Ibid.*

copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité (**Sous-Paragraphe 1**).

Par ailleurs, l'alinéa 2 de ce même article, stipule qu'il incombe aussi au demandeur, dans la mesure du nécessaire, de fournir une traduction officielle de la convention d'arbitrage et de la sentence. La partie qui sollicite l'exécution de la sentence doit fournir la preuve que ces conditions ont été respectées pour obtenir l'exécution de la sentence²²⁰ (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1 : Les conditions d'authentification et de certification

Ces conditions d'authentification et de certification des documents doivent intervenir conformément aux dispositions de l'article IV. Néanmoins, cet article a posé un certain nombre de difficultés. Mais, le processus d'élaboration de la Convention de New York est éclairant pour répondre à ces questions.

L'article IV prévoit les conditions formelles nécessaires à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Il précise les éléments de preuve que la partie qui recherche l'exécution doit rapporter. Dans ce sens, cet article se rapproche de l'article 4 de la Convention de Genève de 1927, relative à l'exécution des sentences arbitrales étrangères²²¹.

Selon cette Convention, la partie qui demande l'exécution de la sentence doit fournir les pièces et renseignements nécessaires pour établir la nature finale de la sentence rendue.

²²⁰ Albert Jan van den Berg, « The New York Convention of 1958: An Overview », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 55.

²²¹ Article 4 de la Convention de Genève de 1927 relative à l'exécution des sentences arbitrales étrangères :

« La partie qui invoque la sentence, ou qui demande l'exécution, doit fournir notamment:

(1) L'original de la sentence ou une copie réunissant, d'après la législation du pays où elle a été rendue, les conditions requises pour son authenticité;

(2) Les pièces et renseignements de nature à établir que la sentence est devenue définitive dans le sens déterminé à l'article premier, lit. (d), dans le pays où elle a été rendue;

(3) Le cas échéant, les pièces et renseignements de nature à établir que les conditions prévues à l'article premier, al. 1 et al. 2, lit. (a) et (c), sont remplies.

Il peut être exigé de la sentence et des autres pièces mentionnées dans cet article une traduction faite dans la langue officielle du pays où la sentence est invoquée. Cette traduction doit être certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire du pays auquel ressortit la partie qui invoque la sentence ou par un traducteur assermenté du pays où la sentence est invoquée. »

Toutefois, la majorité des législations nationales ne donne pas davantage de précisions relatives à la nature définitive de la sentence, et se limitent à la déclaration de la nature exécutoire de celle-ci. Il s'agit du « *double exequatur* », selon lequel il incombe à la partie qui sollicite l'exécution de suivre les règles d'exécution du pays où la sentence a été rendue, en sus des lois du pays d'exécution²²².

Les rédacteurs de la Convention de New York de 1958 ont tenté de simplifier les restrictions contenues dans la Convention de Genève. Initialement, l'article IV était l'article V dans le projet de la Convention de New York et prévoyait que la partie demandant la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère devait soumettre : (a) l'original de la sentence ou une copie authentifiée ; (b) des documents ou tout autre élément de preuve démontrant que les conditions prévues par les articles I et III sont réunies. Les documents doivent être traduits dans la langue officielle du pays où la sentence doit être exécutée²²³. Pour cela, la condition du « *double exequatur* » a donc été supprimée dans la Convention de New York.

De plus, la Convention de New York ne comporte pas de condition, telle que celle prévue par l'article 4 al.1^{er} de la Convention de Genève de 1927, selon laquelle l'authentification doit intervenir conformément aux conditions prévues par le pays où la sentence a été rendue. L'objectif principal de la Convention de New York était de simplifier la procédure d'authentification, afin que les juridictions du pays où l'exécution est requise, puissent trancher la question de l'authentification²²⁴. L'article IV a été adopté, afin de gérer les conditions formelles sans qu'il soit nécessaire de prouver la réunion d'autres conditions. Nous allons dans un premier temps procéder à l'étude de la question de la notion d' « authentification » (**A**), avant de passer ensuite à l'étude du terme « certification » (**B**), pour enfin déterminer l'autorité compétente pour certifier ou authentifier un document (**C**). Mais, la question qui se pose enfin est celle de savoir est-ce que la soumission aux dispositions de l'article IV de la Convention de New York est obligatoire ou pas (**D**) ?

²²² Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 145.

²²³ *Ibid.*, p. 146.

²²⁴ *Ibid.*, p. 147.

A- L'authentification :

Selon la procédure d'exécution prévue par la Convention de New York, l'authentification de la sentence arbitrale est nécessaire. Le terme « authentification » signifie que la sentence arbitrale est un document authentique, qui n'a pas été falsifié, et qu'il a bien été établi par des arbitres. En pratique, il est rare que cela soulève des difficultés²²⁵.

La Convention de New York ne précise pas la loi applicable pour la condition d'authentification. Elle n'indique pas non plus si la condition d'authentification dépend du pays où la sentence a été rendue ou du pays où la reconnaissance et l'exécution sont recherchées²²⁶. Ainsi, la Cour suprême autrichienne, dans une première décision rendue en 1969 a expressément estimé que l'authentification devait intervenir conformément soit à la loi du pays où la sentence a été rendue, soit à celle du pays où son exécution est recherchée²²⁷.

La loi indienne de 1996 relative à l'arbitrage et à la conciliation prévoit, dans son article 47 al. 1^{er}(a), que la sentence doit être authentique, conformément aux dispositions de la loi du pays où elle a été rendue. En revanche, la juridiction italienne préfère appliquer le droit du pays d'exécution, pour savoir si l'authentification est réalisée²²⁸. Il en est ainsi du Brésil²²⁹. Ainsi, l'interprétation du terme d'authentification varie d'un pays à autre, parce qu'il n'existe pas de définition de ce terme dans la Convention de New York, ce qui a conduit à diverses application des dispositions de la Convention de New York. Mais, qu'en-est-il en matière de certification (**B**) ?

²²⁵ « ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges », *International Council for Commercial Arbitration*, (2011) p. 72.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Oberster Gerichtshof, 11 juin 1969; II *Y.C.A.* 232 (1977).

²²⁸ Corte di Cassazione, *Societa Distillerie Meridionali (SODIME) c./ Schuurmans & Van Ginneken BV*, XXI *Y.C.A.* 607 (1996).

²²⁹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 179.

B- La certification :

La certification doit être distinguée de l'authentification de l'original de la sentence, ce qui constitue la procédure permettant de garantir que la copie est conforme à l'original, tandis que l'authentification de l'original dépend de la signature des parties qui prouve le caractère authentique, non falsifié du document²³⁰. L'objectif de la certification est donc de prouver que la copie de la sentence est identique à l'original²³¹.

La Convention de New York ne précise pas la loi applicable en la matière. Il ressort manifestement du projet de la Convention que les différents délégués ont entendu permettre aux pays d'exécution de choisir entre la loi du pays où la sentence a été rendue et la loi du pays d'exécution, pour déterminer la procédure de certification²³². Il s'avère donc que l'interprétation du terme certification se différencie d'un Etat à l'autre, parce qu'il n'existe pas de loi précise applicable à ce terme dans la Convention de New York de 1958, ce qui aboutit à diverses applications de cette Convention. Mais, quelle autorité a le droit d'authentifier ou de certifier ces documents (C) ?

C- L'autorité compétente pour authentifier ou certifier les documents.

La Convention de New est silencieuse sur les autorités compétentes pour authentifier ou certifier les sentences arbitrales, dont la reconnaissance ou l'exécution sont recherchées. La loi applicable détermine si l'authentification doit émaner d'une autorité publique ou privée. Si cette procédure est considérée comme un acte public, dans ce cas, seule une personne ou une institution de droit public peut valider l'authentification²³³. Ainsi, au Japon, la Cour de Tokyo a autorisé l'exécution d'une sentence arbitrale authentifiée par le ministère des affaires étrangères du pays où la sentence avait été rendue, sans prendre en considération la loi applicable à la procédure d'authentification²³⁴.

²³⁰ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 251.

²³¹ « ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges », *International Council for Commercial Arbitration*, (2011), p. 74.

²³² Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, P.179

²³³ *Ibid.*, p.183.

²³⁴ XX Y.C.A. 742 (1995).

Dans l'affaire *Renusagar Power Co. c./ General Electric Co.*,²³⁵ la Haute Cour de Bombay a refusé l'authentification établie par un officier de la CCI, au motif que cette Chambre n'avait aucune prérogative de puissance publique, pour authentifier une sentence qu'elle rendait. Il aurait fallu obtenir l'authentification soit de la part des autorités françaises, soit de la part des autorités indiennes. En revanche, les juridictions américaines tendent à accepter la production de la copie conforme de la convention d'arbitrage par la partie requérante, ainsi qu'une copie certifiée conforme de la sentence arbitrale par l'officier de l'institution arbitrale²³⁶.

Ainsi, le silence de la Convention de New York sur la question de détermination de l'autorité compétente en matière d'authentification ou de certification des documents prévues par les dispositions de l'article IV de la Convention, conduit à diverses interprétations de la Convention par les différents Etats membres. Par conséquent, l'objectif recherché par cette Convention visant l'unification d'application de la Convention est loin d'être atteint. Mais, la question qui se pose enfin est celle de savoir est-ce que le demandeur doit absolument soumettre ces documents, conformément aux dispositions de l'article IV de la Convention de New York (**D**)?

D- Les conditions de soumission sont-elles obligatoires ?

Il s'agit de savoir si, le demandeur doit impérativement réunir l'ensemble des conditions prévues par l'article IV, pour que sa demande en exécution soit acceptée. Ces dernières sont les seules que la partie qui recherche l'exécution de la sentence arbitrale doit satisfaire. Le texte de l'article IV dispose que : « *la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande...* ». De plus, ces conditions priment sur celles prévues par les législations nationales en matière d'exécution des sentences arbitrales étrangères²³⁷. La Convention de New York exclut donc la possibilité pour les parties de modifier dans le contrat les conditions d'exécution des sentences arbitrales étrangères.

²³⁵ XVI Y.C.A. 553(1991).

²³⁶ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 186.

²³⁷ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 248.

En 1972, la Cour de La Haye au Pays-Bas a souligné la force obligatoire de l'article IV²³⁸. Selon elle, le demandeur doit fournir soit l'original, soit la copie certifiée conforme de la sentence arbitrale pour l'exécution de la convention d'arbitrage. En outre, en 1976, la Cour d'appel de Koln en Allemagne a refusé l'exécution sollicitée pour défaut de copie conforme de la sentence arbitrale²³⁹.

De même, les juridictions italiennes ont affirmé que les conditions prévues par l'article IV de la Convention étaient obligatoires et devaient être réunies pour l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère²⁴⁰. Dans une autre affaire, la Cour suprême Italienne a répété, à plusieurs reprises, la nécessité de respecter les conditions prévues à l'article IV et l'obligation de produire l'original de la convention d'arbitrage ou une copie conforme, pour obtenir l'exécution de la sentence arbitrale étrangère, sous peine de refus d'exécution²⁴¹.

Toutefois, l'effet contraignant de l'article IV n'a pas empêché plusieurs juridictions d'accepter de nouvelles requêtes d'exequatur après que les parties aient soumis des requêtes non conformes aux conditions requises. Ainsi, dans l'affaire *Imperial Ethiopian Government c./ Baruch Foster Corp.*²⁴², la Cour d'appel américaine en 1976 a rejeté la réclamation du défendeur qui sollicitait le rejet de la requête d'exequatur du demandeur, pour défaut d'original authentique ou de copie certifiée de la sentence arbitrale, au motif que le demandeur avait rectifié cette erreur en soumettant une nouvelle requête d'exequatur, dans laquelle les conditions de l'article IV de la Convention étaient bien réunies. Par conséquent, l'expression « *en même temps que la demande* » contenue dans l'article IV ne doit pas être interprétée de manière restrictive et doit permettre au demandeur de compléter sa requête, afin de se mettre en conformité avec les conditions procédurales²⁴³.

De même, il appartient aux juridictions des pays où les législations nationales n'exigent pas du demandeur de fournir l'original de la convention d'arbitrage ou une copie certifiée conforme, de délivrer les parties de ces conditions pour imposer des conditions

²³⁸ Rechtbank La Haye, 23 Juin 1972, Weinstein Int'l Corp. c./ Nagtegaal N.V., V Y.C.A 269 (1980).

²³⁹ Oberlandesgericht Koln, 10 June 1976, IV Y.C.A. 258 (1979).

²⁴⁰ Corte di Cassazione, *Srl Campomarzio Impianti c./ Lampart Vegypary Gepgyar*, XXIVa Y.C.A. 698 (1999).

²⁴¹ Italy: Corte di Cassazione, Première Chambre Civile, 23 Juillet 2009, no. 17291, *Microwave s.r.l. in liquidation c./ Indicia Diagnostics S.A.*, XXXV Y.C.A. 418 (2010).

²⁴² U.S. Cour d'appel, (5th Cir.) 19 Juillet 1976, p.336.

²⁴³ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 249.

beaucoup plus libérales et cela conformément aux dispositions de l'article VII de la Convention de New York. C'est le cas par exemple des juridictions allemandes qui ont, à plusieurs reprises, retenu qu'il incombait aux parties sollicitant l'exécution de la sentence arbitrale de fournir l'original ou la sa copie conforme, sans nécessairement fournir l'original ou la copie conforme de la convention d'arbitrage²⁴⁴.

En revanche, la Convention n'a pas prévu de dispositions particulières pour répondre à la question de savoir si la personne qui demande l'exécution ou la reconnaissance de la sentence arbitrale, doit soumettre ses documents aux dispositions de l'article IV de la Convention. Cette situation a engendré une différenciation d'interprétation de cette question par les Etats membres, ce qui empêche l'unification d'application de cette Convention. Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article IV de la convention exige dans la mesure du possible, de fournir une traduction officielle des documents (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 2 : La traduction :

Le second alinéa de l'article IV dispose que 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 documents dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un organisme diplomatique ou consulaire.

La condition de soumettre une traduction authentique de la sentence rédigée en langue étrangère permet aux juridictions compétente d'en comprendre le contenu. Si la clause arbitrale se trouve dans le contrat, il n'est pas nécessaire de fournir une traduction de l'intégralité du contrat. Seules les stipulations pertinentes et relatives à la convention d'arbitrage sont à traduire²⁴⁵. Cette disposition soulève deux sortes de questions :

La première est celle de savoir si la traduction doit être fournie dans tous les cas où une langue étrangère est utilisée. Selon l'article 4 al.2 de la Convention de Genève, une

²⁴⁴ Oberlandesgericht, Munich, 12 October 2009, *Swedish Seller c./ German Buyer*, XXXV Y.C.A. 383 (2010).

²⁴⁵ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 193.

traduction peut être demandée. La Convention de New York dispose, dans son article IV al.2, que la partie qui recherche l'exécution « *aura à produire une traduction de ces documents dans cette langue* ».

Toutefois, la condition de la traduction obligatoire des documents relatifs à la convention d'arbitrage et la sentence arbitrales est considérée comme archaïque, parce qu'aujourd'hui la majorité des sentences arbitrales internationales sont rédigées en anglais, et en général les juges comprennent bien cette langue. Il aurait donc été sans doute préférable d'adopter la solution souple prévue par la Convention de Genève, et ce d'autant plus que le coût des traductions est extrêmement élevé et que les sentences arbitrales sont souvent très longues²⁴⁶.

La partie qui sollicite l'exécution de la sentence arbitrale rédigée en langue étrangère, n'a donc pas à fournir la traduction officielle de la sentence si la juridiction d'exécution connaît la langue utilisée et l'exonère de l'obligation de produire une traduction²⁴⁷. A l'inverse, si la juridiction exige la traduction ou que l'autre partie, quelle qu'en soit la raison, l'exige aussi, il incombe à la partie qui demande l'exécution de fournir une traduction officielle.

En pratique, certaines juridictions nationales exigent une traduction des documents. Dans une ancienne affaire hollandaise²⁴⁸, le juge de la Cour de La Haye a considéré la condition de soumission d'une traduction officielle comme une condition obligatoire, conformément à la Convention de New York, et a conclu que l'absence de traduction des documents s'analysait comme la volonté de la partie requérante de voir appliquer la loi nationale.

Toutefois, certaines législations nationales, mises en place après l'adoption de la Convention de New York, insistent sur la nature obligatoire de la traduction. La section 47 al.2 de la loi arbitrale indienne 1996 dispose que la partie qui demande l'exécution doit fournir la traduction en anglais, rendant implicitement obligatoire cette traduction.

²⁴⁶ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 258.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 259.

²⁴⁸ *Weinstein International Corp. c./ Negtegaal N.V.*, V Y.C.A. 269(1980) (Cour de La Haye, Pays-Bas).

Cependant, la Cour suisse a retenu que la traduction n'était pas obligatoire, dans la mesure où la sentence était rédigée dans l'une des langues officielles de la Suisse, même si la sentence devait être exécutée dans une partie du pays où cette langue n'était pas la langue officielle²⁴⁹. En l'espèce, elle a retenu que la soumission d'une sentence en langue française était suffisante pour que cette dernière soit exécutée dans la partie allemande de la Suisse.

La seconde question qui se pose est celle relative à la nature authentique de la traduction. L'objectif de cette condition est d'apporter des garanties de fiabilité des documents. Ainsi, la Cour suprême de la Corée du Sud a retenu que la certification devait seulement démontrer que la traduction était celle d'une sentence arbitrale, sans forcément démontrer le caractère exact de la traduction²⁵⁰. De plus, elle a affirmé que le traducteur assermenté qui certifie le document ne doit pas nécessairement procéder lui-même à la traduction de la sentence.

Toutefois, la Cour Supérieure de Zug en Suisse a retenu, pour sa part, qu'une traduction certifiée impliquait que la personne ou l'institution compétente avait vérifié la qualité de la traduction et son caractère exact, ce qui impliquait donc une maîtrise de la langue en question²⁵¹. De surcroît, une autre juridiction suisse a affirmé que si le défendeur acceptait la traduction présentée comme correcte et valable, il n'était plus nécessaire de fournir à la Cour une traduction certifiée²⁵². L'approche suisse est donc plutôt favorable à l'objectif initial de cette procédure de traduction, qui est avant tout de garantir la qualité et le sens authentique de la traduction.

En guise de conclusion, selon l'article III de la Convention de New York, les règles qui prévalent, sont les règles procédurales du pays d'exécution de la sentence arbitrale étrangère, et qui s'appliquent en tenant compte de l'exception des conditions procédurales spécifiques imposées vis-à-vis du demandeur, conformément aux dispositions de l'article IV de cette Convention²⁵³. De plus, selon l'article III, les Etats contractants peuvent mettre en

²⁴⁹ Appellationsgericht Basel-Stadt, SJZ 2005, 177.

²⁵⁰ *Adviso N.V. c./ Korea Overseas Construction Corp.*, XXI Y.C.A. 612 (1996), Cour Suprême, Corée du Sud.

²⁵¹ Obergericht Zug, SJZ 2000, XXIX Y.C.A. 805(2004).

²⁵² Cour de Justice de Genève, YCA XXVI Y.C.A. 863(2001).

²⁵³ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 120.

place des règles de procédure différentes et relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales nationales, dès lors que les conditions applicables aux sentences étrangères ne sont pas sensiblement plus rigoureuses que celles applicables aux sentences nationales.

De surcroît, la Convention de New York n'a pas adopté les suggestions présentées au cours de la rédaction de la Convention et proposant une procédure internationale uniforme de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères²⁵⁴. Ainsi, l'efficacité de la Convention dépend des lois arbitrales nationales²⁵⁵. En conséquence, une partie de la doctrine a qualifié la procédure d'exécution de l'une des moins pertinentes dispositions de la Convention de 1958²⁵⁶.

Par ailleurs, l'application diversifiée de la Convention est la conséquence directe des dispositions issues de l'article III de la Convention de New York, puisque cet article permet le recours aux lois nationales pour la détermination de la procédure applicable. Par exemple, en la matière, les législations nationales précisent les délais relatifs à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ces délais variant d'un pays à autre.

Il est donc urgent de mettre en place une loi type susceptible de couvrir l'ensemble des différentes procédures, pour remédier ainsi au problème de l'existence de différentes procédures qui s'appliquent en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Cette loi type permettrait d'harmoniser l'exécution des sentences arbitrales étrangères, sur le fondement de la Convention de New York.

En ce qui concerne l'article IV de la Convention de New York, il pose les conditions nécessaires imposées sur le demandeur pour l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Cet article tend donc à mettre en place des conditions uniformes pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Mais, le résultat en pratique est mitigé, dès lors qu'il ne détermine pas les éléments nécessaires à l'application de ces conditions ou la loi applicable

²⁵⁴ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 2709.

²⁵⁵ William W. Park, « The International Currency of Arbitral Currency Awards », *756 PLI/Lit* 309 (2007), p. 315.

²⁵⁶ Michael Pryles, « Reservation Available to Member States: The Reciprocal and Commercial Reservation », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 161.

en la matière. Par conséquent, l'article IV de la Convention s'applique différemment d'un pays à un autre, en fonction des différentes lois nationales. Ainsi, l'objectif d'application uniforme de la norme n'a pas été atteint. Il convient à présent d'examiner la question de l'élargissement du champ d'application de la Convention de New York (**Section III**).

Section III :

L'élargissement du champ d'application de la Convention de New York.

L'article VII de la Convention de New York prévoit que : « *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* ».

Le premier alinéa de cet article comporte deux dispositions. La première accorde aux parties la liberté de fonder leur demande d'exécution d'une sentence sur la loi nationale la plus favorable, portant sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères ou sur un autre traité que la Convention de New York. Cette disposition présente un aspect positif²⁵⁷ (**Paragraphe I**).

La deuxième disposition prévoit que la Convention de New York ne porte pas atteinte à la validité des accords multilatéraux et bilatéraux, conclus en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales. Selon cet article, la Convention de New York établit

²⁵⁷ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 81.

donc un nouveau régime d'exécution des sentences arbitrales étrangères, mais ne tend en aucun cas à remplacer les autres traités portant sur ce sujet²⁵⁸ (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : La liberté d'une partie de choisir une loi nationale plus favorable :

Il appartient à une partie qui réclame l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère de fonder sa requête sur la Convention de New York. De même, elle peut, comme l'affirme cette Convention, se fonder sur des traités ou sur des lois nationales plus favorables ou *plus préférables*, relatives à l'exécution de la sentence arbitrale²⁵⁹. Ainsi, le demandeur peut se fonder sur des lois plus favorables que la Convention de New York. Une partie de la doctrine considère cet article comme « *le plus favorable* » à l'exécution des sentences arbitrales²⁶⁰. Par exemple, les juridictions américaines invoquent l'article VII al.1 de la Convention de New York pour justifier l'application de la loi nationale la plus favorable à l'exécution de la sentence arbitrale, au lieu des dispositions prévues par la Convention de 1958²⁶¹.

Cette disposition favorable est une conséquence directe de l'une des objectifs recherchés par la Convention de 1958, qui facilite l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Elle offre un compromis consistant, dans le cas où les conditions prévues par la Convention ne sont pas réunies, la sentence peut toujours être exécutée selon les conditions d'une loi nationale ou d'un traité international plus favorable à l'exécution de la sentence arbitrale²⁶².

Ainsi, la Cour d'appel de Cologne a relevé que les dispositions prévues par l'article VII al.1 permettent à la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution d'une sentence

²⁵⁸ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 444.

²⁵⁹ B. Moreau et Th. Bernard, « Droit interne et droit international de l'arbitrage », Paris, *J Delmas*, 2^{ème} édition, (1985), p. 107.

²⁶⁰ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 81.

²⁶¹ Amber A. Ward, « Circumventing the Supremacy Clause? Understanding the Constitutional Implications of the United States' Treatment of Treaty Obligations Through an Analysis of the New York Convention », *7 San Diego Int'l L.J.* 491, (2006), p. 494.

²⁶² Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 82.

arbitrale étrangère, d'avoir davantage de chance de voir sa sentence reconnue et exécutée, selon les dispositions de la loi nationale « *la plus favorable* » du pays d'exécution de la sentence, par rapport à la Convention de New York²⁶³. L'idée est donc de garantir l'exécution des sentences arbitrales étrangères le plus souvent possible²⁶⁴. Par exemple, le délai de prescription de trois ans prévu par la Convention de New York, ne s'applique pas lorsque ceux prévus par les législations nationales sont plus favorables à l'exécution (moins courts).

L'avantage principal de l'article VII al.1 de la Convention de New York, est de permettre à une juridiction étatique de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale, dans des conditions plus favorables par rapport à celles qu'il prévoit lui-même. Cet article a donc permis à la doctrine et à la jurisprudence de rénover le système légal arbitral international, en privilégiant l'approche la plus favorable à l'exécution de la sentence arbitrale²⁶⁵. Ainsi, sans l'article VII al.1, l'exécution des sentences aurait été plus difficile. Il semble que les rédacteurs de la Convention de 1958 n'aient pas privilégié l'uniformité de l'application de celle-ci, en permettant aux parties de recourir à une législation nationale plus favorable à l'exécution d'une sentence arbitrale.

Mais, plusieurs questions se posent ici : premièrement, celle de savoir si les parties ont le droit de combiner les dispositions « *les plus favorables* » à l'exécution de la sentence arbitrale, avec les lois nationales (**Sous-Paragraphe 1**) ? Deuxièmement celle relative au fait de savoir qui des deux parties aura le droit d'invoquer la disposition la plus favorable à l'exécution de la sentence arbitrale (**Sous-Paragraphe 2**) ? Troisièmement la question des rapports entre la Convention de New York aux autres traités internationaux (**Sous-Paragraphe 3**) ? Et enfin les liens existant entre les dispositions prévues par cette Convention, surtout entre les articles V et VII (**Sous-Paragraphe 4**) ?

Sous-Paragraphe 1 : La combinaison des dispositions de la Convention avec d'autres lois nationales :

²⁶³ Oberlandesgericht de Cologne, 10 Juin 1976.

²⁶⁴ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 83.

²⁶⁵ V.V. Veeder, « Is there a Need to Revise the New York Convention? » 1 *Journal of International Dispute Settlement*, (2010), p. 505.

Les juridictions nationales ont de plus en plus souvent recours aux lois internes et à d'autres Conventions internationales, pour l'exécution des sentences arbitrales, notamment lorsque l'exécution s'avère difficile, en application de la Convention de New York. Dans l'application des législations nationales ou d'autres traités internationaux, les juridictions ne se limitent pas toujours à un seul régime juridique. La question se pose alors de savoir si les dispositions de l'article VII al.1 de la Convention de 1958 autorisent le recours à un seul ou plusieurs régimes juridiques « *plus favorables* » à l'exécution des sentences arbitrales ²⁶⁶?

En pratique, il appartient à la partie qui recherche l'exécution de la sentence, de se fonder d'une part, sur la Convention de New York, et d'autre part, sur les dispositions prévues par les lois nationales²⁶⁷. Néanmoins, selon un certain nombre d'auteurs, il n'est pas permis d'opter pour les dispositions les plus favorables de la Convention et des lois nationales pour les combiner dans le cadre d'une requête en exécution de la sentence arbitrale²⁶⁸. Il appartient donc aux parties de se fonder sur d'autres traités ou lois nationales, à titre subsidiaire pour l'exécution d'une sentence. Par exemple, le demandeur qui cherche à exécuter la sentence ne peut pas combiner les dispositions les plus favorables prévues par la loi nationale et par la Convention de New York, pour d'une part appliquer la loi nationale pour déterminer la validité d'une convention d'arbitrage, et d'autre part, en bénéficier en même temps des dispositions les plus favorables de la Convention de New York²⁶⁹.

C'est à raison que les juridictions nationales ont refusé de combiner les dispositions des différents systèmes légaux. Ainsi, la Cour d'appel américaine a rejeté une tentative d'appliquer plusieurs éléments (considérés comme favorables à l'exécution de la sentence), issus à la fois de la loi nationale et de la Convention de New York.

²⁶⁶ D. W. Rivkin, « The Enforcement of Awards nullified in the Country of Origin: The American Experience », dans Albert Jan van den Berg, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, (ICCA congress series no.9), *Kluwer Law International*, (1999), p. 533.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 448.

²⁶⁹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 86.

De même, la Cour de Rotterdam a souligné que le recours à une ou plusieurs lois nationales « *plus favorables* » à l'exécution de la sentence arbitrale, exclut le recours à la Convention de New York²⁷⁰.

Toutefois, selon Monsieur Fouchard, Monsieur Gaillard et Monsieur Goldman, l'admissibilité d'une application combinée de plusieurs règles favorables à l'exécution de la sentence, provenant de différentes sources légales, est possible et peut être indirectement inspirée d'un jugement rendu par le tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Denysiana*²⁷¹. En l'espèce, cette affaire portait sur les formalités nécessaires à l'obtention d'une reconnaissance ou d'une exécution d'une sentence arbitrale, selon les dispositions de la Convention de New York ou de la Convention franco-suisse du 15 juin 1969. Le tribunal fédéral s'est limité aux dispositions de l'article VII al.1 selon lequel, en cas de pluralité de dispositions légales, portant sur la reconnaissance et sur l'exécution d'une sentence arbitrale ou sur la Convention de New York, il faut privilégier les dispositions qui facilitent la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale, soit parce qu'elles sont plus libérales, soit parce qu'elles offrent une procédure plus simple²⁷². Cette distinction entre les dispositions formelles et procédurales, pourrait impliquer une autorisation de combiner les deux systèmes légaux.

De plus, les juridictions allemandes ont clairement autorisé, dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale, la combinaison de plusieurs dispositions légales. Ainsi, la Cour d'appel de Cologne a accordé l'exécution d'une sentence arbitrale, bien que le demandeur n'ait pas rapporté les documents requis par l'article IV de la Convention de New York. En se fondant sur l'article VII de la Convention de 1958, qui favorise l'application d'une loi plus favorable à l'exécution d'une sentence arbitrale, la Cour a appliqué la loi nationale, en ce qui concerne les documents requis pour l'exécution de la sentence. Aussi, la Cour a fait application en même temps de l'article V de la Convention de New York, relatif aux motifs de refus d'exécution des sentences²⁷³. Ainsi, la Cour d'appel allemande s'est fondée sur la loi nationale, tout en se référant à la Convention de New York²⁷⁴.

²⁷⁰ *Issac Glycer c./ Moses Israel Glycer*, XXI Y.C.A. 635(1996).

²⁷¹ ATF 110 Ib 191, c.2; JdT 1986 n 57; Y.C.A. 536(1986).

²⁷² ATF 110 Ib 191, 194.

²⁷³ OLG Köln, SchiedsVZ 2005, 163 (rendue avril. 23, 2004); XXX Y.C.A. 557(2005) (Cologne Cour d'appel).

²⁷⁴ OLG Karlsruhe, SchiedsVZ 2008, 47–48 (rendue Septembre. 14, 2007) XXXIII Y.C.A. 541 (2008) (Karlsruhe Cour d'appel).

Il semble donc enfin qu'il n'y ait pas de consensus entre les différentes juridictions étatiques appliquant la Convention de New York, sur la question de la combinaison des dispositions des lois nationales et celles de la Convention de 1958. Mais, le recours à plusieurs sources légales peut répondre à l'objectif de la Convention de 1958 de faciliter la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales. Cependant, une telle application risque d'augmenter la divergence des approches entre les pays, en appliquant la Convention de New York. Il s'ensuit que l'objectif recherché par la Convention de New York est loin d'être atteint. Mais toute la question est de savoir laquelle des deux parties a le droit d'invoquer la loi « la plus favorable » à l'exécution de la sentence arbitrale (**Sous-Paragraphe 2**) ?

Sous-Paragraphe 2 : La partie ayant le droit d'invoquer la loi « la plus favorable » :

La Convention de New York ne limite ni la possibilité pour une partie de se fonder sur une ou plusieurs lois nationales favorables, ni sur les traités du pays où l'exécution est invoquée, ni la liberté des pays signataires de maintenir ou d'adopter une loi portant sur la reconnaissance et sur l'exécution d'une sentence arbitrale rendue dans un pays membre à la Convention de 1958. Ainsi, selon les dispositions prévues par cette Convention, « *toute partie intéressée* » peut demander la reconnaissance et l'exécution d'une sentence²⁷⁵. De plus, l'expression de « *toute partie intéressée* » peut suggérer que les deux parties au conflit peuvent bénéficier des dispositions de l'article VII al.1.

Malgré l'aspect général de cette expression, elle semble plutôt s'appliquer à la partie qui sollicite l'exécution de la sentence arbitrale²⁷⁶. Lors de la rédaction de la Convention de 1958, les représentants des Etats membres ont souligné que l'objectif du recours à plusieurs lois était d'autoriser les parties à se fonder sur des conditions plus favorables, permettant l'exécution des sentences arbitrales. Par conséquent, seule la partie qui réclame l'exécution peut invoquer plusieurs lois ou traités favorisant l'exécution de cette sentence. Ainsi, l'article VII ne fournit pas aux défendeurs des moyens supplémentaires pour s'opposer à l'exécution

²⁷⁵ Pierre Lastenouse, « Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene », 16(2) *Journal of International Arbitration* 25, p. 31.

²⁷⁶ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 84.

de la sentence, que ceux présentés par la Convention de New York²⁷⁷. De plus, l'article VII a été décrit comme une « *disposition favorable à l'exécution de la sentence arbitrale* » dans la mesure où il profite à la partie qui recherche l'exécution de la sentence et jamais à celle qui s'y oppose²⁷⁸.

Par exemple, appartient donc à la partie qui demande l'exécution de la sentence de se fonder sur un autre texte législatif national favorable à cette exécution, plutôt que sur l'article II al.2 de la Convention de New York, notamment dans le cas où les conditions de forme exigées par cet article ne sont pas réunies. Dans ce cas, il incombe à l'autre partie de respecter ce choix²⁷⁹. Cette dernière ne peut pas s'opposer à l'exécution, en se fondant sur la Convention de New York, puisque la Convention elle-même est plus favorable à la partie qui s'oppose à l'exécution. Toutefois, l'interprétation de la doctrine est beaucoup plus stricte, que celle voulue par la Convention de 1958. Cette lecture limitative préserve néanmoins l'objectif de la Convention, qui favorise l'exécution des sentences arbitrales. En plus, Cette Convention permet aux différentes parties au conflit de faire appel aux dispositions prévues par les autres traités internationaux (**Sous-Paragraphe 3**).

Sous-Paragraphe 3 : La légitimité du recours aux autres traités :

L'article VII al.1 autorise les parties en conflit à profiter des dispositions des autres traités internationaux, qui sont censés être plus favorables à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales dans le pays où l'exécution a été recherchée²⁸⁰. Plusieurs autres conventions internationales ont été adoptées en matière d'arbitrage, après l'adoption de la Convention de New York, tel est le cas par exemple de :

- Acte sur l'Arbitrage Commercial International de 1998.

²⁷⁷ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 452.

²⁷⁸ D. W. Rivkin, « The Enforcement of Awards nullified in the Country of Origin: The American Experience », dans Albert Jan van den Berg, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, (ICCA congress series no.9), *Kluwer Law International*, (1999), p. 532.

²⁷⁹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 85.

²⁸⁰ J. Poudret et S. Besson, « Comparative law of International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Thomson*, (2007), p. 827.

- Accord de libre-échange nord-américain de 1994.
- Traité pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires en 1993(OHADA).
- Convention Arabe d’Amman sur l’Arbitrage Commercial de 1987.
- Convention Arabe de Riyad sur la Coopération judiciaire de 1983.
- Accords d’Alger – Iran – Etats-Unis de 1981.
- Convention interaméricaine de Panama sur l’Arbitrage Commercial International de 1975.
- Convention internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements de 1965.
- Convention européenne de Genève de 1961.

Conformément aux dispositions de l’article VII al.1^{er} de la Convention de New York, les traités existants et les autres conventions demeurent applicables. Il appartient donc aux parties d’y recourir. La relation entre ces différents textes est complexe, et constitue quelquefois une source de conflits. Par ailleurs, l’article VII de la Convention de 1958 n’accorde aucune priorité aux anciens traités. Selon une partie de la doctrine, il faut résoudre le conflit de lois par le recours au texte le plus convenable, c’est-à-dire, au texte le plus favorable à la reconnaissance et à l’exécution de la sentence arbitrale²⁸¹.

En cas de conflit entre plusieurs conventions internationales, portant sur la reconnaissance et sur l’exécution des sentences arbitrales, la Cour suprême suisse applique la règle de « *l’efficacité maximum* ». Elle accorde donc une préférence au texte qui facilite la reconnaissance et l’exécution d’une sentence, soit parce qu’il présente des conditions plus favorables que d’autres textes, soit parce qu’il offre une procédure plus simple²⁸².

Il faut souligner que si la reconnaissance et l’exécution de la sentence arbitrale sont possibles en vertu de deux conventions internationales, la convention la plus favorable s’applique, à moins que la partie qui recherche l’exécution de la sentence demande

²⁸¹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto & Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 446.

²⁸² Tribunal Fédéral, BGE 110 IB, 191 (at 195) (Mar. 14, 1984) ; XI Y.C.A. 536 (1986) (Cour Fédérale Suprême suisse). La cour suprême espagnole est parvenue à la même conclusion dans son application générale de la Convention de New York ainsi que d’autres conventions ; *Centrotex S.A. c./ Agencia Gestora de Negocios S.A.*, Nov. 13, 2001, XXXI Y.C.A. 834 (2006)

l'exécution sur le fondement d'un autre texte²⁸³. Voyons ce qu'il en est enfin de la relation qui existe entre l'article V et VII de la Convention de New York (**Sous-Paragraphe 4**) ?

Sous-Paragraphe 4 : La relation existante entre les articles V et VII:

Comme nous l'avons déjà mentionné, cet article permet à toute partie d'invoquer n'importe quel autre traité multilatéral, bilatéral ou loi nationale, dès lors qu'il favorise la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale. Dans les cas où les sentences sont annulées dans le pays du siège de l'arbitrage, l'article VII de la Convention de New York est utilisé pour permettre l'exécution d'une sentence annulée. A cet égard, la question qui se pose est celle de savoir si l'application des dispositions de l'article VII est obligatoire ou facultative, par rapport à une sentence annulée (**A**) ? La réponse à cette question déterminera la façon dont la jurisprudence appliquera ces dispositions (**B**).

A- Le caractère obligatoire ou facultatif :

L'article VII al.1^{er} de la Convention de New York est en général, interprété de la façon suivante : il autorise la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, en vertu de la loi nationale, dès lors que cela n'est pas possible sur le fondement de la Convention de 1958²⁸⁴. Cependant, certains auteurs retiennent que l'article V accorde aux juridictions étatiques un pouvoir discrétionnaire pour exécuter des sentences arbitrales, alors que le pays d'origine les a annulées ; tandis que l'article VII, ayant un caractère plus favorable, implique une obligation et exige l'exécution de la sentence, lorsque la loi nationale fournit des dispositions plus favorables. Il privilégie donc l'exécution de la sentence sur son annulation²⁸⁵.

Par ailleurs, les autorités juridictionnelles posent la question de savoir si l'application de l'article VII al.1^{er} de la Convention est obligatoire ? Ainsi, la réponse à cette question a été traité par la Cour de cassation française, dans l'affaire *Société Pabalk Ticaret Ltd Sirketi c./*

²⁸³ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto & Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 446.

²⁸⁴ 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.* 43, (2002), p. 57.

²⁸⁵ *Ibid.*

*Société Anonyme Norsolor*²⁸⁶. En effet, dans cette affaire, la Cour a retenu que le juge français était obligé d'appliquer cet article (article VII al.1^{er} de la Convention de New York). De même, dans l'affaire *Hilmarton Ltd c./ Omnium de Traitement et de Valorisation*,²⁸⁷ la Cour de cassation française est parvenue à la même conclusion.

Aux Etats-Unis, dans l'affaire *Chromalloy Aeroservices c./ Arab Republic of Egypt*²⁸⁸ la Cour Américaine a affirmé que, malgré les dispositions prévues par l'article V al.1^{er} (e) qui prévoit un pouvoir discrétionnaire, l'article VII al.1^{er} de la Convention de New York (qui prévoient un pouvoir obligatoire), exigent que la Cour elle-même exécute la sentence, dans la mesure où l'article V de la Convention de 1958 fournit un pouvoir discrétionnaire et la loi américaine favorise l'exécution des sentences.

Cependant, un autre courant doctrinal affirme que l'article VII al.1^{er} n'exige pas l'application de lois « *plus favorables* ». Il estime que cet article ne s'applique pas aux annulations des sentences, mais plutôt aux autres dispositions prévues par l'article V et portant sur les motifs de refus d'exécution des sentences arbitrales²⁸⁹. Selon donc ce courant doctrinal, l'application des dispositions de l'article VII al.1^{er} de la Convention de New York n'est pas obligatoire par rapport à l'exécution d'une sentence arbitrale annulée.

Ainsi, une application non-uniforme de la Convention est la conséquence directe des multiples approches et interprétations sur le caractère obligatoire ou facultatif de l'article VII. Mais, se pose la question de savoir est-ce qu'une juridiction d'exécution peut soulever d'office une disposition plus favorable ? La Convention de New York n'apporte aucune précision sur ce sujet. Donc, ce sujet a été traité par loi étatique de chaque juridiction, qui pourra demander soit l'invocation expresse du demandeur de la loi « *la plus favorable* », ou soit c'est la juridiction lui-même qui décidera d'invoquer la loi la plus favorable à sa propre initiative²⁹⁰.

²⁸⁶ [1985] *Rev Arb* 431 ; Décision 9 oct. 1984, Cass. civ. 1re, 1985 *REV. ARB.* 431; XI *Y.C.A* 484 (1986).

²⁸⁷ XXII *Y.C.A.* 696 (1997) (Cour de cassation, 10 Juin 1997).

²⁸⁸ 939 *F. Supp.* 907 (1996).

²⁸⁹ 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.* 43, (2002), p. 57.

²⁹⁰ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto & Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 449.

Ainsi, dans cette initiative, les juridictions françaises retiennent à sa propre initiative les dispositions nationales les plus favorables²⁹¹, tandis qu'à l'inverse, la Cour suprême Suisse considère dans ce sens qu'il n'appartenait pas aux juridictions étatiques de modifier le fondement de l'exécution pour une loi plus favorable, donc c'est le demandeur de l'exécution de la sentence lui-même qui doit invoquer la loi la plus favorable²⁹². En est-il enfin de la position de la jurisprudence par rapport à cette question (B) ?

B- La position de la jurisprudence par rapport à l'application de l'article VII al.1 :

Plusieurs juridictions nationales ont examiné la question du lien entre les dispositions de l'article V et l'article VII de la Convention de New York. La France semble être le seul pays à avoir une jurisprudence qui soutienne l'application des dispositions les plus favorables, et cela même quand la sentence a été annulée.

Ainsi, dans l'affaire *Société Pabalk Ticaret Ltd Sirketi c./ Société Anonyme Norsolor*²⁹³, la Cour de cassation a exigé de la Cour d'appel, qui avait examiné une demande de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale, en se fondant sur des dispositions de la Convention de New York, pour déterminer si la loi française était plus favorable à la partie qui demandait l'exécution de la sentence arbitrale. L'article 1502 du CPC, devenu 1520 du CPC, est plus favorable à l'exécution de la sentence arbitrale par rapport à la Convention de New York, en ce qu'il ne faisait pas de l'annulation de la sentence par les tribunaux du pays d'origine un motif de refus pour s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution de la sentence²⁹⁴.

De même, dans l'affaire *Societe Hilmarton c./ Societe OTV*²⁹⁵, la Cour a expliqué que dans le cadre d'une législation plus favorable, telle que l'article 1502 du CPC, devenu l'article 1520 du CPC, l'article VII al.1^{er} de la Convention de New York, ne s'appliquait pas.

²⁹¹ Cour d'Appel de Paris, *Ministry of Public Works c./ Société Bec Frères*, Fev. 24, 1994, Rev. Arb. 1995, 275–285; XXII Y.C.A. 682(1997) (Paris Cour d'appel, France).

²⁹² Tribunal Fédéral, BGE 111b, 253 (Nov. 5, 1985) XII Y.C.A. 511 (1987).

²⁹³ Rev. Arb. 431(1985).

²⁹⁴ J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche, « French Arbitration Law and Practice :A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p. 218.

²⁹⁵ Jugement du 17 Nov. 1989 (*Société Hilmarton c./ Société OTV*), Cour de Justice de Canton de Genève, 1993 REV. ARB. 315, 316, XIX Y.C.A. 214 (1994).

Toutefois, contrairement à l'article V de cette Convention, l'article 1502 du CPC ne considère pas l'annulation d'une sentence arbitrale étrangère, comme un motif de refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence en France. En conséquence, la sentence arbitrale de la CCI, contre *Hilmarton* pouvait être exécutée en France, malgré son annulation par les juridictions suisses.

En outre, une partie peut réclamer l'exécution de la sentence arbitrale étrangère conformément à la « *lex fori* », même si la Convention de New York doit s'appliquer. Ainsi, la Cour de cassation française a confirmé ce principe dans l'arrêt *Polish Ocean Line c./ Ste Jolasry*²⁹⁶, dans lequel elle a retenu que l'article VII de la Convention de New York ne privait pas la partie d'invoquer une sentence, en se reposant sur les dispositions légales de la loi du pays d'exécution de cette sentence arbitrale. En l'espèce, le litige portait sur un contrat de représentation conclu entre une société polonaise et une société française. En application de la clause compromissoire prévue au contrat, une sentence fut rendue à Gdansk condamnant la société polonaise à payer des dommages et intérêts à son contractant. Le tribunal économique de Gdansk a « refusé l'exécution de la sentence » jusqu'à ce qu'il ait statué sur la demande d'annulation de la sentence.

Parallèlement, l'exécution de la sentence fut obtenue en France et la société polonaise interjeta appel contre l'ordonnance d'exequatur, que la Cour d'appel ne pouvait, sans violer les articles 1498 et 1502 du CPC, dire que l'exequatur pouvait être accordé sans même qu'il fut sursis à statuer. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel, confirmant l'ordonnance d'exequatur, au motif que « *l'article VII de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour laquelle la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères à laquelle la France et la Pologne sont parties ne prive aucun intéressé du droit de se prévaloir d'une sentence arbitrale, de la manière et dans la mesure admise par la législation du pays où la sentence est invoquée : qu'il en résulte que le juge français ne peut, lorsque la sentence a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel elle a été rendu, refuser l'exécution pour ce cas qui n'est pas au nombre de ceux énumérés par l'article 1502 du NCPC, bien qu'il soit prévue par l'article V § 1 (e) de la Convention de 1958 ; que c'est donc à juste titre que la Cour d'appel a décidé que le recours*

²⁹⁶ Civ., 1ère, 10 mars 1993, *Rev. arb.*, (1993), p, 255, n. D. Hascher.

en annulation exercé ainsi que le sursis à exécution obtenu en Pologne ne sauraient justifier le refus d'exécution en France ».

Ainsi, la Cour de cassation française ne peut pas, quand une sentence a été annulée ou suspendue par la juridiction compétente du pays où la sentence a été rendue, refuser d'accorder « *l'exequatur* », puisque cela ne constitue pas un des motifs de refus prévus par l'article 1502 du CPC, mais relève plutôt de l'article V al.1^{er}(e) de la Convention de New York.

Dans l'affaire *Société PT Putrabali Adyamulia c./ SA Rena Holdings*,²⁹⁷ et selon l'article VII de la Convention de New York, *Rena Holding* (l'acheteur) avait le droit de solliciter l'exécution de la sentence en France, bien qu'elle ait été rendue à Londres, le 10 avril 2001 conformément à une convention d'arbitrage. Elle était aussi en droit de se fonder sur les lois françaises relatives à l'arbitrage international. Ces dernières retiennent que l'annulation d'une sentence arbitrale par les juridictions du pays d'origine, où la sentence a été rendue, ne constitue pas un motif valable de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale.

Ainsi, la décision des juridictions françaises est structurée de la manière suivante: d'une part, l'article VII de la Convention de New York de 1958 relatif à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères autorise, à tout pays membre, de s'écarter de la Convention pour instaurer un dispositif plus favorable à l'exécution des sentences arbitrales. D'autre part, l'article 1502 du CPC présente un dispositif plus favorable en matière d'exécution des sentences arbitrales, dans la mesure où il fournit moins de motifs permettant le refus d'exequatur que l'article V de la Convention de New York : en effet, l'article 1502 du CPC n'inclut pas comme motif de refus l'annulation de la sentence dans le pays d'origine de la sentence.

²⁹⁷ *Société PT Putrabali Adyamulia c./ SA Rena Holdings*, Cour de cassation, 29 juin 2007, XXXII Y.C.A 299 (2007) ; <www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_no_10607.html>.

Malgré l'établissement d'une jurisprudence française relative à cette question, certains auteurs constatent l'existence de défauts dans cette approche française²⁹⁸, qui selon eux augmente d'une part les chances d'obtenir des décisions contradictoires, dès lors qu'elle autorise chaque pays à décider de l'exécution ou non d'une sentence arbitrale déjà annulée. En outre, cette approche est une source d'incertitude légale, en ce qu'elle ne permet pas d'accorder le dernier mot au juge de l'annulation. En d'autres termes, une sentence annulée par le tribunal arbitral et remplacée par une autre sentence, continue à être une menace pour la partie qui a perdu le procès arbitral.

Aux Etats-Unis, une Cour américaine a adopté l'approche française, en exécutant une sentence annulée, c'est le cas dans l'affaire *Chromalloy Aeroservices c./ Arab Republic d'égypte*,²⁹⁹ malgré l'annulation de la sentence dans son Etat d'origine, la Cour américaine de Colombia a accordé à la société *Chromalloy* la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale sur le territoire américain.

La Cour a justifié sa position en retenant que sa décision permettrait de renforcer le système arbitral international et l'exécution des sentences arbitrales. Dans cette affaire, on peut considérer que les juridictions américaines ont dépassé leur compétence, dans la mesure où elles se sont fondées sur la loi nationale américaine, plutôt que la loi nationale égyptienne³⁰⁰.

L'affaire *Chromalloy* a soulevé un grand nombre de critiques : elle a offert l'occasion aux Etats-Unis d'ignorer les dispositions de la Convention de New York, tout en favorisant la loi nationale, en vertu de l'article VII de la Convention de New York. Elle a appliqué l'article VII qui accorde la possibilité de recourir à la loi nationale la plus favorable, alors que l'article V prévoit l'annulation de la sentence arbitrale, comme motif de refus d'exécution de cette sentence. Ainsi, cet article V est considéré comme une disposition permissive.

²⁹⁸ J. Poudret et S. Besson, « *Comparative Law of International Arbitration* », 2^{ème} édition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p. 854.

²⁹⁹ 939 F. Supp. 907 (1996), p. 908.

³⁰⁰ Amber A. Ward, « Circumventing the Supremacy Clause? Understanding the Constitutional Implications of the United States' Treatment of Treaty Obligations Through an Analysis of the New York Convention », 7 *San Diego Int'l L.J.* 491, (2006), p. 511.

Toutefois, dans l'affaire *Baker Marine (Nigeria) Ltd. c./ Chevron (Nigeria) Ltd.*,³⁰¹ la Cour d'appel Américaine a confirmé le jugement du tribunal de première instance américaine, portant refus d'exécution d'une sentence arbitrale annulée, rendue par un tribunal arbitral au Nigeria, puis annulée par une juridiction étatique nigériane. Le demandeur *Baker Marine* a soutenu en appel que le tribunal de première instance américaine avait commis une erreur, en n'appliquant pas les dispositions de l'article VII de la Convention de New York. Ce demandeur considère aussi que les sentences avaient été annulées par les juridictions nigérianes, pour des motifs non reconnus par la loi américaine, et qui ne constituaient pas des motifs permettant d'annuler une sentence arbitrale aux Etats Unis. *Baker Marine* a également soutenu qu'il pouvait invoquer la loi arbitrale américaine, malgré l'annulation de la sentence par la juridiction nigériane. Toutefois, la Cour d'appel américaine a refusé d'appliquer l'article VII de la Convention de 1958 pour exécuter la sentence annulée.

Dans une autre affaire *TermoRio S.A. E.S.P. c./ Electranta S.P.*³⁰² la Cour américaine a fermement rejeté l'application de l'article VII de la Convention de New York, comme fondement pour ignorer l'annulation d'une sentence étrangère par un tribunal, fonctionnant conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er}(e) de la Convention de 1958. Selon elle, c'est une erreur de suggérer que la stratégie de cette Convention, qui favorise l'exécution des sentences arbitrales étrangères réduit la portée de l'article V al.1^{er} (e).

Il semble que l'approche française continuera à appliquer l'article VII de la Convention de New York, comme un mécanisme d'importation de la loi nationale, menaçant ainsi l'uniformité de l'arbitrage international³⁰³. En conséquence, la relation entre l'article V al.1^{er} (e) et l'article VII al.1^{er} de la Convention de New York, crée à la fois (i) un champ de règles nationales diverses, portant sur l'exécution des sentences arbitrales, (ii) et des décisions contradictoires, portant sur le même conflit résultant de l'exécution des sentences arbitrales annulées préalablement auprès des juridictions étatiques³⁰⁴. Il faut souligner enfin que les Etats signataires de la Convention de New York sont tenus de remplacer les

³⁰¹ 191 F.3d 194, 196 (2d Cir. 1999).

³⁰² 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

³⁰³ Amber A. Ward, « Circumventing the Supremacy Clause? Understanding the Constitutional Implications of the United States' Treatment of Treaty Obligations Through an Analysis of the New York Convention », 7 *San Diego Int'l L.J.* 491, (2006), p. 521.

³⁰⁴ Stephaine Cohen, « The New York Convention at Age 50: A primer on the International Regime for Enforcement of Foreign Arbitral Awards », 1 *NYSBA* 47, (2008), p. 49.

dispositions prévues par les autres Conventions internationales, relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères (**Paragraphe II**).

Paragraphe II : La relation entre la Convention de New York et les précédentes Conventions internationales :

L'un des objectifs de la Convention de New York est de remédier aux lacunes existantes dans la Convention de Genève de 1927, et d'améliorer l'exécution des sentences arbitrales sur un plan international. Par ailleurs, les délégations autrichiennes, belges et indiennes ont exprimé plusieurs difficultés liées à l'application de la Convention de Genève. Afin d'éviter ce scénario, ces délégations ont suggéré de clarifier certaines dispositions et de remplacer la Convention de Genève par la Convention de New York³⁰⁵. Ainsi, l'article VII al.2 de la Convention de New York affirme que les traités de Genève de 1923 et de 1927, ne s'appliquent plus entre les pays signataires.

Par ailleurs, la Convention de New York impose à ses pays signataires, de ne plus faire appel aux dispositions des traités de Genève³⁰⁶. Ceux-ci ne s'appliquent donc plus, et cela même, si les conditions d'application de la Convention de New York ne sont pas réunies. Tel est le cas par exemple d'une situation où l'exécution de la sentence arbitrale aurait été autorisée sous les traités de Genève et non pas sous la Convention de New York, réside dans la forme de la convention d'arbitrage. La Convention de New York, dans son article II al.2, pose une règle relative à la forme écrite de la convention d'arbitrage. Les traités de Genève ne comportent pas de telle règle et laissent cette question aux juridictions nationales. Dans les cas où la convention d'arbitrage ne répond pas aux conditions prévues par l'article II al.2 de la Convention de New York, les traités de Genève ne peuvent pas s'appliquer. La forme de la convention d'arbitrage peut être valable sous la loi nationale, mais dans un tel cas, il n'est pas possible d'appliquer les dispositions prévues par les traités de Genève.

Toutefois, il est important de souligner que, conformément à l'article VII al.2 de la Convention de New York, les traités de Genève ne produisent plus d'effet, dès lors qu'un

³⁰⁵ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 452.

³⁰⁶ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 114.

pays signataire a ratifié la Convention de New York. Cette qualification est d'une grande valeur pour les pays membres, notamment ceux qui présentent des territoires dépendants, ou des unités fédérales. Si ces pays n'étendent pas l'application de la Convention de New York à leurs territoires ou Etats fédéraux, soumis aux traités de Genève, dans ce cas, ceux-ci continuent à s'appliquer³⁰⁷.

De surcroît, l'article VII al.2 pourra poser des difficultés, dans la mesure où un pays signe la Convention de New York, sans pour autant la ratifier ou sans modifier les législations nationales qui attribuaient un cadre légal à l'application des traités Genève³⁰⁸. En conséquence, certaines juridictions continuent d'appliquer d'anciens instruments juridiques, alors que la Convention de New York les considère comme non applicables. Le Bangladesh par exemple n'a pas introduit la Convention de New York dans sa législation nationale, pendant plusieurs années après sa signature. Ainsi, dans l'affaire *Bangladesh Air Service (Pvt) Ltd. c./ British Airways PLC*,³⁰⁹ la Cour suprême de Bangladesh a pris en compte la non-ratification de la Convention de New York, dans la législation nationale. Par conséquent, elle était obligée d'appliquer la Convention de Genève de 1927.

Il est vrai que l'article VII al.1^{er} de la Convention de New York peut être la source de multiples interprétations diverses, et les juridictions nationales ont contribué à l'accroissement de cette diversité, en lui accordant des interprétations différentes. C'est notamment le cas pour la combinaison de deux systèmes légaux et la requête d'une partie fondée sur l'article VII al.1^{er} de la Convention.

De plus, toutes les juridictions nationales n'appliquent pas nécessairement l'article VII al.1^{er} de la Convention de New York, vis-à-vis à l'article V de cette même Convention, dans le cas d'une disposition nationale « *plus favorable* », ce qui indique une interprétation mixte de la problématique. Il y a donc un risque à combiner les dispositions de la Convention de New York avec d'autres lois et traités internationaux. Cela constitue une grande source

³⁰⁷ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 451.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 452.

³⁰⁹ 49 DLR (1997) (AD), 187 ; XXIII Y.C.A. 624(1998) (Cour Suprême, Bangladesh).

d'incertitude³¹⁰. De plus, le principe « *le plus favorable* » à l'exécution de la sentence arbitrale, pourrait aboutir à des résultats inattendus pour la partie à l'encontre de laquelle l'exécution est recherchée³¹¹.

Ainsi, on ne peut pas parvenir à une uniformité dans l'application de la Convention de New York, en présence de l'article VII al.1^{er}. En effet, le caractère obligatoire de la disposition n'est pas clairement établi et l'on ne sait pas, dès lors si les juridictions des pays signataires ont l'obligation ou seulement la faculté de suivre les décisions des autres juridictions des pays signataires en matière d'exécution ou de reconnaissance des sentences arbitrales³¹².

Il faut également souligner que la Convention de New York avait comme objectif l'intention d'éliminer l'application des traités de Genève, en se basant sur les dispositions de l'article VII al.2. Toutefois, et comme mentionné antérieurement, son application demeure possible dans certains pays.

Malgré les différentes applications de l'article VII de la Convention de New York, l'ambiguïté de ce texte et les différentes interprétations qui en sont faites, ont néanmoins abouti à favoriser l'exécution des sentences arbitrales étrangères, par les juridictions nationales, ce qui répond à l'objectif de la Convention de New York.

³¹⁰ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 449.

³¹¹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 83.

³¹² J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche, « French Arbitration Law and Practice :A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p. 221.

Conclusion du 1^{er} Chapitre :

Il résulte donc de tout ce qui précède que, ce chapitre a été consacré au champ d'application de la Convention de New York de 1958. A cet effet, nous avons examiné les dispositions de l'article I de cette Convention, relatives aux sentences arbitrales qui lui sont soumises. A cette occasion, nous avons pu constater que l'application des dispositions de cet article I de la Convention de New York n'est pas uniforme, du fait des lacunes relatives à l'absence de définition du terme de sentence arbitrale, et de la divergence d'interprétation des dispositions de cet article par les différents Etats membres.

Par ailleurs, en ce qui concerne la question des réserves prévues par cet article I de la Convention de 1958, nous avons remarqué que la notion de commercialité n'a pas été définie par les dispositions de cet article, relatives aux réserves, ce qui aboutissait à des interprétations diverses d'un Etat à un autre, voir au sein du même pays.

L'On a abordé également la procédure d'exécution des sentences arbitrales, et les conditions formelles imposées au demandeur d'exécution de la cette sentence arbitrale. Ainsi, l'on a observé que la Convention de New York ne fournit pas de précision sur la procédure d'exécution des sentences arbitrales étrangères, et a laissé cette prérogative à la charge des différents Etats membres; ce qui a conduit ces Etats à adopter une application non-uniforme de cette procédure d'exécution. D'ailleurs, malgré la clarté des conditions formelles prévues par la Convention et imposées au demandeur d'exécution, les Etats membres ont interprété différemment ces conditions.

Dans la dernière partie de ce chapitre, après avoir traité la question de l'élargissement du champ d'application de la Convention de New York, qui a permis le recours aux lois les plus favorables à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, on a pu observer que la Convention de New York n'est pas tout à fait complète, puisque les différentes parties au conflit peuvent toujours faire appel aux lois ou aux dispositions des traités, qui sont les plus favorables à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ce recours a conduit à une application non-uniforme de la Convention de New York. Examinons à présent les limites relatives au champ d'application de la Convention de 1958 (**Chapitre II**).

Chapitre II :

Les limites au champ d'application de la Convention de New York de 1958.

Ces limites sont prévues explicitement par les dispositions de la Convention de New York relatives à l'ajournement d'exécution des sentences arbitrales, en cas d'annulation ou de suspension dans le pays où la sentence a été rendue (**Section I**). Par ailleurs, cette Convention de New York prévoit implicitement des limites relatives à l'immunité d'Etat, surtout dans l'hypothèse où cet Etat fait partie d'un conflit relatif à l'exécution d'une sentence arbitrale (**Section II**).

Section I :

La compétence des juridictions d'exécution relative à l'ajournement de la sentence et à la demande de garanties.

Aux termes de l'article VI de la Convention de New York de 1958 , « *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* ».

Les dispositions de l'article VI ne figuraient pas dans le premier projet de la Convention de New York de 1953 et de 1955. Cet article fut abordé pour la première fois au cours de la conférence sur l'arbitrage commercial international en 1958, lorsque les Pays-Bas ont proposé d'ajouter les motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales, afin de protéger la partie à l'encontre de laquelle la sentence serait rendue, dès lors que cette dernière est susceptible de faire l'objet d'un recours³¹³.

³¹³ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 417.

Toutefois, la délégation hollandaise a soutenu qu'il fallait accorder au juge du pays d'exécution de la sentence, la liberté d'accorder l' « *exequatur* » immédiatement, s'il ne voyait aucun motif de refus, ou de décider d'attendre le résultat de la procédure d'annulation engagée dans le pays d'adoption de la sentence³¹⁴. Selon la délégation hollandaise, la partie à l'encontre de laquelle la sentence a été rendue étant susceptible de chercher à retarder l'exécution de la sentence pour une longue période, il valait mieux laisser cette décision au juge du pays d'exécution de la sentence.

La délégation italienne de son côté s'est opposée à la proposition d'accorder aux juridictions d'exécution de la sentence un pouvoir discrétionnaire, parce que cela pouvait aboutir à une contradiction entre les différentes décisions portant sur la sentence arbitrale³¹⁵.

Après plusieurs discussions portant sur la rédaction de l'article VI, la conférence a accepté de soumettre les articles soulevant des difficultés à une étude beaucoup plus approfondie. Pourtant, la rédaction initiale de l'article VI fut adoptée.

Selon le Président de la conférence et afin d'éviter le recours abusif à cet article permettant à une partie de débiter une procédure en annulation uniquement pour retarder l'exécution et sans aucune raison valable, il fallait accorder à l'autorité d'exécution de la sentence un pouvoir discrétionnaire soit d'exécuter la sentence, soit de décider d'ajourner son exécution, et cela, uniquement dans le cas où la partie qui s'oppose à l'exécution présenterait des motifs valables³¹⁶ (**Paragraphe I**). Cette autorité a également la faculté d'exiger des garanties convenables (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Le pouvoir discrétionnaire d'exécuter ou de suspendre la sentence.

Il est impossible d'éviter le sujet de la double compétence juridictionnelle concernant les sentences arbitrales étrangères dans la mesure où, la Convention de New York ne traite

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ *Ibid.*, p.418.

³¹⁶ *Ibid.*, p.419.

pas la compétence des juridictions du pays d'origine de la sentence, soumise aux règles des conflits des lois, à la souveraineté du pays et à l'ordre public international³¹⁷.

Le risque d'aboutir à des décisions contradictoires existe, dans la mesure où le tribunal d'exécution accorde l'exécution de la sentence arbitrale étrangère, tandis que le tribunal du pays d'origine de la sentence adopte une décision d'annulation de celle-ci. Toutefois, ce scénario contradictoire peut être évité de deux manières³¹⁸ : en premier lieu, il appartient au tribunal d'exécution, agissant conformément aux dispositions de la Convention de New York d'exercer un pouvoir discrétionnaire selon l'article VI, et de décider de suspendre la décision d'exécution de la sentence, jusqu'à ce que le tribunal du pays d'origine adopte sa décision portant annulation de cette dernière. En second lieu, il appartient au tribunal du pays d'origine d'émettre une injonction temporaire à l'encontre de la partie qui recherche l'exécution de la sentence arbitrale étrangère, jusqu'à ce qu'il se prononce sur la demande d'annulation de ladite sentence. Les deux juridictions exercent ces pouvoirs indépendamment.

Ainsi, l'article VI présente un équilibre entre les différents intérêts de la Convention de New York : il encourage l'exécution des sentences arbitrales étrangères, tout en protégeant les intérêts de la partie à l'encontre de laquelle la sentence a été rendue, en lui accordant la possibilité d'intenter un recours contre la sentence auprès d'une juridiction autre que celle de l'exécution de la sentence³¹⁹. Il accorde à la juridiction du lieu d'exécution de celle-ci, le pouvoir discrétionnaire de décider de suspendre son exécution, jusqu'à ce que le recours en annulation soit tranché dans le pays d'origine de la sentence ou selon les lois vis-à-vis desquelles la sentence a été adoptée. Ainsi, dans l'affaire *Spier c./ Calzaturificio S.p.A.*,³²⁰ la partie à l'encontre de laquelle la sentence avait été rendue, avait soulevé ce moyen auprès des juridictions italiennes pour demander l'annulation de la sentence. La Cour américaine du Sud New York a décidé dans cette affaire, de suspendre la procédure d'exécution de la sentence arbitrale, afin d'attendre l'issue de la procédure engagée en Italie.

³¹⁷ V.S. Deshpande, « Jurisdiction Over 'Foreign' and 'Domestic' Awards in the New York Convention 1958 », 7(2) *Arbitration International* 123, (1991), p. 136.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 135.

³¹⁹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 416.

³²⁰ 663 F. Supp 871,874-76 (S.D.N.Y. 1987).

L'efficacité de l'application des dispositions de l'article VI dépend des décisions de suspension ou d'annulation d'une sentence arbitrale par l'autorité compétente. Si les conditions ne sont pas réunies, les tribunaux d'exécution de la sentence sont obligés de refuser la demande d'ajournement³²¹.

Toutefois, cet article ne précise pas les conditions dans lesquelles les tribunaux sont tenus de suspendre l'exécution des sentences arbitrales. Cela dépend alors du pouvoir discrétionnaire des Etats signataires. Les tribunaux ont examiné plusieurs facteurs permettant de décider de prononcer ou non l'ajournement de l'exécution de la sentence. Selon eux, l'article VI est doté d'une autorité indépendante et ayant comme objectif de favoriser l'exécution des sentences arbitrales sous la Convention de New York. Ainsi, si une procédure de demande d'exécution est engagée, en même temps qu'une procédure d'annulation, la juridiction du lieu d'exécution a trois options : accorder l'exécution de la sentence, refuser l'exécution de la sentence, ou ajourner la procédure d'exécution et attendre l'issue de la procédure en annulation de la sentence au pays d'origine³²².

Mais, ce qui nous intéresse le plus, c'est la troisième option, dans la mesure où on considère qu'elle constitue la solution la plus équilibrée, à propos de laquelle la décision d'une juridiction étrangère d'autoriser ou de refuser l'annulation de la sentence, pourrait influencer la décision de la juridiction du lieu d'exécution de la sentence. En effet, les juridictions étatiques justifient leurs décisions, en se fondant sur le principe du « *respect réciproque international* », mais aussi sur le besoin d'« *uniformité* » ou de « *prévention des résultats contradictoires* »³²³. Elles s'appuient en outre sur les chances de succès de la procédure d'annulation pour déterminer l'issue de la procédure d'exécution de la sentence, puisqu'elles considèrent qu'un tribunal n'exécutera pas une sentence, à partir du moment où cette dernière a été annulée³²⁴.

³²¹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 417.

³²² Rena Rico, « Searching for Standards: Suspension of Enforcement Proceedings under Article VI of the New York Convention », 1(1) *Asian International Arbitration Journal* 69, (2001), p. 76.

³²³ *Ibid.*, p. 77.

³²⁴ *Ibid.*, p. 75.

Ainsi, dans le cadre de l'article VI, la décision d'ajournement appartenant à la juridiction d'exécution de la sentence ne dépend pas toujours de l'issue de la procédure d'annulation intentée auprès de la juridiction d'origine. Si telle avait été l'intention des rédacteurs, la Convention de New York aurait exigé l'ajournement automatique de la procédure d'exécution, à partir du moment où une procédure en annulation serait intentée³²⁵.

Ainsi, en Australie, dans l'affaire *Powerex Corp c./ Alcan Inc*³²⁶, la Cour suprême de la Colombie britannique avait affirmé que la suspension de la procédure d'exécution dépendait de la procédure d'annulation intentée dans le pays d'origine de la sentence (Oregon) ; de la question de savoir si cette dernière avait été déclenchée uniquement pour retarder la procédure et si le défendeur « *Alcan* » n'avait pas réussi à se préparer pour la procédure d'exécution, signe de sa volonté de retarder l'exécution de la sentence. La Cour a retenu qu'*Alcan* n'avait pas préparé sa défense, dans le but d'obtenir l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence. Cela reflétait une manœuvre dilatoire ; pour autant, la Cour a ordonné l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence, dans l'attente de la décision de la juridiction d'Oregon, pour savoir ainsi si la sentence avait été ou non annulée.

Dans cette décision, la Cour s'est fondée sur l'action d'*Alcan*, visant à annuler la sentence. La Cour a considéré la « *possibilité de succès* », comme un facteur permettant de déterminer l'octroi de l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale.

Par ailleurs, dans l'affaire *Hallen c./ Angledal*,³²⁷ la Cour suprême de la Nouvelle Galles du Sud a refusé de suspendre la procédure d'exécution de la sentence, au motif que le défendeur n'était pas parvenu à convaincre la Cour que la décision d'annulation de la sentence avait été adoptée par une « *autorité compétente* » en Suède, tel que l'exige l'article VI de la Convention de New York et que la procédure d'annulation avait une forte probabilité d'aboutir. La Cour a rejoint la position de la Haute Cour de Hong Kong selon laquelle il incombait au défendeur, sollicitant l'ajournement de la sentence, de prouver que la procédure d'annulation de celle-ci intentée auprès d'un tribunal étranger présentait de bonnes chances d'aboutir.

³²⁵ *Ibid.*, p. 76.

³²⁶ [2003] Carswell BC 1758.

³²⁷ [1999] NSWSC 552.

De surcroît, dans l'affaire *Inter-Arab Investment Guarantee Corp. c./ la Banque Arabe*,³²⁸, la Cour d'appel belge, en analysant la possibilité d'accorder ou non l'ajournement de l'exécution de la sentence, conformément aux dispositions de l'article VI de la Convention de New York, s'est concentrée sur la probabilité de succès de l'action en annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine. Elle a refusé d'accorder la suspension, en se fondant sur cette logique de « *faible probabilité d'annulation* ».

Il faut souligner que le critère des chances de succès de la procédure de suspension ou d'annulation de la sentence dans le pays d'origine est largement admis en Australie et en Belgique, comme étant un facteur d'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence. Mais certaines juridictions y sont réticentes. Ainsi, dans une autre affaire australienne *Toyo Engineering Corp. c./ John Holland Pty Ltd.*,³²⁹ la Cour suprême de Victoria a refusé de tenir en compte la probabilité de succès de la procédure d'annulation, comme étant élément déterminant et a privilégié le critère de la durée de l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale. Ainsi, l'application de l'article VI ne varie pas seulement d'un pays à l'autre, mais également au sein d'un même pays.

Par ailleurs, les juridictions anglaises examinent plusieurs facteurs, avant d'accorder l'ajournement de l'exécution de la sentence arbitrale. Elles n'ont pas retenu uniquement le critère de la probabilité de succès. Ainsi, dans l'affaire *Far Eastern Shipping Co. c./ AKP Sovcomflot*,³³⁰ le tribunal de commerce a refusé d'autoriser la suspension, après avoir examiné la probabilité de succès de l'action en annulation et la durée requise par cette action.

En l'espèce, le défendeur *Sovcomflot* avait réclamé l'extension de l'ajournement accordé antérieurement, afin d'intenter un recours en annulation auprès de la Fédération Russe. Selon la Cour anglaise, *Sovcomflot* avait peu de chance de succès auprès des juridictions russes. En outre, même si la demande était accueillie, la juridiction russe aurait pris des années pour rendre sa décision. Aussi La Cour anglaise a-t-elle refusé de prolonger l'ajournement.

³²⁸ XXII Y.C.A. 643(1997).

³²⁹ XXVI Y.C.A. 750 (2001).

³³⁰ XXI Y.C.A. 699(1996).

En 2002, dans l'affaire *Yukos Oil Co c./ Dardana Ltd*,³³¹ la Cour d'appel du Royaume-Uni a considéré le principe du « *respect réciproque international* » et les conflits de lois comme des conditions décisives pour l'octroi ou non de la suspension de la procédure.

Toutefois, elle a retenu que dans le cas où l'ajournement est autorisé dans le même temps qu'une juridiction étrangère décide de l'annulation de la sentence, le fondement même de la reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale disparaît. Ainsi, la procédure d'exécution ou d'ajournement de l'exécution d'une sentence arbitrale soumise à l'attente de l'issue d'une procédure d'annulation, intentée auprès des juridictions du pays d'origine de la sentence, dépend de la probabilité de succès de cette procédure.

En 2005, la Haute Cour Anglaise a examiné, dans l'affaire *IPCO Nigeria Ltd. c./ Nigerian National Petroleum Corp.*,³³² une requête d'ajournement d'exécution de la sentence, en attendant la décision d'une demande d'annulation relative à cette même sentence dans le pays d'origine. Ainsi, selon celle-ci, ce pouvoir discrétionnaire ne doit pas être considéré comme une obligation. A cette occasion, elle a clairement exposé les différents éléments à prendre en considération : en principe, il est nécessaire de vérifier, d'une part que l'action intentée dans le pays d'origine est réelle et n'a pas pour seul objectif de retarder la procédure d'exécution de la sentence ; d'autre part que l'action intentée dans le pays d'origine est susceptible d'aboutir ; et enfin vérifier la durée de la suspension et les préjudices qui résultent de l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence. Dans ce cas, il convient selon la Cour anglaise, de procéder au traitement des demandes d'ajournement au cas par cas³³³.

Il apparaît clairement que le Royaume-Uni considère la probabilité de succès de la procédure comme une condition déterminante pour l'ajournement de la sentence arbitrale. Cependant, elle n'est pas la seule condition prise en considération par les tribunaux étatiques. Cela a malheureusement abouti à des décisions divergentes selon la condition en question. Par conséquent, l'uniformité recherchée par l'article VI n'a pas été concrétisée.

³³¹ [2002] EWCA Civ 543.

³³² XXXI Y.C.A. 853 (2006).

³³³ *IPCO (Nigeria) Ltd c./ Nigerian Nat'l Petroleum Corp.* [2005] EWHC 726 ¶15 (Q.B.).

A Hong Kong, le critère de la probabilité de succès de la procédure a été également considéré comme le fondement d'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale. Dans l'affaire *Hebei Import & Export Corp. c./ Polytek Engineering Co. Ltd.*,³³⁴ la Haute Cour de Hong Kong avait demandé à la partie sollicitant l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence de prouver, dans la mesure du possible, s'elle a des chances de voir aboutir l'action en annulation qu'elle avait intentée. Elle ne pouvait raisonnablement pas exiger de cette partie qu'elle apporte la preuve certaine de sa victoire.

Dans les faits, *Hebei* avait demandé l'exécution d'une sentence adoptée contre *Polytek* à l'issue d'une procédure arbitrale initiée en Chine. *Polytek* avait demandé l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence, au motif qu'il existe un recours en annulation devant la Cour de Pékin. Pour prouver le sérieux de cette procédure, *Polytek* a soutenu que la juridiction pékinoise n'aurait pas accepté d'examiner une demande en annulation farfelue, ce que la Cour de Hong Kong avait retenu comme élément de preuve raisonnable. De plus, *Polytek* a produit un acte de notoriété dans lequel un avocat du barreau de Pékin l'informait des probabilités de succès du recours en annulation.

En ce qui concerne la jurisprudence américaine, elle prend en considération une autre condition pour se prononcer sur l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale ; ce qui devrait conduire nécessairement à diversifier encore davantage la jurisprudence relative à l'application de l'article VI de la Convention de New York. L'affaire *Europcar Italia, S.p.A. c./ Maiellano Tours, Inc.*³³⁵ est la plus importante dans ce domaine. En effet, la Cour d'appel américaine avait pris en considération six conditions pour se prononcer sur l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale. Contrairement aux autres juridictions, la Cour d'appel n'a pas pris en compte expressément la probabilité de succès du recours en annulation. Avant d'adopter sa décision, elle a examiné les objectifs de la Convention de New York de mettre fin à des litiges et d'éviter de longues procédures, la rédaction permissive de l'article VI et aussi son pouvoir discrétionnaire de résoudre l'affaire.

³³⁴ 3 HKC 725 (1996).

³³⁵ XXIVa Y.C.A. 860 (1999).

La Cour d'appel a relevé que le fait d'accorder l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence pourrait encourager les parties, à l'encontre desquelles la sentence avait été rendue, de suivre cette voie de manière abusive. Elle a souligné l'importance de six autres conditions (non-exhaustives) dans l'examen d'une requête en ajournement à savoir :

- 1- Les objectifs généraux de l'arbitrage, notamment celui d'éviter de longues et coûteuses procédures juridictionnelles ;
- 2- Le statut des procédures étrangères et le temps nécessaire pour que celles-ci aboutissent ;
- 3- La question de savoir si la sentence à exécuter fera l'objet d'un recours auprès des juridictions étrangères ;
- 4- Les caractéristiques de la procédure étrangère, pour savoir d'une part si elle encourage l'exécution de la sentence ou plutôt son annulation ; d'autre part si elle a été déclenchée avant la procédure d'exécution de façon à inquiéter la communauté internationale ; d'autre part encore si elle a été déclenchée par la partie qui recherche l'exécution de la sentence auprès d'une Cour fédérale américaine ; et enfin si elle a été initiée dans des circonstances qui indiquent une intention de retarder la résolution du litige.
- 5- Un équilibre entre ressources des parties, tout en prenant en compte le fait que si l'exécution est ajournée, conformément aux dispositions de l'article VI de la Convention de New York, la partie qui recherche l'exécution a droit à une garantie. De plus, selon l'article V de la Convention de New York, une sentence ne doit pas être exécutée, si elle a été annulée ou suspendue dans son pays d'origine.
- 6- Toute autre circonstance qui pourrait influencer la décision en faveur ou à l'encontre de l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale.

La Cour d'appel américaine a ajouté que les deux premiers facteurs avaient d'avantage de valeur que les autres.

D'ailleurs, d'autres juridictions américaines ont mis en place cet examen. Ainsi, dans l'affaire *Jorf Lasfar Energy Company, S.C.A. c./ AMCI Export Corp.*,³³⁶ le demandeur recherchait l'exécution d'une sentence arbitrale française reconnaissant une atteinte au contrat, alors que le défendeur réclamait sa suspension auprès d'une juridiction française saisie pour juger de sa validité. La Cour Américaine, examinant la demande d'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale en attendant la décision des juridictions françaises relatives à la suspension de celle-ci, a autorisé l'ajournement en se fondant sur quatre facteurs empruntés à l'affaire *Europcar*. Elle a pris en considération tour à tour: (1) le retard causé par l'ajournement, à savoir qu'il était moindre par rapport à celui qu'aurait entraîné une confirmation de la sentence, si dans le même temps la Cour française l'avait annulée ; (2) l'annulation ayant éliminé le risque réel de décisions contradictoires ; (3) la possibilité pour la juridiction française d'examiner la sentence dans les délais ; (4) l'équilibre des ressources favorisant l'ajournement, puisque rien n'indique que le demandeur souffrirait financièrement de l'impossibilité d'exécuter la sentence immédiatement.

Dans l'affaire *MGM Productions Group Inc c./ Aeroflot Russian Airlines*,³³⁷ la Cour du Sud New York a exécuté une sentence, tout en rejetant une motion d'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale. La Cour du Sud New York avait constaté que le recours en appel, intenté par *Aeroflot*, auprès des tribunaux suédois portait sur des questions déjà examinées par le tribunal arbitral et servait uniquement à retarder la procédure. De plus, ce recours en appel réclamant l'annulation de la sentence n'avait été formée qu'après la demande d'exécution de la sentence par *MGM* devant la Cour.

Il est évident que les juridictions américaines ont établi une liste d'éléments à examiner pour décider de l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale. Ces juridictions ont accordé beaucoup d'importance au second facteur, c'est-à-dire, le facteur selon lequel il faut autoriser l'ajournement, afin d'éviter des décisions contradictoires entre le tribunal d'origine de la sentence et le tribunal d'exécution³³⁸. Toutefois, certaines juridictions ignorent cette liste. Ces différentes positions aboutissent de façon regrettable à la diversification des décisions.

³³⁶ XXXI Y.C.A. 1370 (2006).

³³⁷ No 03 CIV 0500 (RMB) ; 2003 US Dist LEXIS 8174 (SDNY 14 May 2003).

³³⁸ Rena Rico, « Searching for Standards: Suspension of Enforcement Proceedings under Article VI of the New York Convention » 1(1) *Asian International Arbitration Journal* 69, (2005), p. 71.

Cependant, les juridictions françaises n'autorisent pas l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale, prévue par l'article VI de la Convention de New York³³⁹. En effet, le droit français de l'arbitrage ne considère pas l'annulation d'une sentence arbitrale comme un motif de refus de son exécution. Ainsi, une procédure en annulation n'aboutit pas à l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale en France. Ainsi, dans l'affaire *Bargues Agro Industrie SA c./ Young Pecan Co.*,³⁴⁰ la Cour d'appel de Paris a retenu que la procédure d'annulation initiée en Belgique qui constitue le lieu de l'arbitrage, n'avait aucune conséquence sur la procédure d'exécution engagée en France. Elle rajoute que l'article VI de la Convention de New York, qui se réfère à l'article V, et qui autorise la juridiction d'exécution à ajourner sa décision, afin d'attendre la décision de la juridiction d'annulation, ne concerne pas le système de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales, prévu à l'article 1502 du NCPC, devenu l'article 1520 du Code de Procédure Civile de 2011. Enfin, dans cette affaire, la requête du demandeur a été rejetée. Examinons cette fois-ci la question des sûretés convenables demandées par les juridictions d'exécution de la sentence arbitrale, en cas de requête d'ajournement de la procédure d'exécution **(Paragraphe II)**.

Paragraphe II : Les garanties convenables.

La juridiction qui ajourne la procédure d'exécution d'une sentence arbitrale, en application des dispositions de l'article VI de la Convention de New York, peut également, à la requête de la partie qui recherche son exécution, ordonner à l'autre partie de fournir une garantie financière. Ainsi, l'article VI permet à la juridiction du lieu d'exécution de la sentence de protéger les intérêts économiques de la partie qui demande l'exécution de la sentence, le temps que l'autre juridiction tranche la question de sa validité³⁴¹. Toutefois, la Convention de New York ne fournit pas beaucoup de détails quant à l'application des garanties convenables. Cela relève donc de la volonté des juridictions étatiques de décider des sommes convenables. Plusieurs approches ont été donc adoptées en la matière.

³³⁹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 433.

³⁴⁰ XXX Y.C.A. 499 (2005).

³⁴¹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 434.

Le principal arrêt de la jurisprudence américaine, portant sur l'article VI a précisé les conditions dans lesquelles la garantie pouvait être exigée³⁴². Selon la Cour Américaine, la sûreté doit faire partie du facteur d'équilibre des ressources, une des six conditions susmentionnées³⁴³. De plus, dans l'affaire *Alto Mar Girassol c./ Lumbermens Mutual Casualty Company*,³⁴⁴ la Cour Américaine a ordonné à la partie qui contestait l'exécution de la sentence arbitrale, de produire en garantie le montant total prévu par le jugement comme une sûreté convenable, affirmant que cela allègerait les risques de difficultés financières de l'autre partie.

En Angleterre, dans l'affaire *Soleh Boneh International Ltd. c./ Uganda*³⁴⁵, la Cour d'appel anglaise a pris en considération deux conditions pour exiger une sûreté convenable : (1) la légitimité du motif invoqué pour l'annulation de la sentence, le montant de la garantie variant selon le caractère plausible du motif allégué ; et la difficulté ou la simplicité de l'exécution de la sentence arbitrale. En appliquant ces critères, la Cour d'appel anglaise a constaté qu'elle ne pouvait tenir compte de la seconde condition, dès lors que les biens de la partie contestant la sentence se trouvaient en Angleterre. En outre, les motifs invoqués étaient de nature discutables.

En conséquence, la Cour d'appel anglaise a réduit le montant initialement prévu à cinq millions de dollars, afin d'encourager la partie qui s'opposait à l'exécution de la sentence à agir rapidement, tout en protégeant les intérêts de la partie qui en sollicitait l'exécution.

En Australie, dans l'affaire *Toyo Engineering Corp. c./ John Holland Pty Ltd.*,³⁴⁶ la Cour suprême de Victoria a exigé le dépôt de la somme totale prévue par la sentence, en cas d'exécution, comme une sureté convenable. En outre a-t-elle demandé des intérêts, jusqu'au dernier jour d'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale.

³⁴² *Europcar Italia, S.p.A. c./ Maiellano Tours, Inc.*, XXIVa Y.C.A. 860 (1999).

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ XXX Y.C.A. 1152(2005).

³⁴⁵ XIX Y.C.A. 748 (1994).

³⁴⁶ XXVI Y.C.A. 750 (2001).

A Hong Kong, dans l'affaire *Hebei Import & Export Corp. c./ Polytek Engineering Co. Ltd.*,³⁴⁷ la Haute Cour de Hong Kong a ordonné la suspension, mais a refusé de demander une sûreté convenable, en affirmant que le défendeur était une entreprise importante possédant un patrimoine conséquent. Il n'y avait aucun risque dont il eut fallu protéger le demandeur. Le statut de la partie demanderesse d'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale a donc été pris en compte comme élément principal pour déterminer si la partie en question devait ou non des sûretés convenables.

En conclusion, en cas de recours en annulation d'une sentence arbitrale exercé auprès d'une juridiction étatique, il appartient aux juridictions de prononcer l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence, conformément aux dispositions de l'article VI de la Convention de New York. Mais, ces dispositions restent néanmoins silencieuses sur les éléments d'après lesquels les juridictions du lieu d'exécution sont tenues d'exiger une sûreté, lorsqu'elles attendent le résultat d'un recours en annulation intenté auprès des juridictions du pays d'origine de la sentence.

Par conséquent, plusieurs facteurs ou éléments ont été adoptés par les juridictions étatiques en application des dispositions de l'article VI de la Convention de 1958, afin de décider de l'ajournement de la procédure d'exécution d'une sentence arbitrale. Certaines juridictions ont conclu que l'ajournement prévu par l'article VI dépendait de la probabilité de succès du recours en suspension ou en annulation de la sentence arbitrale, auprès des juridictions d'origine (de la sentence)³⁴⁸. D'autres décisions jurisprudentielles ont pris en considération la durée d'ajournement exigée pour attendre qu'une décision d'annulation ou non de la sentence soit rendue. D'autres encore ont affirmé que l'ajournement dépendait de l'équilibre entre les ressources financières des parties³⁴⁹. Les pays signataires de la Convention de New York offrent donc des réponses juridiques assez diversifiées, qui conduisent à une non-uniformité d'application des dispositions de cette Convention. Aussi, les Etats signataires n'ont pas adopté les mêmes critères pour déterminer si une garantie convenable doit être demandée ou pas.

³⁴⁷ 3 HKC 725 (1996).

³⁴⁸ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 2876.

³⁴⁹ *Ibid.*

Après avoir traité la question de compétence des juridictions étatiques en matière d'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale, et la question des sûretés convenables, l'on va à présent passer à l'étude d'immunité d'Etat comme étant une limite du champ d'application de la Convention de New York de 1958 (**Section II**).

Section II : L'immunité des Etats

En droit international, la souveraineté d'un Etat ne l'empêche pas de s'engager envers un autre Etat et de résoudre un conflit en le soumettant à une autre juridiction, et notamment à une juridiction arbitrale. « *Le fondement des immunités est le plus souvent recherché dans le respect dû à la souveraineté des Etat étrangers, dont l'indépendance et l'égalité apparaissent comme un corollaire* »³⁵⁰. De plus, les droits inhérents à la souveraineté étatique, de par leur nature, peuvent constituer le sujet même de l'arbitrage³⁵¹.

Quand un Etat conclut une convention d'arbitrage avec une partie privée, il est tenu de respecter ses engagements comme toute autre partie de droit privé et tels que prévu dans la convention d'arbitrage. Ainsi, l'immunité étatique ne joue pas son rôle dans ce domaine, dans la mesure où l'Etat, partie à un engagement commercial, exécute ses obligations telles que prévues dans le contrat.

Cependant, cela n'est pas toujours le cas dans la réalité. En pratique, quand une partie de droit privé exige que l'Etat exécute ses obligations contractuelles, la personne privée forme un recours devant les tribunaux judiciaires ou une juridiction arbitrale, et l'Etat devient défendeur à un procès. Quelquefois, l'Etat soulève l'exception d'immunité étatique, afin d'éviter l'exécution de ses obligations contractuelles. Il lui appartient alors de soulever cette exception pour éviter le recours devant une juridiction judiciaire ou arbitrale. Dans la mesure où cette exception est soulevée, la partie de droit privé demeure sans protection juridique et dans une situation inextricable. Ainsi, l'exception d'immunité demeure un des plus grands obstacles au développement de l'arbitrage commercial international.

³⁵⁰ Jean- Michel Jacquet, Philippe Delebecque et Sabine Corneloup, « Droit Du Commerce International », 2^e Edition, *Dalloz*, (2010), p.753, n° 971.

³⁵¹ Hazel Fox QC, « State Immunity and the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 839.

L'exception d'immunité étatique est un principe jurisprudentiel, selon lequel les juridictions nationales d'un Etat étranger n'ont aucun pouvoir sur les autorités juridictionnelles d'un autre Etat³⁵². Ce principe repose sur un consensus international, selon lequel un Etat ne doit pas être poursuivi en justice devant des juridictions étrangères³⁵³. En d'autres termes, tous les Etats sont égaux et, pour cette raison, aucun ne peut exercer une puissance juridique sur un autre.

Ce principe se justifie par le fait que les Etats ne doivent pas subir le poids d'une procédure judiciaire étrangère, et cela, afin que les gouvernements demeurent fonctionnels. Ainsi, la Cour Suprême Américaine a adopté le principe jurisprudentiel d'immunité étatique dans l'affaire *The Schooner Exchange c./ McFadden*³⁵⁴. En l'espèce, en se fondant sur la coutume internationale, le juge Marshall a affirmé que l'immunité étatique repose sur le principe d'égalité des Etats, de leur indépendance absolue et de leurs intérêts communs. La Cour Suprême a conclu son raisonnement en se fondant sur la coutume internationale, en rappelant toutefois, l'importance de préserver des relations amicales avec les autres nations. Mais, reste enfin que l'étendue de l'immunité s'applique différemment d'un pays à autre, selon qu'il s'agit d'une immunité absolue ou restrictive (**Paragraphe 1**). Par ailleurs, il existe un lien qui lie la Convention de New York et le principe d'immunité (**Paragraphe 2**), qui connaît différentes formes, et qui s'applique différemment selon qu'il s'agit d'une approche doctrinale ou jurisprudentielle (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1 : L'étendue de l'immunité:

La question de l'étendue de l'immunité étatique a toujours fait l'objet de controverses. Deux courants s'opposent en effet: l'immunité absolue et l'immunité restrictive. A travers les siècles, les Etats jouissaient d'une immunité absolue au niveau juridictionnel national et

³⁵² Alexis Blane, « Sovereign Immunity as a Bar to the Execution of International Arbitral Awards », 41 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 453, (2009), p. 459.

³⁵³ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 » *Cameron May*, (2001), p. 190.

³⁵⁴ 11 US (7 Cranch) 116 (1812).

international³⁵⁵. Cela découle du fait que tous les Etats sont égaux et que les juridictions nationales d'un Etat ne peuvent exercer aucun droit sur un autre Etat³⁵⁶.

Historiquement, l'immunité étatique est un principe absolu adopté par la communauté internationale, au terme duquel, aucun Etat ne peut être poursuivi en justice devant les juridictions d'un autre Etat. C'est un sacrosaint principe qui puise sa légitimité dans le respect réciproque. Toutefois, la reconnaissance du rôle du respect réciproque est moins importante que celle du principe de la souveraineté d'un Etat étranger. En effet, aujourd'hui, dans le respect réciproque fournit à peine un fondement à l'application du principe de l'immunité d'un Etat étranger³⁵⁷.

Ainsi, dans l'affaire *Hilton c./ Guyot*³⁵⁸, la Cour Suprême Américaine a affirmé que sur un plan légal, le respect réciproque ne représente pas une obligation absolue, mais reflète la courtoisie et la bonne volonté d'un Etat envers un autre. En réalité, il s'agit de la reconnaissance par un Etat de l'autorité législative, exécutive et judiciaire d'un autre Etat sur son territoire, et cela au regard du droit international et des droits des citoyens et des non citoyens qui sont sous la protection de la loi.

De cette définition, il importe de constater que les règles du respect réciproque ne sont pas dotées de nature légale, en ce qu'elles ne représentent pas une source de droit international. Elles sont tout simplement considérées comme un élément important, qui influence le développement du droit international³⁵⁹. Ainsi, le respect réciproque ne représente pas un argument légal ferme et rigide qui pourrait être pris en compte par les juridictions au cours de leur examen de l'exception de l'immunité étatique absolue³⁶⁰.

Pour ces raisons, le développement commercial du XXème siècle a provoqué une érosion progressive du principe d'immunité absolue des Etats, pour s'orienter vers une application plus restrictive du principe. En conséquence, le nombre des engagements

³⁵⁵ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p. 744.

³⁵⁶ Robert S Pé, « Sovereign Immunity in Hong Kong: The Absolute Doctrine versus the Restrictive Doctrine », *4(1) Disp. Resol. Int'l* 109, (2010), p. 109.

³⁵⁷ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 73.

³⁵⁸ 159 US 113 (1895), p.163.

³⁵⁹ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 74.

³⁶⁰ *Ibid.*

étatiques en matière commerciale a considérablement augmenté. D'ailleurs, la doctrine affirme que ce principe d'immunité absolue ne prévaut pas en droit international. De plus, son application n'est pas recommandée, en ce que les parties de droit privé, concluant un contrat avec l'Etat, sont privées de leur droit d'agir en justice, d'autant plus qu'elle accorde injustement aux entreprises publiques un avantage³⁶¹.

En outre, le développement de l'Union Européenne, et l'adoption de l'Accord général sur les tarifs douaniers et du commerce et plus récemment l'accroissement du rôle de l'Organisation Mondiale du Commerce ont encouragé beaucoup d'Etats à s'engager et à conclure des contrats commerciaux. Ajoutons que la Convention de New York de 1958 portant sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a facilité la résolution des conflits commerciaux internationaux, permettant ainsi au principe d'immunité restrictive de gagner du terrain³⁶².

Selon cette nouvelle doctrine, les Etats jouissent d'une immunité restrictive, notamment dans le cas où ils concluent des contrats de nature purement commercial ou lorsqu'ils sont parties dans un conflit commercial³⁶³.

En réalité, ce principe s'est rapidement répandu en ce qu'il oblige les Etats à respecter leurs obligations commerciales. Pour cela, beaucoup d'Etats ont conclu des contrats commerciaux, soit directement pour leur compte, soit par l'intermédiaire de mandataires. Ainsi, dans le cadre de l'affaire *Kuwait Airways c./ Iraqi Airways*³⁶⁴, Lord Mustill a décrit la situation devant la Chambre des Lord, le conduisant à affirmer que la souveraineté étatique enlève sa robe pour plonger dans le monde du marché et s'engager à exécuter des activités commerciales. Ainsi, l'Etat accepte de se soumettre à l'autorité d'une juridiction étrangère, dans les cas où il n'exécute pas ses obligations ou ne réussit pas à les exécuter entièrement.

³⁶¹ Tom McNamara, « Foreign Sovereign Immunity During the New Nationalisation Wave », 11(1) *Bus. L. Int'l* 5, (2010), p. 8.

³⁶² Nicholas Pengelley, « Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough », 26(6) *Journal of International Arbitration* 859, (2009), p. 859.

³⁶³ Robert S Pé, « Sovereign Immunity in Hong Kong: The Absolute Doctrine versus the Restrictive Doctrine » 4(1) *Disp. Resol. Int'l* 109, (2010), p. 109.

³⁶⁴ [1995] 1 WLR 1147, 1171, (HL).

Selon le principe d'immunité restrictive, la souveraineté de l'Etat joue dans le cadre des actes publics (*jure imperii*), mais non pas dans le cadre des actes privés (*jure gestionis*). Ainsi, les Etats ne jouissent plus de l'exception d'immunité dans le cadre des contrats commerciaux³⁶⁵.

Aussi, l'application du principe d'immunité restrictive répond-t-elle au principe international selon lequel tous les Etats sont égaux et aucun d'eux ne jouit d'une autorité supranationale. Dans le cadre du droit commercial, les Etats, comme les personnes de droit privé, sont tenus de respecter les obligations qu'ils se sont engagés à exécuter³⁶⁶. Aujourd'hui, beaucoup de juridictions appliquent ce principe pour rejeter l'exception d'immunité, notamment dans la mesure où l'acte objet du conflit n'est pas de nature publique³⁶⁷.

Ainsi, beaucoup d'Etats acceptent l'application du principe d'immunité restrictive³⁶⁸, au lieu de l'immunité absolue. Néanmoins, certains Etats insistent toujours sur l'application du principe d'immunité absolue, notamment les Etats asiatiques et les Etats du bloc socialiste³⁶⁹. Les défenseurs du principe d'immunité absolue affirment que l'évaluation des actes étatiques par une juridiction étrangère constitue une violation de la souveraineté³⁷⁰. Dans ces Etats, il est très difficile de séparer l'économie de la politique, en ce qu'ils sont étroitement unis. En effet, l'Etat est le propriétaire des moyens de production qui représentent la base de l'économie³⁷¹.

Selon cette théorie, les activités économiques sont intrinsèques à l'Etat, en ce qu'ils représentent l'une des manifestations de l'exercice de sa souveraineté de l'Etat comme étant un Etat socialiste. Cela constitue un aspect caractéristique des Etats socialistes ; c'est pourquoi le principe d'immunité doit être reconnu comme principe universel, dans le respect

³⁶⁵ Molly Steele et Michael Heinlen, « Challenges to Enforcing Arbitral Awards Against Foreign States in the United States », *42 Int'l Law*, 87, (2008), p. 89.

³⁶⁶ Dhisadee Chamlongradsr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 75.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p. 744.

³⁶⁹ Nicholas Pengelley, « Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough », *26(6) Journal of International Arbitration* 859, (2009), p. 859.

³⁷⁰ Kaj Hobér, « Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Russian Entities » *10(1) Arbitration International* 17, (1994), p. 45.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 44.

des particularités des pays socialistes. Toutefois, le fait d'accepter l'application du principe d'immunité restrictive limite le rôle économique de l'Etat et son ingérence dans toutes les activités économiques.

A titre d'exemple, en République de Chine, l'Etat jouit d'une souveraineté et d'une immunité absolue devant les juridictions étrangères. Ce principe s'applique à tout ce qui relève de l'Etat, comme ses propriétés, ses activités et ses obligations. En effet, la Chine rejette le principe d'immunité restrictive³⁷². Par conséquent, les juridictions chinoises n'ont jamais eu à connaître d'un recours contre un gouvernement ou un Etat étranger, de même qu'elles n'ont jamais eu à examiner un recours portant sur la propriété d'un Etat étranger, quel que soit cet Etat, et quelle que soit cette propriété³⁷³.

Ainsi, aucun consensus n'existe entre les différents Etats sur l'application des principes d'immunité absolue ou restrictive. Pour notre part, nous concentrerons notre recherche sur le principe d'immunité restrictive, dans la mesure où les Etats qui adoptent le principe d'immunité absolue accordent systématiquement l'immunité. Voyons ce qu'il en est enfin du lien qui lie le principe d'immunité à la Convention de New York (**Paragraphe II**).

Paragraphe II : Le lien entre l'immunité et la Convention de New York :

La Convention de New York ne fait pas référence à l'immunité de l'Etat, bien qu'elle puisse être appliquée notamment dans l'hypothèse où l'Etat ou son représentant sont partie à une convention d'arbitrage³⁷⁴. De plus, la Convention de New York ne comporte aucune disposition portant sur le pouvoir d'un Etat de conclure une convention d'arbitrage. Toutefois, son article 1^{er} al.1 définit son champ d'application, en affirmant que la Convention de New York s'applique à « *la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales* ».

³⁷² Robert S Pé, « Sovereign Immunity in Hong Kong: The Absolute Doctrine versus the Restrictive Doctrine », 4(1) *Disp. Resol. Int'l* 109, (2010), p. 112.

³⁷³ Ibid, p. 113.

³⁷⁴ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4^{ème} Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, (2004), p. 549.

De cette dernière disposition, il est possible de conclure que l'Etat peut être partie à une convention ou à une sentence arbitrale, dans la mesure où cette Convention précitée ne l'exclut pas³⁷⁵. Cependant, certaines législations nationales interdisent expressément aux établissements publics de signer des conventions arbitrales, par lesquelles ces établissements seraient soumis à l'application de législations étrangères³⁷⁶.

Par conséquent, si aucune disposition de droit interne n'interdit explicitement à l'Etat ou à ses différents organismes de signer une convention d'arbitrage, les principes du droit international s'appliquent implicitement, en ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales étrangères et dans le respect des dispositions de la Convention de New York de 1958.

Selon la Convention de New York, les Etats sont tenus d'adopter les mesures nécessaires à l'application de ses dispositions en droit interne. L'une de ces mesures consisterait à s'assurer que les législations nationales portant sur l'immunité étatique et l'exécution des sentences arbitrales sont conformes aux pratiques de droit international³⁷⁷.

Aux termes de l'article III de la Convention de New York, « *Chacun des Etats 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* ». Nous constatons donc que la Convention de New York demeure silencieuse quant à l'immunité des Etats contractants. L'exception d'immunité étatique sera soulevée devant la juridiction qui examine l'exécution de la sentence arbitrale³⁷⁸. Toutefois, une interprétation extensive des dispositions de l'article III risque de porter atteinte à l'un des objectifs recherchés par la Convention de New York, notamment celui de limiter les fondements permettant de refuser d'exécution d'une sentence arbitrale³⁷⁹. Par conséquent, il est utile d'examiner les différentes formes d'immunité et les approches doctrinales et

³⁷⁵ Hazel Fox QC, « State Immunity and the New York Convention » dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 840.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 843.

³⁷⁷ Hazel Fox, « State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Do We Need an UNCITRAL Model Law Mark II for Execution Against State Property? », 12(1) *Arbitration International* 89, (1996), p. 93.

³⁷⁸ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 229.

³⁷⁹ MB Feldman, « Waiver of Foreign Sovereign Immunity by Agreement to Arbitrate : Legislation Proposed by the American Bar Association », 40(1) *Arb J* 24 (1985), p. 30.

jurisprudentielles en la matière, relative à l'exécution de la sentence arbitrale (**Paragraphe III**).

Paragraphe III : Les formes d'immunité et les approches doctrinales et jurisprudentielles

« Les immunités remplissent une double fonction généralement reconnue. L'immunité de juridiction fait obstacle à l'application à l'encontre de son bénéficiaire des règles de compétence juridictionnelle qui fonderaient la compétence des tribunaux d'un Etat étranger. L'immunité d'exécution fait obstacle à la mise en œuvre des mesures ordonnées au bénéfice d'un créancier privé et portant sur des biens corporels ou incorporels dont l'Etat ou l'organisation internationale disposerait à l'étranger »³⁸⁰.

Ainsi, l'immunité existe sous deux formes, selon la phase procédurale dans laquelle elle intervient. Il se peut qu'elle se manifeste comme une immunité de juridiction ou une immunité d'exécution. Ainsi, une distinction rigide existe entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution³⁸¹. Par exemple, aux Etats-Unis, la loi de 1976 portant sur les immunités des souverainetés étrangères (FSIA ³⁸²), préserve une distinction entre deux formes d'immunités, considérées indépendamment l'une de l'autre.

Dans l'affaire *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran c./ Cubic Defense Sys., Inc.*,³⁸³ la neuvième Cour Américaine a affirmé que le FSIA a maintenu la distinction entre les deux différentes immunités de souverainetés étrangères : l'immunité de juridiction – qui se définit comme la possibilité pour un Etat souverain de refuser une action devant les tribunaux américains – et l'immunité d'exécution – qui se définit comme étant le pouvoir par lequel un Etat souverain protège ses biens et son territoire de l'exécution d'une sentence arbitrale.

³⁸⁰ Jeqn- Michel Jacquet, Philippe Delebecque et Sabine Corneloup, « Droit Du Commerce International », 2^e Edition, *Dalloz*, (2010), p.754, n° 971.

³⁸¹ Albert Jan van den Berg, « The New York Convention of 1958: An Overview », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 44.

³⁸² FSIA signifie Foreign Sovereign Immunities Act de 1976.

³⁸³ 385 F.3d 1206 (2004).

En conséquence, une partie doit dépasser deux obstacles pour faire reconnaître et exécuter sa sentence arbitrale dans un Etat étranger et cela, en prouvant que les deux formes d'immunité ne s'appliquent pas à cet Etat³⁸⁴. Pour cela, les deux formes d'immunité, à savoir l'immunité de juridiction (**Sous-Paragraphe 1**), et l'immunité d'exécution (**Sous-Paragraphe 2**), seront analysées séparément.

Sous-Paragraphe 1 : L'immunité de juridiction :

Selon le droit international, les Etats bénéficient d'une certaine immunité juridictionnelle et les juridictions étatiques sont tenues de refuser d'examiner des recours, portant sur des conflits relevant des Etats où la question de la compétence pose un problème. Sous diverses circonstances, les Etats étrangers peuvent soulever l'exception d'immunité juridictionnelle dans le cadre de procédures arbitrales. Ceci peut intervenir dès le début de la procédure arbitrale, ou au moment de la formation du tribunal arbitral et jusqu'à la dernière phase qui comporte la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale³⁸⁵. Afin d'affirmer son immunité, un Etat étranger peut soulever cette exception auprès d'un tribunal étatique, qui devrait se déclarer comme incompétent à examiner le litige.

Le recours à l'arbitrage n'est pas possible, notamment si les parties n'ont pas consenti à y recourir. Le premier problème qui se pose ici est celui de savoir si un Etat a le droit de signer une convention arbitrale. Dans l'affirmative, cela équivaut de la part de l'Etat à une renonciation à se prévaloir de l'exception d'immunité juridictionnelle dans la procédure arbitrale³⁸⁶.

Si l'Etat étranger accepte d'être lié par une convention d'arbitrage et renonce ainsi à bénéficier de l'immunité juridictionnelle devant le tribunal arbitral, il est logique de conclure qu'il existe une renonciation à cette immunité³⁸⁷. On est tenté de penser que la question de l'application de l'exception d'immunité étatique à un arbitrage en matière de droit

³⁸⁴ Saloni Kantaria, « The Challenges of Enforcing an Arbitral Award Against a Foreign State in the United States », 27(1) *Journal of International Arbitration* 75, (2010), p. 77.

³⁸⁵ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 79.

³⁸⁶ Di Pietro Domenico et Platte Martin, « Enforcement of International Arbitration Awards: the New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 191.

³⁸⁷ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 85.

commercial international est peu pertinente³⁸⁸, d'autant que l'arbitrage commercial international est fondé sur le consentement des parties à l'arbitrage et que les différends soulevés dans ce cadre varient largement d'une transaction commerciale à une autre.

Les autorités juridictionnelles rejettent la prétention des Etats étrangers à retenir que l'exception d'immunité de juridiction doit s'appliquer dans le cadre de l'exécution des sentences arbitrales. Ainsi, quand un Etat étranger accepte de recourir à l'arbitrage, il ne peut plus se prévaloir de son immunité de juridiction, afin d'échapper à la juridiction et la compétence du tribunal arbitral³⁸⁹. Aujourd'hui, il est donc possible d'affirmer que dans le cadre des conflits commerciaux, un Etat ne jouit plus de l'exception de l'immunité devant des juridictions nationales³⁹⁰.

Mais, si le tribunal étatique reconnaît cette immunité, elle va déstabiliser toute la procédure arbitrale et la rendre vaine³⁹¹. Dans ce cas, il est important d'examiner la loi du lieu d'exécution de la sentence arbitrale, en ce que les juridictions appliqueront leur propre définition de l'immunité de juridiction³⁹². Pour cela, il faut vérifier si la convention arbitrale constitue une renonciation à l'immunité de juridiction (A), mais qui lui permet aussi d'adopter une position qui diffère d'un Etat à autre (B).

A- La renonciation à l'immunité de juridiction :

« L'effet de l'acceptation par un Etat d'une convention d'arbitrage sur l'étendue de son immunité de juridiction demeure controversé lorsque, après avoir consenti à recourir à l'arbitrage, l'Etat invoque son immunité, non pas devant les arbitres, mais devant les

³⁸⁸ Hazel Fox QC, « State Immunity and the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 829.

³⁸⁹ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 80.

³⁹⁰ Hazel Fox QC, « State Immunity and the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 845.

³⁹¹ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 86.

³⁹² Di Pietro Domenico et Platte Martin, « Enforcement of International Arbitration Awards: the New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 191.

juridictions étatiques susceptibles d'intervenir pour assurer le bon fonctionnement de la procédure »³⁹³.

Un Etat étranger peut renoncer à son immunité de façon expresse ou tacite, et cela, avant ou après la survenance du différend. Une renonciation expresse peut faire l'objet d'une convention conclue avec une partie privée, ou d'un traité ou d'une déclaration unilatérale auprès d'un tribunal³⁹⁴. Pour cela, les parties qui veulent conclure une convention d'arbitrage avec l'Etat ou son représentant, sont fortement encouragées à obtenir une renonciation à l'immunité de juridiction, notamment en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale³⁹⁵. Une telle approche ne peut que bénéficier aux parties.

A défaut d'une renonciation expresse à l'immunité, un Etat étranger, qui conclut un contrat comportant une clause arbitrale avec une partie de droit privé, est considéré comme ayant implicitement renoncé à son immunité de juridiction, à défaut, la convention d'arbitrage serait inefficace. En effet, l'insertion d'une convention d'arbitrage doit être considérée comme valant renonciation à l'immunité de juridiction, ce qui dénote l'importance du processus arbitral³⁹⁶.

Un Etat qui conclut une convention d'arbitrage ne peut plus invoquer son immunité souveraine pour échapper au recours devant les juridictions nationales. Un tel comportement constitue une violation des principes généraux du droit, applicables en la matière et de la règle de bonne foi exprimée par le principe d'*estoppel*³⁹⁷, reconnu par le droit et la pratique internationale.

Cependant, dans l'affaire *Tekno-Pharma AB c./ Iran*, la Cour d'appel de Svea, confirmé dans sa décision par la Cour Suprême Suédoise, a considéré que la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de location entre deux parties, prévoyant l'arbitrage en Suède et l'application de la loi suédoise, ne constituait pas une renonciation expresse à

³⁹³ E. Gaillard, « Convention d'arbitrage et imunités de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales », 18(3) *ASA Bulletin* 471, (2000), p. 472.

³⁹⁴ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 86.

³⁹⁵ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4^{ème} Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, (2004), p. 554.

³⁹⁶ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 86-7.

³⁹⁷ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p. 746.

l'immunité³⁹⁸. La Cour a ajouté que le seul fait que l'Etat ait conclu la convention d'arbitrage ne constitue pas une preuve suffisante de son intention de renoncer à son immunité de juridiction.

Dans une autre affaire, la Cour Suédoise a affirmé que l'insertion d'une convention d'arbitrage dans un contrat de concession, équivaut à une renonciation à l'immunité de juridiction par l'Etat³⁹⁹. Cet avis est largement partagé aux Etats-Unis et dans les autres pays du monde **(B)**.

B- La position des différents Etats:

Les Etats en question, sont les Etats Unis **(1)**, le Royaume uni **(2)**, l'Australie **(3)** et la France **(4)**.

1- Les Etats Unis :

Aux Etats-Unis, les parties privées qui forment un recours contre un Etat étranger doivent rapporter la preuve de l'applicabilité de l'une des exceptions prévues par la loi souveraine d'immunités étrangère (*FSIA*) ; ainsi l'exception d'immunité sera rejetée et le recours sera examiné par les tribunaux étatiques, selon les dispositions de la Section 1330 (a). Faute de preuve, le tribunal sera privé de sa compétence⁴⁰⁰. Il faudra dès lors, démontrer la compétence matérielle du tribunal en question.

Ainsi, en 1988, le Congrès américain a amendé la *FSIA* pour créer une nouvelle exception portant sur l'arbitrage. Selon cette loi, les Etats étrangers et leurs organismes ne bénéficient pas de l'immunité souveraine, dans une action en exécution d'une sentence arbitrale internationale. Selon les dispositions de la Section 1605(6), les Etats étrangers ne peuvent se prévaloir de l'exception d'immunité dans les actions en exécution d'une convention d'arbitrage ou en reconnaissance d'une sentence arbitrale, si:

- (a) La procédure d'arbitrage doit se tenir ou se tient aux Etats-Unis ;

³⁹⁸ Décision 24 Mai 1972, 65 ILR 383.

³⁹⁹ *LIAMCO c./ Government of the Libyan Arab Republic*, 62 ILR 141(1977), 178.

⁴⁰⁰ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 126.

- (b) La convention d'arbitrage ou la sentence pourrait être régie par un traité ou un autre accord de droit international, qui reconnaît l'exécution d'une sentence arbitrale et qui est en vigueur aux Etats-Unis ;
- (c) L'affaire sous-jacente aurait pu être soulevée aux Etats-Unis sous les dispositions de la *FSIA* ;
- (d) Ce sont les dispositions de la *FSIA*, qui portent sur la renonciation à l'exception (conformément à la Section 1605(1), qui seraient applicables.

Les Etats-Unis ont ratifié la Convention de New York en 1970. Régulièrement, les tribunaux appliquent la *FSIA*, notamment les dispositions portant sur l'exécution de la convention d'arbitrage et la reconnaissance d'une sentence arbitrale, contre un Etat étranger et dans les formes prévues par la Convention de New York.

Les tribunaux américains considèrent que le Congrès américain a reconnu la convention d'arbitrage comme étant une exception à l'immunité de juridiction, au regard des dispositions de la Convention de New York⁴⁰¹. Par exemple, selon les tribunaux américains, un Etat signataire de la Convention de New York, qui accepte de recourir à l'arbitrage pour la résolution d'un différend, est considéré comme ayant implicitement renoncé à son immunité souveraine au regard de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale⁴⁰².

Mais, en considérant que le consentement à l'arbitrage représente une renonciation tacite à se prévaloir de l'exception d'immunité, la majorité des tribunaux ont affirmé que les dispositions de la Section 1605(a)(1), devraient être interprétées restrictivement. Ainsi, dans l'affaire *Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co c./ Navimpex Centrala Navala*⁴⁰³, la Cour Américaine a conclu que l'Etat étranger qui signe une convention d'arbitrage renonce implicitement à son immunité souveraine de juridiction, selon les dispositions de la Section 1605(a)(1) et pourrait faire l'objet d'un recours.

Néanmoins, il faut qu'il y ait une preuve irréfutable démontrant l'intention de l'Etat étranger de renoncer à son immunité ou à son intention d'adopter les mesures nécessaires à la

⁴⁰¹ John Fellas, « Transatlantic Commercial Litigation and Arbitration », *Oceana Publication inc.*, (2004), p. 656.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ 989 F 2d 572 (2nd Cir 1993).

reconnaissance et à l'exécution de l'arbitrage. Dans l'affaire *Argentine Republic c./ Amerada Hess Shipping*⁴⁰⁴, la Cour Suprême des Etats-Unis a affirmé que la simple signature d'un acte international, ne constitue pas en soi-même une renonciation à l'immunité de juridiction, notamment dans le cas où l'acte ne comporte aucune précision relative à ce sujet.

Ainsi, dans l'affaire *Creighton Ltd. (Cayman Islands) c./ Minister of Finance and Minister of Internal Affairs and Agriculture of the Government of the State of Qatar*⁴⁰⁵, une société immatriculée aux îles Caïmans a intenté un recours en exécution d'une sentence arbitrale rendue par la CCI à Paris contre l'Etat du Qatar. En effet, le demandeur cherchait à faire exécuter la sentence arbitrale par une juridiction américaine, en se fondant sur le fait que le Qatar a implicitement renoncé à son immunité, à partir du moment où il a signé une convention d'arbitrage dans un Etat signataire de la Convention de New York. Toutefois, le Qatar a affirmé que, selon les dispositions de la *FSIA*, la signature d'une convention d'arbitrage dans un Etat qui fait partie de la Convention de New York, n'emporte pas de renonciation à se prévaloir de l'exception d'immunité de juridiction aux Etats-Unis, à moins que l'Etat souverain ne soit aussi partie signataire de la Convention de New York⁴⁰⁶. Ainsi, comme le Qatar n'a pas signé la Convention de New York, la signature par cet Etat d'une convention d'arbitrage dans un Etat signataire de la Convention de New York ne constitue pas nécessairement une preuve de son intention à renoncer à son immunité souveraine devant les juridictions américaines.

Toutefois, la Cour d'appel américaine a trouvé un fondement juridique pour faire exécuter une sentence contre le Qatar, sur la base des dispositions de la Section 1605(a)(6)(B), puisque, la Convention de New York appelle à l'exécution de la sentence arbitrale rendue par la juridiction d'un Etat signataire⁴⁰⁷.

Au moment de l'affaire, le Qatar ne faisait pas partie des Etats signataire de la Convention de New York. Toutefois, selon l'arrêt de la Cour d'appel américaine, les dispositions de la Convention de New York s'appliquent à la sentence arbitrale, rendue en faveur de *Creighton* contre le Qatar et la sentence est susceptible d'exécution devant les

⁴⁰⁴ 488 US 428 (1989) p. 442.

⁴⁰⁵ 181 F 3d 118 (DC Cir 1999) p. 123.

⁴⁰⁶ *Creighton Ltd c./ Government of the State of Qatar*, 181 F. 3d 118 (D.C. Cir. 1999) p. 122.

⁴⁰⁷ 181 F 3d 118 (DC Cir 1999) p. 123.

juridictions américaines. Il convient de noter que l'application de la Convention de New York ne dépend pas des domiciles des parties à la convention d'arbitrage, mais plutôt du lieu où la sentence a été rendue. Dans le cas de l'affaire *Creighton*, la sentence arbitrale a été rendue en France. Si ce lieu relève d'un Etat signataire de la Convention de New York, tous les Etats signataires de la Convention sont tenus de reconnaître et d'exécuter la sentence.

Pour écarter la possibilité qu'un Etat étranger soulève une exception d'immunité juridictionnelle, les parties qui concluent une convention d'arbitrage sont encouragées à prévoir l'intervention des juridictions américaines dans la reconnaissance et dans l'exécution de la sentence arbitrale⁴⁰⁸. Logiquement, les parties signataires d'une convention d'arbitrage doivent bien calculer la portée des décisions prises par les juridictions américaines, lorsqu'elles désignent les Etats-Unis comme un lieu d'exécution de l'arbitrage, ou dans le cas où la convention d'arbitrage obéit à des traités internationaux, dont tous les Etats signataires sont membres, comme c'est le cas par exemple de la Convention de New York⁴⁰⁹.

Par conséquent, l'acceptation d'une convention d'arbitrage relevant d'un Etat étranger ne suffit pas, en règle générale, à écarter l'application de l'immunité de juridiction. En effet, selon la jurisprudence, la signature d'une convention d'arbitrage ne constitue pas une renonciation au principe d'immunité de juridiction, à moins que l'Etat étranger soit partie signataire d'un traité accordant aux tribunaux étatiques la compétence d'exécuter une sentence arbitrale, comme c'est le cas par exemple de la Convention de New York⁴¹⁰. Il y a lieu d'examiner dès à présent la position anglaise (2).

2- Le Royaume-Uni :

Au Royaume-Uni, l'immunité fait l'objet d'un statut codifié. La Loi sur l'immunité étatique (*SIA*⁴¹¹) de 1978, pose le principe d'une immunité générale, mises à part quelques exceptions. La question qui se pose ici est celle de savoir si l'Etat qui accepte une convention d'arbitrage doit être considéré comme ayant renoncé à son immunité juridictionnelle.

⁴⁰⁸ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 135.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ Tom McNamara, « Foreign Sovereign Immunity During the New Nationalisation Wave », 11(1) *Bus. L. Int'l* 5, (2010), p. 22.

⁴¹¹ SIA signifie State Immunity Act de 1978.

Les dispositions de la Section 9 du *SIA* prévoient l'immunité du recours en justice devant les tribunaux anglais, dans les cas relatifs à une convention d'arbitrage signée par un Etat, sur l'exécution de la sentence arbitrale ou sur une transaction commerciale⁴¹². Selon la Section 9 du *SIA*, quant un Etat conclut une convention d'arbitrage par écrit, il ne bénéficie plus de l'immunité de juridiction, dans le cadre d'un recours arbitral auprès des tribunaux anglais⁴¹³. Ainsi, il y a très peu de chance que les juridictions soulèvent le problème de la compétence, puisque la Section 9 du *SIA* a résolu le problème, en prévoyant que l'Etat étranger qui conclut une convention d'arbitrage renonce à son immunité auprès des juridictions anglaises et notamment sur les sujets relevant de l'arbitrage.

Pour rejeter l'argument de l'immunité de juridiction, la Section 9 du *SIA* n'exige pas que l'arbitrage ait lieu au Royaume-Uni, ou que l'Etat étranger accepte le Royaume-Uni comme lieu d'arbitrage. L'interprétation littérale de la Section 9 n'exige donc pas un lien juridique pour retenir la compétence.

Dans l'affaire *Svenska Petroleum Exploration AB c./ Government of the Republic of Lithuania*⁴¹⁴, la Cour Anglaise a affirmé qu'il est clair que la Section 9 est destinée à être appliquée aux procédures de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales. Il n'y a aucune raison linguistique ou autre pour interpréter la Section 9 du *SIA* comme ayant exclu la procédure d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. La Cour d'appel anglaise a confirmé la décision de *J. Gloster*⁴¹⁵.

En l'espèce, la Lituanie a affirmé que la Section 9 est implicitement limitée aux sentences adoptées sur le territoire anglais. La Cour d'appel anglaise a répliqué que la Section 9 ne contient aucune restriction⁴¹⁶.

Ainsi, pour que les juridictions anglaises puissent exercer leur compétence, selon les dispositions de la Section 9, il n'est pas nécessaire que l'arbitrage intervienne sur le sol

⁴¹² Alexis Blane, « Sovereign Immunity as a Bar to the Execution of International Arbitral Awards », 41 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 453, (2009), p. 463.

⁴¹³ Xiaoyang Zhang, « Settlement of Commercial Disputes With Foreign Elements Involved in Arbitration: Legal Theories and Practice in the United Kingdom », 12 *Fla. J. Int'l L.* 167, (1998), p. 178.

⁴¹⁴ [2005] *EWHC* 2437 (QB(Comm)).

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ *Svenska Petroleum Exploration AB c./ Government of the Republic of Lithuania*, [2006] *EWCA* Civ 1529.

anglais ou qu'il soit géré par une législation anglaise. Il suffit qu'un Etat étranger consente à se soumettre à une convention d'arbitrage, pour qu'il perde son droit à l'immunité et que les juridictions anglaises soient compétentes. Ainsi, en serait-il de même en Australie (3) ?

3- L'Australie :

Une partie de droit privé relève des dispositions de la Section 10(5) de la loi australienne (*FSIA*⁴¹⁷), affirme qu'un Etat a le droit de renoncer à son immunité et cette renonciation doit intervenir dans le cadre juridique prévu par la convention d'arbitrage conclue entre les parties. Toutefois, l'application des dispositions de la Section 10(5) de la *FSIA* exige que la convention d'arbitrage comporte une clause, selon laquelle l'Etat étranger renonce à son immunité de juridiction au cours de la procédure d'exécution ou qu'il accepte de se soumettre à des compétences spéciales selon la nature du différend.

De plus, la Commission australienne chargée de la réforme législative a considéré qu'il est un peu exagéré de considérer que le consentement d'un Etat étranger de se soumettre à une convention d'arbitrage équivaut à une renonciation à l'immunité de juridiction⁴¹⁸. Mais, la situation est tout autre en France (4).

4- La France :

Dans l'affaire *Yugoslavia c./ SEEE*⁴¹⁹, la juridiction française a accepté que la renonciation à l'immunité de juridiction soit étendue à la procédure de reconnaissance d'une sentence arbitrale, sans que cela ne porte atteinte à l'immunité d'exécution. Selon la Cour, la reconnaissance d'une sentence arbitrale ne constitue pas un acte d'exécution de celle-ci. En conséquence, l'acceptation de se soumettre à l'arbitrage ne constitue pas un consentement à l'exécution de la sentence arbitrale devant les juridictions nationales. Mais, cette acceptation traduit une renonciation à l'immunité de juridiction.

⁴¹⁷ FSIA signifie Foreign States Immunities Act de 1985, en Australie.

⁴¹⁸ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p.121; Australian Law Reform Commission Foreign State Immunity (Report No 24, 1984) 104, p106-7.

⁴¹⁹ 65 ILR 46, p.49.

L'examen des différentes approches nationales portant sur l'immunité juridictionnelle montre qu'il n'existe pas de position uniforme en la matière. Toutefois, il est possible de conclure que l'immunité de juridiction ne sera pas accordée à un Etat étranger, dans le cadre d'une convention d'arbitrage signée sous l'angle de la Convention de New York. Après avoir traité la première forme d'immunité, à savoir l'immunité de juridiction, abordons maintenant la question de l'immunité d'exécution (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 2 : L'immunité d'exécution:

Des problèmes peuvent se poser quant une partie gagnante cherche à exécuter la sentence arbitrale contre un Etat ou contre l'un de ces organismes, en ce que ce dernier pourrait chercher à échapper à ses obligations, en invoquant l'immunité d'exécution⁴²⁰. Avant que les tribunaux ne discutent de l'immunité d'exécution, ils doivent examiner la question de l'immunité de juridiction. En effet, si un Etat jouit d'une immunité de juridiction, les tribunaux d'exécution n'auront aucun droit envers l'Etat étranger et l'exécution sera impossible. Ainsi, il n'est pas nécessaire d'examiner la question d'immunité d'exécution, quant une renonciation à celle-ci a déjà été présentée ; les tribunaux sont simplement incompétents à examiner l'affaire⁴²¹. Si les tribunaux réussissent à prouver leur compétence pour examiner l'affaire, la question d'immunité d'exécution ne pourra pas être examinée.

Les problèmes d'immunité d'exécution apparaissent au second niveau de la procédure, après que les parties de droit privé aient gagné le procès et aient obtenues une sentence arbitrale, qui doit être exécutée en leur faveur⁴²². Lorsqu'un Etat consent à se soumettre à l'arbitrage, il ne jouit généralement plus de l'immunité de juridiction. Ainsi, il ne pourra pas invoquer l'immunité dans le cadre de la procédure de l'exécution de la sentence arbitrale, en ce que cette dernière constitue un élément important de l'arbitrage⁴²³.

⁴²⁰ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4^{ème} Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, (2004), p. 551.

⁴²¹ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 188.

⁴²² *Ibid.*, p. 59-60.

⁴²³ *Ibid.*, p. 95.

Toutefois, le fait qu'un Etat ne jouisse pas de son immunité de juridiction, au niveau de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale, ne produit aucun effet sur l'immunité d'exécution qu'il pourrait invoquer⁴²⁴. Un Etat étranger peut invoquer son droit à l'immunité d'exécution en se fondant sur la distinction entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution, mais aussi en affirmant que sa renonciation à l'immunité de juridiction par son consentement à une convention d'arbitrage, ne s'étend pas à son immunité d'exécution⁴²⁵. Toutefois, selon Monsieur Bernini et Monsieur Van den Berg, un Etat qui accepte de se soumettre à l'arbitrage doit être considéré comme ayant renoncé à son immunité de juridiction et d'exécution. Pour les mêmes raisons, ces auteurs considèrent inadéquat d'établir une distinction entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution tout au cours de la procédure arbitrale. En effet, il est illogique d'admettre qu'un Etat qui accepte de se soumettre à une convention d'arbitrage, aura renoncé à son immunité de juridiction et non pas à son immunité d'exécution⁴²⁶. Dans ce cadre, il serait utile d'examiner la question de la renonciation à l'immunité d'exécution (**A**), avant de se demander quels sont les biens qui sont protégés par l'immunité d'exécution (**B**).

A- La renonciation à l'immunité d'exécution :

L'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution étant différentes, les divers systèmes judiciaires ont adopté des approches différentes, portant sur ces deux formes d'immunités et sur la façon dont il est possible d'y renoncer.

Selon le droit international, un Etat étranger ne jouit pas de l'immunité d'exécution, notamment pour les biens utilisés ou destinés à des fins commerciales⁴²⁷. Cependant, les biens de l'Etat étranger, qui sont affectés à un service public, ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution, sauf dans le cas où l'Etat étranger a spécifiquement renoncé à son immunité d'exécution pour ces biens en particulier⁴²⁸.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 95.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 96.

⁴²⁶ Nicholas Pengelley, « Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough », 26(6) *Journal of International Arbitration* 859, (2009), p. 869.

⁴²⁷ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 259.

⁴²⁸ *Ibid.*

Au vu du rôle qui est attribué au droit international, il est possible d'affirmer que l'application de l'immunité d'exécution n'est plus absolue. La question qui s'est posée était celle de savoir si la renonciation à l'immunité de juridiction s'étend à l'immunité d'exécution, dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale portant sur des biens étatiques. Certaines juridictions voulaient affirmer que le consentement d'un Etat à une convention d'arbitrage vaut renonciation à l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution⁴²⁹.

En effet, pour bien comprendre cette question, il est indispensable d'examiner l'évolution des différentes jurisprudences nationales et des législations internes⁴³⁰. De plus, il appartient aux Etats de renoncer à leur droit à l'immunité d'exécution par voie expresse ou tacite. Les différentes approches nationales portant sur la renonciation à l'immunité d'exécution seront analysées successivement en Australie (1), aux Etats Unis (2), en France (3), à Hong Kong (4) et au Royaume Uni (5).

1- L'approche Australienne :

Le fait qu'un Etat accepte de se soumettre à une convention d'arbitrage, comportant une clause de renonciation à l'immunité de juridiction de l'Etat étranger, ne suffit pas pour empêcher cet Etat d'invoquer l'immunité d'exécution. Ainsi, aux termes de la Section 31(3) de la loi australienne *FSIA*, l'acceptation d'un Etat étranger de renoncer à son immunité d'exécution constitue une renonciation à l'immunité en elle-même. En pratique, il incombe à l'autre partie au conflit d'invoquer la convention d'arbitrage, incluant la renonciation à l'immunité d'exécution, pour écarter le droit de l'Etat étranger à se prévaloir de l'immunité d'exécution⁴³¹. Mais, la législation américaine traite la question différemment de la législation australienne (2).

⁴²⁹ Nicholas Pengelley, « Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough », 26(6) *Journal of International Arbitration* 859, (2009), p. 860.

⁴³⁰ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 92.

⁴³¹ Saloni Kantaria, « The Enforcement of a Foreign Arbitral Award Against a Sovereign State in Australia », 14 *VJ* 401, (2010), p. 407.

2- L'approche américaine :

Selon la Section 1610(a) de la *FSIA*, il est possible d'adopter des mesures exécutoires contre les biens d'un Etat étranger dans la mesure où ils sont utilisés à des fins commerciales, sur le sol américain et que les conditions de la sous-section 1-7 soient réunies. Ainsi, dans l'affaire *Walker Intl Holdings Ltd c./ the Republic of Congo*⁴³², la Cour Américaine a affirmé que, selon la Section 1610(a), la propriété d'un Etat étranger utilisée à des fins publiques ne peut pas faire l'objet de mesures exécutoires, même y compris dans le cas où l'Etat même a renoncé, implicitement ou explicitement, à son immunité d'exécution. En effet, selon les dispositions de la Section 1610(a), il est possible de renoncer à son immunité d'exécution, lorsqu'il s'agit d'un bien réservé à un usage commercial. Ainsi, la renonciation à l'immunité d'exécution semble être limitée aux biens commerciaux aux Etats-Unis et ne peut s'appliquer aux biens publics⁴³³.

Par ailleurs, selon la Section 1610(a) de la *FSIA*, après avoir prouvé que les mesures exécutoires, portent sur un bien à usage commercial, il est possible de renoncer à l'immunité d'exécution par voie tacite ou expresse, par traité ou contrat, par déclaration officielle ou par le biais de certaines mesures adoptées par l'Etat étranger, en cours de procès ou d'exécution. Dans l'affaire *Karaha Bodas Co. c./ Perusahaan Pertamina Minyak Dan Gas Bumi Negara*⁴³⁴, la compagnie pétrolière *Pertamina*, immatriculée en Indonésie, a signé un contrat avec une entreprise privée. Selon les stipulations de ce contrat, *Pertamina* renonce à son immunité d'exécution, actuelle ou future. Selon l'interprétation juridictionnelle faite par la Cour, *Pertamina* a renoncé à son immunité d'exécution devant les tribunaux américains et ceux conformément aux dispositions du contrat.

En effet, il est logique de considérer qu'un Etat, qui fait partie de la Convention de New York et qui accepte de se soumettre à une convention d'arbitrage, ait déjà prévu la possibilité de perdre un recours contre une partie de droit privé. En conséquence, l'exécution

⁴³² 395 F 3d 229 (5th Cir 2004), p. 235.

⁴³³ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 260.

⁴³⁴ 313 F.3d 70, 82 (2d Cir. 2002).

de la sentence arbitrale se fait contre le bien de l'Etat⁴³⁵. Dans l'affaire *Ipitrade Intl SA c./ Federal Republic of Nigeria*⁴³⁶, la Cour américaine a affirmé que le Nigeria, en signant la Convention de New York, a certainement envisagé la possibilité d'exécution des sentences arbitrales, conformément à la Convention de New York. Ainsi, l'acceptation de se soumettre à l'arbitrage selon les dispositions de la Convention de New York peut-être considérée comme une renonciation à l'immunité d'exécution de la part de tous les Etats signataires de la Convention⁴³⁷.

En conséquence, si un Etat désire préserver son immunité d'exécution, il doit le préciser expressément dans un contrat. Ainsi, dans l'affaire *Hercaire Int'l, Inc. c./ Argentina*⁴³⁸, la Cour fédérale du Sud de la Floride a affirmé que si un Etat étranger veut renoncer à son immunité de juridiction tout en préservant son immunité d'exécution, il doit le préciser expressément par acte ou toute autre forme juridique, sous peine de considérer qu'il y a implicitement renoncé. Voyons maintenant ce qu'il en est en France (3).

3- La position française :

Dans les Etats de droit civil où aucune loi codifiée, portant sur l'immunité étatique, n'a été adoptée, il a été reconnu que le simple consentement de recourir à l'arbitrage, ne suffit pas à lui seul pour être interprété comme une renonciation à l'immunité d'exécution. Toutefois, il peut être considéré comme une renonciation à l'immunité de juridiction⁴³⁹.

Ainsi, dans une affaire opposant la République Islamique d'Iran à la société « *Eurodif et al* »⁴⁴⁰, la Cour d'appel de Paris a décidé que la renonciation à l'immunité d'exécution requiert une preuve non équivoque de l'intention de l'Etat de renoncer à cette immunité. Elle ne peut pas être déduite de la simple exécution de la clause arbitrale ou de la référence aux

⁴³⁵ CH Schreuer, « State Immunity : Some recent Developments », *Grotius Publications Cambridge*, (1988), p. 87.

⁴³⁶ 465 F Supp 824 (DCDC 1978).

⁴³⁷ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 235.

⁴³⁸ 642 F. Supp. 126, 129 (S.D. Fla. 1986).

⁴³⁹ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 221.

⁴⁴⁰ 21 April 1982, *RCDIP* 1983.101.

règles arbitrales de la CCI. La Cour a également affirmé que l'article 24 du Règlement de la CCI ne mentionne pas l'immunité, mais suggère une exécution volontaire de la sentence arbitrale, qui ne doit pas être interprétée comme retirant un droit qui ne figure pas parmi ses objectifs. En conséquence, selon la Cour, l'acceptation de se soumettre à l'arbitrage ne constitue pas en soi une renonciation à l'immunité d'exécution, en ce que cela exige une preuve non équivoque de l'intention de l'Etat renonçant.

Dans une autre affaire dénommée *le Gouvernement de la Fédération de Russie c./ Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation*⁴⁴¹, l'entreprise suisse Noga a signé en 1991 un contrat de prêt avec le gouvernement de l'époque de l'URSS, afin de financer l'acquisition des biens et des services exportés de l'URSS. En janvier 1992, Noga a signé un autre contrat de prêt auprès du nouveau gouvernement de la Fédération Russe. Ce contrat était garanti par la vente des produits pétroliers. « Selon l'article 14 du contrat de 1991 et l'article 15 du contrat de 1992, en cas de différend survenant pendant la période d'exécution du contrat, les parties recourent à l'arbitrage pour résoudre le différend à l'amiable. Si les parties ne parviennent pas à résoudre le différend à l'amiable et à défaut d'autres mesures, il est possible de le soumettre à l'arbitrage auprès de la CCI de Stockholm. Le tribunal arbitral sera composé de deux arbitres nommés par les parties et le différend sera tranché selon la loi suisse. La décision des arbitres sera définitive et obligatoire pour les deux parties. Ces dernières renoncent à présenter un recours en appel, l'emprunteur renonce à tout droit à l'immunité notamment en ce qui concerne l'exécution de la sentence arbitrale adoptée en fonction de cet accord⁴⁴².

L'emprunteur ne peut invoquer pour lui ou pour ses actifs, l'immunité de juridiction ou d'exécution dans le cadre de ses obligations prévues dans ce contrat⁴⁴³. Ainsi, la Fédération russe a explicitement renoncé à ses droits à une quelconque immunité, portant sur le recours en justice, afin d'exécuter la sentence.

⁴⁴¹ Nancy B. Turck, « French and US Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards », 17(3) *Arbitration International* 327, (2001), p. 329.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 330.

⁴⁴³ *Ibid.*

Le 10 Août 2000, la Cour d'appel de Paris a affirmé que s'il est vrai que la Fédération russe, défenderesse au procès, ne peut pas invoquer l'immunité étatique en matière de sentence arbitrale, son immunité diplomatique s'applique toujours sur les comptes bancaires de l'ambassade russe, auprès des banques françaises, en ce que cet argent relève uniquement du service public et de la mission permanente de la Russie auprès de l'UNESCO. Selon l'affaire précitée, il semble que l'Etat doit clairement exprimer son intention de renoncer à son immunité d'exécution, pour renoncer à son immunité d'exécution.

Toutefois, dans l'affaire *Creighton Ltd. (Cayman Islands) c./ Minister of Finance and Minister of Internal Affairs and Agriculture of the Government of the State of Qatar*.⁴⁴⁴, la Cour de cassation s'est éloignée de toute la jurisprudence ultérieure et a affirmé que l'Etat qui accepte de se soumettre à une convention d'arbitrage, conformément aux règlements de la CCI est considéré comme ayant renoncé à son immunité d'exécution.

L'entreprise *Creighton Ltd.* est une entreprise des îles de Caïman et ses bureaux sont situés sur le territoire américain. En 1982, elle a signé un contrat avec le gouvernement du Qatar, afin de construire un hôpital pour les femmes à Doha. En 1986, le gouvernement Qatari a écarté l'entreprise *Creighton* du contrat. En conséquence, une procédure arbitrale fut déclenchée auprès de la CCI de Paris, conformément aux dispositions de la convention d'arbitrage prévue au contrat. Une sentence arbitrale fut adoptée contre le Qatar. Par conséquent, l'entreprise *Creighton* a cherché à exécuter la sentence contre les comptes bancaires qataris détenus en France.

Après la saisie des comptes qataris auprès des banques françaises, le Qatar a présenté un recours devant le TGI de Paris, afin d'obtenir la mainlevée des saisies, en se prévalant de l'immunité d'exécution dont jouirait l'Etat du Qatar en France. En 1997, le TGI de Paris a ordonné la mainlevée des saisies, considérant que l'immunité d'exécution du Qatar ne pouvait être écartée en l'espèce. De plus, le tribunal a retenu que la construction de l'hôpital représente un service public, qui relève de l'immunité étatique. En 1998, la Cour d'appel de

⁴⁴⁴ Cass, 1e civ., 6 juillet 2000; XXV Y.C.A. 458 (2000).

Paris a confirmé la décision rendue en première instance par le TGI et a affirmé qu'il n'y avait pas une renonciation à l'immunité d'exécution.

Le 6 juillet 2000, la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, selon lequel les biens qataris en France jouissent de l'immunité, en ce qu'aucune renonciation à l'immunité n'ait été expressément mentionnée antérieurement, et que les biens en question n'étaient pas destinés à un usage commercial.

Selon la Cour de cassation, un Etat étranger qui accepte de se soumettre à une convention d'arbitrage doit avoir implicitement renoncé à son immunité d'exécution. Les immunités étatiques jouent un rôle important, dans la mesure où elles n'ont pas été écartées. L'immunité d'exécution, ainsi que l'immunité de juridiction, peuvent être écartée par son bénéficiaire. Cette renonciation peut être déduite du fait que l'Etat ait accepté de signer une clause arbitrale ou une convention d'arbitrage, ou de se soumettre à une sentence arbitrale.

En outre, selon les dispositions de l'article 24 des règlements de la CCI, remplacé par l'article 28 al.6 du Règlement d'arbitrage de la CCI de 1998, les parties sont obligées de respecter la sentence arbitrale, par la soumission de leur différend au présent Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours, auxquelles elles peuvent valablement renoncer. Selon la Cour de cassation, ce type de clause implique une renonciation à l'immunité d'exécution. Grâce à elle, la sentence arbitrale représente la phase finale de la procédure et les parties sont tenues de l'exécuter sans délai. La décision rendue dans l'affaire *Creighton* inaugurerait une nouvelle position jurisprudentielle, en définissant ce qui constitue une renonciation à l'immunité d'exécution. La Cour de cassation a affirmé que, selon la législation française, un Etat souverain qui signe une convention d'arbitrage conforme au Règlement de la CCI est considéré comme ayant renoncé à son immunité d'exécution contre la sentence arbitrale.

Cette solution, qui permet de dégager une forme de renonciation implicite, a reçu un accueil contrasté par la doctrine en droit français⁴⁴⁵. Par ailleurs, certains auteurs comme Monsieur Mayer-Faber a critiqué la position de la Cour de cassation du 6 juillet 2000, en considérant qu'elle représente une interprétation inadéquate de l'intention de l'Etat à renoncer ou non à son immunité, ce qui pourrait engendrer des conséquences indésirables⁴⁴⁶. Elle considère qu'une distinction a été faite entre, d'une part, la déclaration de la force exécutoire de la sentence ou de la procédure de l'exequatur et, d'autre part, l'exécution même de la sentence. La première relève de la compétence des juridictions à statuer, qui joue un rôle important dans la procédure arbitrale. Grâce à cette compétence, les juridictions françaises ont écarté l'immunité de l'Etat étranger. La seconde porte sur l'exécution même de la sentence arbitrale contre un bien de l'Etat, ce qui requiert l'application de d'autres lois⁴⁴⁷.

Selon l'affaire *Eurodif*⁴⁴⁸, la renonciation à l'immunité d'exécution en France ne peut être établie qu'en rapportant une preuve non équivoque quant à l'intention de l'Etat concerné. Il est insuffisant de se fonder sur la simple exécution de la sentence arbitrale ou aux dispositions de l'article 28 du règlement de la CCI. Aussi, faut-il souligner que les institutions arbitrales n'ont aucun pouvoir en matière de création de règles d'exécution de la sentence arbitrale en ce que ces dernières relèvent de la compétence des juridictions d'exécution⁴⁴⁹. Ainsi, la nature exécutoire de la sentence arbitrale n'a aucune conséquence sur l'immunité d'exécution de l'Etat et ne peut pas l'empêcher de l'invoquer⁴⁵⁰.

Ainsi, l'affaire *Creighton* n'est pas la première dans laquelle a été écartée l'immunité d'exécution de l'Etat, pour avoir accepté de se soumettre à une convention d'arbitrage. En effet, la Cour d'appel de Rouen, dans l'affaire *Société Bec Frères c./ Office des Céréales de*

⁴⁴⁵ J. Moury, « L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger », *Recueil Dalloz* (2001), p. 2139 ; pour une opinion contraire, voir E. Loquin, « Immunité d'exécution », *RTD Com.*, (2001), p. 409.

⁴⁴⁶ N. Meyer-Fabre, « Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereign States, A new Milestone: Signing ICC Arbitration Clause Entails Waiver of Immunity From Execution Held French Court of Cassation in *Creighton v Qatar*, July, 6, 2000' », 15(9) *Mealey's International Arb Rep* 48 (2000), p. 49-50.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ (1982) 65 *ILR* 93, 98.

⁴⁴⁹ N Meyer-Fabre, « Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereign States, A new Milestone: Signing ICC Arbitration Clause Entails Waiver of Immunity From Execution Held French Court of Cassation in *Creighton v Qatar*, July, 6, 2000 » 15(9) *Mealey's International Arb Rep* 48(2000), p. 50.

⁴⁵⁰ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 241.

Tunisie, a affirmé qu'en acceptant de se soumettre à une convention d'arbitrage, un Etat accepte de se soumettre aux règles de commerce international, renonçant ainsi à son immunité de juridiction et à son immunité d'exécution, pour permettre de bonne foi l'exécution de la convention d'arbitrage⁴⁵¹. Selon cet arrêt, les Etats sont placés sur un pied d'égalité avec les parties privées en matière arbitrale. Il y a lieu d'examiner à présent la position de Hong Kong (4).

4- Hong Kong :

La question qui s'est posée auprès du Tribunal de première instance de Hong Kong, dans l'affaire *FG Hemisphere Associates L.L.C. c./ Democratic Republic of Congo*⁴⁵². En l'espèce, FG Hemisphere est une société immatriculée au Delaware aux Etats Unis. En 2003, elle était le bénéficiaire de deux sentences arbitrales adoptées par la CCI en faveur d'Ergoinvest et contre le gouvernement de la République démocratique du Congo « RDC ».

La RDC a soulevé l'incompétence des juridictions du Hong Kong, en ce que la République congolaise jouit de l'immunité d'exécution. Selon l'avocat de la demanderesse, société immatriculée aux Etats-Unis, la RDC a renoncé à son immunité en acceptant de se soumettre à l'arbitrage en France et en Suisse conformément aux règles de la CCI. De plus, son acceptation du Règlement de la CCI portant sur l'exécution de la sentence arbitrale sans délai et prévue à l'article 28, représente une renonciation à son immunité d'exécution. En revanche, le juge Reyes n'était pas convaincu. En effet, il a affirmé que la renonciation à l'immunité de juridiction n'entraîne pas systématiquement une renonciation à l'immunité d'exécution, la renonciation doit être prévue de façon claire et non ambiguë, or, les actes de la RDC reflètent l'intention d'invoquer l'immunité d'exécution.

Il affirme également que l'engagement d'accomplir un acte ne doit pas être confondu avec la renonciation à l'immunité. Ainsi, il doute de la pertinence de la décision *Creighton* rendue en France par la Cour de cassation, selon laquelle, l'acceptation des règles arbitrales

⁴⁵¹ (1997) 2 *Revue de l'Arbitrage* 263.

⁴⁵² [2009] 1 *H.K.L.R.D.* 410.

de la CCI équivaut à une renonciation à l'immunité d'exécution et affirme qu'une telle conclusion ne peut pas être logiquement déduite des faits de l'espèce⁴⁵³. Il rajoute à ce propos que rien dans les actes de la RDC n'indique un désir explicite de renoncer à l'immunité d'exécution.

Il est possible de déduire de certaines décisions, telles que celle rendue dans l'affaire *FG Hemisphere*, que certaines juridictions sont réticentes à retenir qu'il y a bien eu renonciation à l'immunité⁴⁵⁴. Selon le raisonnement du juge Reyes, notamment dans l'affaire *FG Hemisphere*, une partie qui inclut une clause arbitrale dans un contrat signé avec un Etat, doit non seulement mentionner les règles applicables à l'arbitrage, mais aussi préciser les conditions relatives à la renonciation à l'immunité.

Toutefois, certains auteurs avancent que la convention d'arbitrage représente en soi-même un contrat et l'insertion de règles arbitrales, comme celles de la CCI manifeste l'intention de se soumettre à la sentence arbitrale. Le rejet de la sentence arbitrale constitue une violation du contrat et l'Etat ne doit pas être traité différemment qu'une partie privée, quant aux conséquences de la non-exécution des obligations contractuelles⁴⁵⁵. Voyons ce qu'il en est de la position anglaise en la matière (5) ?

5- La position anglaise :

Dans l'arrêt *Orascom Telecom Holding SAE c./ Chad*,⁴⁵⁶ le juge anglais fait ressortir les hypothèses où l'immunité d'exécution d'un Etat souverain est susceptible d'être écartée en droit anglais. Cette décision rendue en Angleterre par la chambre commerciale de la Queen's Bench Division le 28 juillet 2008 illustre l'état du droit anglais en la matière. En l'espèce, une société égyptienne demande au juge anglais la saisine de fonds détenus par une banque de Londres pour le compte de l'Etat tchadien en exécution forcée d'une sentence

⁴⁵³ *FG Hemisphere Associates L.L.C. c./ Democratic Republic of Congo*, [2009] 1 *H.K.L.R.D.* 410, para 110.

⁴⁵⁴ Nicholas Pengelley, « Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough », 26(6) *Journal of International Arbitration* 859, (2009), p. 870.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ *Orascom Telecom Holding SAE c./ Chad*, [2009] 1 All E.R. (Comm) 315.

arbitrale rendue en sa faveur contre ledit Etat. Le Tchad s'oppose à cette saisine au motif que les fonds en question sont couverts par l'immunité d'exécution. Saisi de la question de savoir si l'Etat tchadien a pu implicitement renoncer à son immunité d'exécution du fait de son engagement d'exécuter la sentence dans les termes du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international, le juge est amené à examiner les conditions d'une telle renonciation en droit anglais. La Section 13(3) du State Immunity Act prévoit qu'une renonciation générale par l'Etat à son immunité d'exécution est possible dès lors qu'elle est exprimée par écrit. Le juge anglais a ignoré la jurisprudence française en la matière, qui accorde implicitement la renonciation à l'immunité d'exécution, en se basant sur l'article 24 du règlement de la CCI.

Après avoir analysé les différentes approches relatives à l'immunité d'exécution, il est possible de dire qu'il n'y a pas un consensus sur le sujet. Néanmoins, une partie qui conclut un contrat avec un Etat souverain est fortement encouragée à obtenir une mention claire et expresse sur la renonciation à l'immunité d'exécution. Mais, la question qui se pose ici est celle de savoir quels sont les biens protégés par l'immunité d'exécution (**B**).

B- Les biens protégés par l'immunité d'exécution:

Généralement, une partie cherchera à faire exécuter la sentence en fonction de la juridiction dont elle dépende, tout en prenant en considération les biens de l'Etat en question. Ces biens, immobiliers ou autres, ne doivent pas être protégés, afin que les tribunaux puissent exécuter la sentence arbitrale contre l'Etat étranger.

Toutefois, l'invocation de l'immunité d'exécution peut mettre fin à la procédure. Les enquêteurs seraient alors obligés de recommencer leurs investigations et de partir à la recherche de nouveaux biens non couverts par cette immunité. La procédure risque de prendre plusieurs années et l'intervention de différentes juridictions et de différents Etats, il se peut qu'enfin l'Etat n'avance aucun paiement.

En effet, l'aspect le plus difficile à analyser de l'immunité étatique consiste à déterminer l'étendue de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale, contre un bien étatique⁴⁵⁷. Selon la pratique, les Etats jouissent d'une immunité absolue quant à l'exécution de la sentence contre un bien étatique, et les biens diplomatiques et militaires bénéficient d'une immunité étatique spéciale. Pour cela, les positions portant sur la renonciation à l'immunité d'exécution varient⁴⁵⁸. Certains Etats autorisent l'exécution contre des biens commerciaux des Etats étrangers⁴⁵⁹. Cependant, aucun consensus n'existe, portant sur la variété des biens non couverts par l'immunité. En Australie, les dispositions relatives à l'immunité d'exécution ne s'appliquent pas aux biens commerciaux, définis comme différents des biens diplomatiques ou militaires, utilisés à des fins commerciales par un Etat étranger⁴⁶⁰.

En outre, la Section 1611 de la *FSIA* américaine adopte la théorie de l'immunité absolue et énumère les différents types de biens qui jouissent de l'immunité d'exécution et qui ne peuvent pas faire l'objet d'une renonciation. Il s'agit (i) des biens relevant des Etats étrangers mis au service de certaines organisations internationales, telles que le Fond Monétaire International (FMI) ou la Banque Mondiale, (ii) les biens à caractère militaire, utilisés pour une activité militaire ou sous un contrôle militaire ou par toute autre agence de défense, et enfin (iii) les biens d'une banque centrale étrangère ou toute autre autorité financière.

Dans l'affaire *FG Hemisphere Associates L.L.C. c./ Democratic Republic of Congo*⁴⁶¹, la question qui s'est posée était celle de savoir si un Etat étranger ne jouissait pas de l'immunité d'exécution portant sur son bien commercial. Il faut rappeler qu'un Etat étranger qui accepte de se soumettre à l'arbitrage accepte également de soumettre ses biens

⁴⁵⁷ Hazel Fox QC, « State Immunity and the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 458.

⁴⁵⁸ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4^{ème} Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, (2004), p. 552.

⁴⁵⁹ Ibid.

⁴⁶⁰ Saloni Kantaria, « The Enforcement of a Foreign Arbitral Award Against a Sovereign State in Australia », 14 *VJ* 401, (2010), p. 408.

⁴⁶¹ *FG Hemisphere Associates L.L.C. c./ Democratic Republic of Congo*, [2009] 1 *H.K.L.R.D.* 410.

commerciaux à certaines mesures arbitrales. Néanmoins, la question de l'immunité d'exécution peut se poser quant aux biens destinés à un usage public⁴⁶². Selon le juge Reyes, l'acte n'était pas de nature commerciale. Pour cela, même si la théorie restrictive de l'immunité d'exécution s'appliquait à Hong Kong, l'acte ne relevait pas des exceptions commerciales prévues en matière de cette immunité.

Par ailleurs, dans l'affaire *Republic of Iran c./ Eurodif*⁴⁶³ rendue en 1984, la Cour de cassation française a affirmé qu'il est possible de suspendre l'application de l'immunité d'exécution dans le cas où les biens ont été utilisés pour une activité économique ou commerciale de droit privé. Afin de répondre à la question de droit posée, la Cour a cherché à savoir si le bien est destiné à un usage commercial et s'il ne jouissait pas de l'immunité. Une réponse positive aux deux questions aurait entraîné une exécution contre ce bien. Le simple fait que celui-ci soit attaché à un bien commercial d'un Etat étranger, n'était pas suffisant pour que la juridiction française saisie puisse déclarer l'exécution contre ce bien. Toutefois, il est nécessaire que ce genre de bien demeure l'objet d'une plainte. Selon certains auteurs, les parties de droit privé n'ont pas ramené la preuve de la seconde condition⁴⁶⁴.

De surcroît, dans l'affaire *Sedelmayer c./ Russia*⁴⁶⁵, relative à un arbitrage portant sur un traité bilatéral entre l'Allemagne et la Russie. Les deux parties ont conclu que le conflit ne peut pas être résolu à l'amiable, mais par le recours à l'arbitrage international, et que la sentence arbitrale serait reconnue et exécutée conformément aux dispositions de la Convention de New York. Après avoir déposé une demande d'expropriation auprès de la CCI de Stockholm, Sedelmayer a gagné 2,350,000 de dollars américains contre la Fédération Russe. La Russie voulait annuler la sentence en Suède, siège de la sentence arbitrale, alors que Sedelmayer avait déjà commencé à exécuter la sentence en Allemagne. Afin d'exécuter la sentence en Allemagne, Sedelmayer aurait dû localiser une série de biens situés en Allemagne et déposer plusieurs demandes. En fin de compte, il n'a pas pu répondre à ces exigences de la sentence.

⁴⁶² Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 262.

⁴⁶³ (1984) 77 ILR 513, p. 515.

⁴⁶⁴ J Paulsson, « Sovereign Immunity from Jurisdiction :French Caselaw Revisited », 19 *Int L* 277, (1985), p. 284-5.

⁴⁶⁵ Mr. Franz Sedelmayer c./ The Russian Federation, 2 *Stockholm Int'l Arb. Rev.* 37, (2005), p. 48.

En raison de sa signature du traité bilatéral, la Russie n'a pas pu invoquer son immunité, afin de se défendre dans la procédure d'exécution de la sentence arbitrale. En effet, son consentement au traité équivaut à une renonciation, et la sentence est susceptible d'exécution conformément aux dispositions de la Convention de New York. Il faut souligner toutefois que la renonciation à l'immunité n'a pas été retenue uniquement pour exécuter la sentence arbitrale. Sedelmayer a demandé l'exécution de la sentence arbitrale contre le gouvernement russe qui, à son tour, était en conflit avec la compagnie aérienne allemande. La Cour suprême régionale de Cologne a refusé l'exécution en retenant l'immunité d'exécution, grâce au caractère non commercial des biens. Sedelmayer a cherché à exécuter la sentence arbitrale contre d'autres biens étatiques Russes. Une autre requête a été déposée à Berlin, mais a été rejetée. En effet le bien en question, des créances de remboursement de taxe sur la valeur ajoutée, était détenu par l'ambassade russe qui jouissait de l'immunité.

Par ailleurs, la Cour de cassation française a rendu un arrêt très clair dans l'affaire *Creighton Ltd. (Cayman Islands) c./ Minister of Finance and Minister of Internal Affairs and Agriculture of the Government of the State of Qatar*. Dans celle-ci, la Cour de cassation a reconnu le fait que le Qatar a renoncé à son immunité d'exécution, en acceptant de se soumettre aux règles de la CCI. Toutefois, elle a affirmé que même en cas de renonciation, le bien public demeure, en règle générale, protégé par l'immunité d'exécution. Il apparaît donc qu'il existe un consensus dans le cadre de la jurisprudence internationale, concernant la protection des biens publics contre toute exécution, même si la partie bénéficiant d'une immunité d'exécution a renoncé à cette immunité.

Par ailleurs, un autre problème se pose portant sur la condition de jonction avec le bien objet de l'exécution. Le problème s'aggrave encore par la diversité des approches relatives à l'immunité, dont pourraient bénéficier les biens objets de l'exécution⁴⁶⁶. La règle absolue interdit la saisie d'un bien étatique sans le consentement de l'Etat en question. L'approche restrictive a permis le développement de cette règle, en ce qu'elle a limité la définition de l'intervention l'Etat, excluant ainsi les organismes étatiques qui jouissent de

⁴⁶⁶ Hazel Fox, « State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Do We Need an UNCITRAL Model Law Mark II for Execution Against State Property? », 12(1) *Arbitration International* 89, (1996), p. 90.

personnalité juridique indépendante et les organismes qui acceptent de se soumettre à des activités commerciales. De plus, elle a interprété le consentement de façon à ce qu'il englobe la renonciation expresse ou tacite.

Cependant, même dans le cadre d'une approche restrictive, les règles spécifiques varient en fonction des Etats. En matière de jonction, la pratique étatique n'est pas uniforme. Pour certains Etats, les liens juridictionnels ne constituent pas une condition pour l'octroi ou le refus de l'immunité⁴⁶⁷, alors que d'autres Etats considèrent ces liens comme une condition importante en matière de requête d'immunité étatique⁴⁶⁸. Ainsi, la question dépend du droit interne, puisque les tribunaux déterminent s'ils sont compétents en fonction de règles issues de leurs droits.

Dans cette perspective, la Suisse n'autorise pas l'exécution contre un bien étatique, à moins qu'il y présente un lien juridique suffisant avec la Suisse⁴⁶⁹. Selon la législation suisse, pour exécuter une sentence arbitrale, il faut rapporter la preuve de son lien juridique avec la Suisse. Il ne suffit pas de retenir que le bien étatique, contre lequel l'exécution est requise, se trouve en Suisse. Cette hypothèse est fondée sur la présomption selon laquelle la convention d'arbitrage comprend une renonciation tacite à l'immunité d'exécution. Ainsi, le lien juridique doit être établi entre l'arbitrage et la Suisse et non pas entre la requête et le bien en question. Ainsi, le Tribunal fédéral Suisse dans l'affaire *LIAMCO* a décidé que le fait que le siège de l'arbitrage soit situé en Suisse, ne suffit pas pour y justifier son exécution. Dans ce cas, le tribunal compétent c'est le tribunal qui a déterminé le siège de l'arbitrage et non pas les parties à l'arbitrage⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ C'est le cas par exemple des Pays-Bas et de l'Allemagne.

⁴⁶⁸ C'est le cas par exemple de la Suisse.

⁴⁶⁹ Hazel Fox, « State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Do We Need an UNCITRAL Model Law Mark II for Execution Against State Property? », 12(1) *Arbitration International* 89, (1996), p. 90.

⁴⁷⁰ Tribunal Suisse Fédérale. 19 juin 1980, *Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya c./ LIAMCO*, 20 *ILM* 151 (1981).

Aux Etats-Unis et en France, la loi exige que le bien contre lequel l'exécution est requise présente un lien juridique avec la requête⁴⁷¹. En d'autres termes, il faut que ce bien étatique donne lieu à la requête. En effet, selon cette condition, il est injuste d'autoriser l'exécution contre tout bien commercial d'un Etat étranger, alors que ce bien ne présente aucun lien juridique avec l'activité commerciale, faisant l'objet de la requête⁴⁷².

Contrairement aux Etats-Unis et à la France, la Grande Bretagne n'exige pas la condition de lien juridique entre la requête et le bien étatique contre lequel l'exécution est requise. En revanche, la législation anglaise *SIA* exige que le bien contre lequel l'exécution est requise soit commercial, nonobstant son lien avec la requête en cours⁴⁷³. Selon la Section 9 de la *SIA*, un Etat qui accepte de se soumettre à l'arbitrage pour résoudre un conflit, perd son immunité de juridiction dans les tribunaux anglais. Il apparaît donc enfin qu'un Etat qui admet de se soumettre à l'arbitrage, ne peut plus invoquer son immunité auprès des juridictions anglaises, quel que soit le lien qui existe entre l'arbitrage et la Grande Bretagne.

De plus, la Cour fédérale allemande a rejeté la condition de lien juridique entre le bien contre lequel l'exécution est requise et la requête en exécution. Ainsi, dans l'affaire *NIOC Revenue from Oil Sales case*⁴⁷⁴, la Cour a affirmé que le droit international n'exige pas que les biens d'un Etat étranger, utilisés pour une activité commerciale, présentent un lien juridique avec la requête en cours.

La loi américaine *FSIA* n'impose pas la condition de lien juridique avec le bien contre lequel l'exécution de la sentence arbitrale est requise⁴⁷⁵. La seule condition requise avant l'exécution d'une sentence arbitrale contre le bien d'un Etat étranger est que le bien en question ait été utilisé à une finalité commerciale sur le territoire américain.⁴⁷⁶ Ainsi, la

⁴⁷¹ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 317.

⁴⁷² BB Falk, « Notes : The Immunity of Foreign Sovereign in US Courts-Proposed Legislation », 6 *NYU L J Intl L and Pol* 473, (1973), p. 493.

⁴⁷³ Grande Bretagne - *SIA* Sections 13(4) and 14(3).

⁴⁷⁴ (1983) 65 *ILR* 215, 242-3.

⁴⁷⁵ Dhisadee Chamlongrasdr, « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007), p. 321.

⁴⁷⁶ MB Feldman, « Foreign Sovereign Immunity in the United States Courts 1976-1986 », 19 *Vand J Transnational Law* 19 (1986), p. 44.

condition de lien juridique entre le bien contre lequel l'exécution est requise et la requête en cours n'est pas exigée⁴⁷⁷.

Il semble donc enfin que la majorité des Etats n'exigent pas la condition de lien juridique entre l'exécution de la sentence arbitrale et le bien contre lequel la sentence doit être exécutée, mises à part les quelques cas isolés des juridictions françaises. Ainsi, dans l'affaire *Republic of Iran c./ Eurodif*⁴⁷⁸, la Cour de cassation a traité la question de la condition de lien entre le bien contre lequel l'exécution est requise et la requête en cours. Selon la Cour, il est possible d'exécuter des mesures arbitrales contre le bien d'un Etat étranger, dans la mesure où ce bien a été utilisé à une fin économique ou pour une activité commerciale liée au sujet de la requête en cours.

Cependant, la position de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Creighton*⁴⁷⁹ semble avoir atténué la condition du lien juridique entre le bien contre lequel l'exécution est requise et la requête en cours. En effet, au cours de la procédure d'exécution d'une sentence arbitrale, la Cour de cassation a affirmé que le Qatar a implicitement renoncé à son immunité d'exécution. En 2001, la Cour d'appel de Paris a statué en faveur de *Creighton*, autorisant ainsi la saisie des fonds des ministres de l'agriculture et des affaires municipales retenus auprès de la Banque Nationale du Qatar et de la Banque de France. La Cour n'a pas mentionné le lien juridique entre le bien contre lequel l'exécution est requise et la requête en cours.

Cette position sur l'immunité d'exécution rapproche la jurisprudence française de la législation anglaise « *SIA* » et de la majorité des positions jurisprudentielles étatiques qui n'exigent pas l'existence d'un lien juridique entre le bien et la transaction objet de la requête. Seul le caractère commercial du bien est pris en compte⁴⁸⁰. Il est donc possible de présumer

⁴⁷⁷ *Lloyd's Underwriters c./ AO Gaznabtranzit*, 2000 WL 1719493 (DC Ga 2000).

⁴⁷⁸ (1984) 77 ILR 513.

⁴⁷⁹ (2003) *Revue de l'Arbitrage*, 417.

⁴⁸⁰ F Knoepfler, 'L'immunité d'exécution contre les Etats', *Revue de l'Arbitrage*, 1017, (2003), p. 1062.

que le lien juridique avec le bien doit être établi en matière d'exécution d'une sentence arbitrale contre un Etat étranger.

Pour conclure, il résulte donc de tout ce qui précède, que l'immunité ne constitue plus d'obstacle à la procédure arbitrale. En effet, le consentement d'un Etat de se soumettre à une convention d'arbitrage et à la procédure arbitrale constitue une renonciation à toute forme de d'immunité, même dans le cas où cette immunité ne présente aucun lien avec le consentement autonome accordée en matière procédurale⁴⁸¹. Cependant, la procédure d'exécution de la sentence arbitrale ne relève pas du contrôle des juridictions arbitrales, dans la mesure où elle dépend de la compétence des juridictions nationales. Ainsi, malgré le caractère international de la doctrine portant sur l'immunité, cette question demeure largement définie par les règles posées par les tribunaux devant lesquels les requêtes sont déposées⁴⁸².

Il faut souligner également que l'application de l'immunité varie selon les juridictions. Néanmoins, on s'oriente vers l'acceptation d'une définition restrictive de l'immunité, notamment dans le cadre de la renonciation à l'immunité juridictionnelle et surtout quand l'Etat est signataire de la Convention de New York de 1958. En effet, cette immunité est distincte de l'immunité d'exécution qui demeure, en règle générale, une immunité absolue⁴⁸³.

Par ailleurs, la doctrine⁴⁸⁴ a pu affirmer que l'immunité d'un Etat ne doit pas s'appliquer en matière commerciale. Quand un Etat accepte de se soumettre à l'arbitrage, il semble illogique de considérer qu'il a accepté de renoncer à son immunité de juridiction, sans son immunité d'exécution. Pour cela, quand un Etat s'engage dans le cadre d'une convention

⁴⁸¹ Hazel Fox, « State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Do We Need an UNCITRAL Model Law Mark II for Execution Against State Property? » 12(1) *Arbitration International* 89, (1996), p. 92.

⁴⁸² Di Pietro Domenico et Platte Martin, « Enforcement of International Arbitration Awards: the New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p.190-1.

⁴⁸³ Nicholas Pengelley, « Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough », 26(6) *Journal of International Arbitration* 859, (2009), p. 859.

⁴⁸⁴ Di Pietro Domenico et Platte Martin, « Enforcement of International Arbitration Awards: the New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 194.

d'arbitrage, son engagement doit être interprété comme une renonciation à son immunité de juridiction et à son immunité d'exécution. De plus, cette dernière doit s'appliquer à tous les biens étatiques et non seulement à ceux utilisés à des fins commerciales⁴⁸⁵. Ce problème continue à se poser malgré la position doctrinale sur la définition restrictive de l'immunité qui semble toucher uniquement la renonciation à l'immunité de juridiction et non pas l'immunité d'exécution qui requiert une renonciation expresse⁴⁸⁶.

La diversité des législations nationales sur l'immunité d'Etat d'exécution aggrave le problème. En effet, une règle absolue interdit la saisie d'un bien étatique sans le consentement de l'Etat en question. Il faut rappeler que l'approche restrictive a atténué cette règle et a restreint la définition de l'intervention de l'Etat, permettant ainsi d'exclure les organismes étatiques commerciaux présentant des personnalités juridiques indépendantes ou impliquées dans une activité commerciale. Cela implique une interprétation large du consentement qui comporte désormais la renonciation expresse et tacite.

Il est donc nécessaire d'établir une règle uniforme relative, au domaine de l'immunité de l'Etat, qui favorise l'efficacité d'application de la Convention de New York de 1958, en limitant le champ d'application du principe d'immunité. En réalité, en 1977, l'Assemblée Générale des Nations Unies a délégué ses compétences sur le sujet de l'immunité d'Etat à la Commission de droit international des Nations Unies, qui pourra collaborer dans ce cadre avec l'ensemble des Etats membres. En Août 2009, 28 Etats ont signé la Convention Onusienne relative à l'immunité de l'Etat, mais seulement six d'entre eux l'ont ratifiée⁴⁸⁷. Il s'agit de l'Autriche, l'Iran, le Liban, la Norvège, le Portugal et la Roumanie. Il semble que les Etats-Unis n'ont pris aucune mesure formelle pour l'exécution de la Convention des Nations Unies relative à l'immunité d'Etat. En effet, la ratification de cette Convention par les Etats-Unis, apparaît peu probable en ce que cela requiert l'amendement des dispositions de la *FSIA*, et cela, afin de préserver une certaine harmonie législative⁴⁸⁸. Toutefois, les Etats-Unis

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ Nicholas Pengelley, « Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough », 26(6) *Journal of International Arbitration* 859, (2009), p. 859.

⁴⁸⁷ Tom McNamara, « Foreign Sovereign Immunity During the New Nationalisation Wave », 11(1) *Bus. L. Int'l* 5, (2010), p. 29.

⁴⁸⁸ *Ibid.*

ont reconnu que la majorité des dispositions de cette Convention Onusienne reflète, en général, les normes et les pratiques internationales portant sur l'immunité d'Etat. Il faut donc attendre les résultats de l'application d'une telle Convention

Conclusion du 2^{ème} Chapitre :

En guise de conclusion, les limites au champ d'application de la convention de New York, sont relatives d'une part à l'ajournement de la procédure de l'exécution des sentences arbitrales, surtout en cas de recours d'annulation ou de suspension de cette sentence dans le pays d'origine. D'autre part, ces limites sont également relatives à l'immunité d'Etat, surtout dans le cas où cet Etat est partie au litige relatif à l'exécution d'une sentence arbitrale.

En ce qui concerne, l'ajournement de la procédure d'exécution des sentences arbitrales, dans le cadre d'un recours visant l'annulation ou la suspension de ces sentences, la Convention de New York de 1958 a accordé un pouvoir discrétionnaire permettant aux différents Etats membres, d'ajourner la procédure d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Mais, la Convention de 1958 ne faisait pas référence aux éléments qui doivent être pris en compte par les différents Etats membres pour déterminer, si la procédure d'exécution d'une sentence arbitrale doit être ajournée ou non. Cette situation a conduit à une divergence d'interprétation de l'article VI de la Convention de New York.

En ce qui concerne la question de l'immunité des Etats, la Convention de New York a abordé de manière implicite cette question. Cette immunité renvoie d'ailleurs au fait qu'un Etat souverain ne peut être contraint d'accepter de se soumettre à la juridiction d'un autre Etat⁴⁸⁹. L'On a observé par ailleurs, qu'il existe deux sortes d'immunité : d'une part, l'immunité de juridiction, et d'autre part, l'immunité d'exécution. Dans ce contexte, on a constaté que les différentes juridictions étatiques ont appliqué différemment ces deux sortes d'immunité, dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère ; ce qui prouve qu'il n'existe pas d'uniformité d'application de l'immunité par rapport à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère.

⁴⁸⁹ A. Redfern, M. Hunter, M. Smith et E. Robine, « Droit et pratique de l'arbitrage commercial international », *LGDJ*, 2^{ème} édition, (1991), p. 344.

Conclusion de la 1^{ère} Partie :

Cette première partie de notre étude a été consacrée à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, par rapport au champ d'application de la Convention de New York de 1958, mais aussi par rapport à ses limites. En ce qui concerne le champ d'application de la Convention de New York, il est apparu que la notion de sentence n'a pas été définie par cette Convention, dans son article I et que cette mission a été laissée à la charge de la doctrine et de la jurisprudence, qui n'arrivaient pas à s'entendre sur une définition uniforme de celle-ci.

Par ailleurs, l'absence de définition du terme « sentence » a conduit à des résultats incertains relativement à la détermination de ce à quoi pourrait correspondre une sentence arbitrale, conformément aux dispositions de cette Convention. Les législations nationales jouent incontestablement un rôle primordial dans la détermination ou la limitation du champ d'application de la Convention de New York. Mais, cette absence a également ouvert la porte à plus de facilité d'exécution de cette Convention, dans la mesure où cette facilité d'exécution constitue aussi un objectif recherché par cette Convention.

De surcroît, l'article I al.3 de la Convention de New York de 1958 permet aux Etats contractants d'émettre un certains nombres de réserves, dont la réserve de réciprocité et de commercialité, qui permettent aux pays membres d'adapter la Convention de New York à leurs systèmes juridiques et à leurs besoins⁴⁹⁰. En outre, selon l'article III de la Convention de New York, les règles qui s'imposent, sont les règles procédurales du pays d'exécution de la sentence arbitrale étrangère, et qui s'appliquent en tenant compte des conditions procédurales spécifiques imposées, vis-à-vis du demandeur, conformément aux dispositions de l'article IV de cette Convention⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 56-7.

⁴⁹¹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 120.

Ainsi, l'efficacité de la Convention dépend des lois arbitrales nationales⁴⁹². En conséquence, une partie de la doctrine a qualifié la procédure d'exécution comme étant l'une des moins pertinentes dispositions de la Convention de 1958⁴⁹³. Il est donc urgent de mettre en place une loi type susceptible de couvrir l'ensemble des différentes procédures, pour remédier ainsi au problème de l'existence de différentes procédures qui s'appliquent en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Cette loi type permettrait leurs harmonisations, sur le fondement de la Convention de New York.

En ce qui concerne les limites au champ d'application de la Convention de New York, celle-ci a permis, aux juridictions nationales, dans le cadre d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale exercé auprès d'une juridiction étatique, de prononcer l'ajournement de la procédure d'exécution de la sentence, conformément aux dispositions de l'article VI de la Convention de New York. Mais, ces dispositions restent néanmoins silencieuses relativement aux éléments sur lesquels les juridictions du lieu d'exécution sont tenues d'exiger une sûreté, lorsqu'elles attendent le résultat d'un recours en annulation intenté auprès des juridictions du pays d'origine de la sentence. Dans cette perspective, plusieurs éléments ont été adoptés par les juridictions étatiques, en application des dispositions de l'article VI de la Convention de 1958, afin de décider l'ajournement de la procédure d'exécution d'une sentence arbitrale.

Par ailleurs, l'on a également constaté que l'application de l'immunité varie selon les juridictions. Néanmoins, l'on s'oriente vers l'acceptation d'une définition restrictive de l'immunité, notamment dans le cadre de la renonciation à l'immunité juridictionnelle surtout quand l'Etat est signataire de la Convention de New York de 1958. En effet, cette immunité est distincte de l'immunité d'exécution qui demeure, en règle générale, une immunité absolue⁴⁹⁴.

⁴⁹² William W. Park, « The International Currency of Arbitral Currency Awards », 756 *PLI/Lit* 309, (2007), p. 315

⁴⁹³ Michael Pryles, « Reservation Available to Member States: The Reciprocal and Commercial Reservation », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 161.

⁴⁹⁴ Nicholas Pengelley, « Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough », 26(6) *Journal of International Arbitration* 859, (2009), p. 859.

De tout ce qui précède, il résulte qu'il n'existe pas une parfaite uniformité dans l'application des dispositions de la Convention de New York de 1958, relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Après avoir abordé la question de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, il importe d'examiner à présent les motifs de refus d'exécution des sentences arbitrales étrangères **(Partie II)**.

Deuxième Partie :

Les motifs du refus d'exécution des sentences arbitrales sur le fondement de la Convention

- **CHAPITRE I - Les motifs du refus d'exécution d'après la requête du demandeur**

- **CHAPITRE II - Les motifs de refus d'exécution soulevés d'office par les juridictions étatiques**

Deuxième Partie :

Les motifs du refus d'exécution des sentences arbitrales sur le fondement de la Convention

L'article V de la convention de New York de 1958 prévoit dans son alinéa 1^{er} que :
« 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 que :

a) Les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi 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.

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

c) 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.

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, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu.

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

Cet article prévoit également dans son alinéa 2 que : « *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 que :*

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

Il est vrai que la Convention de New York met en place une présomption générale, selon laquelle toute sentence arbitrale internationale doit être reconnue et exécutée. Toutefois, elle fournit également les motifs de refus d'exécution de cette sentence dans certaines circonstances précises. En effet, l'article V de la Convention présente les cas de figure dans lesquels la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourraient être refusées.

Ainsi, l'article V est divisé en deux sous articles. L'article V al.1^{er} de la Convention de New York prévoit limitativement cinq cas dans lesquels, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, pourraient être refusées, alors que l'article V al.2 prévoit deux cas dans lesquels l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises, peut refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale d'office.

Par ailleurs, il faut signaler que les cas de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale prévus par ce même article, se rattachent à deux règles fondamentales⁴⁹⁵ : d'une part, et malgré l'existence d'une cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale, le tribunal d'exécution de cette sentence conserve un pouvoir discrétionnaire, par lequel il autorise l'exécution de cette sentence (**I**). D'autre part, les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale, énumérés par cet article sont énoncés de manière exhaustive⁴⁹⁶ (**II**).

⁴⁹⁵ Albert Jan van den Berg, « The New York Convention of 1958: An Overview », Dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award : The New York Convention in Practice*, (2008), p. 56.

⁴⁹⁶ Selon les termes de l'article, le refus ne peut être prononcé que dans les cas prévus par la Convention. Ainsi, la juridiction qui examine une requête d'exécution de la sentence, ne peut pas examiner les faits matériels de la

I- Les différentes approches portant sur la nature discrétionnaire de l'article V :

En ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire de la juridiction du lieu d'exécution de la sentence, l'article V accorde au tribunal d'exécution, le pouvoir de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale. D'ailleurs, la question qui se pose ici est celle de savoir si le tribunal a l'obligation systématique de refuser l'exécution d'une sentence, surtout dans le cas où les conditions prévues par le texte sont réunies ? Dans ce cadre, le tribunal préservera-t-il son pouvoir discrétionnaire pour autoriser l'exécution de la sentence ?

Il existe donc une controverse portant sur la nature des dispositions de l'article V : sont-elles discrétionnaires ou obligatoires dans leur application ? Une partie de la doctrine privilégie la version anglaise de la Convention de New York, qui suggère la suprématie du pouvoir discrétionnaire du tribunal par l'utilisation de l'expression « *may be refused* » (A). Toutefois, une autre partie de la doctrine s'oppose à cette interprétation, sur le fondement de la version française, qui remplace l'expression de « *may be refused* » par « *ne seront refusées...que* », ⁴⁹⁷ accorde ainsi un pouvoir de nature « *non-permissif* » (B). Par ailleurs, quel sera-t-il la position de la jurisprudence par rapport à toutes ces questions (C).

A- Les arguments en faveur de la nature obligatoire de l'article V

En ce qui concerne les auteurs qui sont favorables au caractère discrétionnaire de l'article V, ils se fondent sur l'évolution législative, qui démontre que l'article V de la Convention de New York est de nature discrétionnaire. ⁴⁹⁸ Selon l'article 2 de la Convention de Genève de 1927, l'exécution « *doit être refusée* » dans l'un des cas prévus par cette Convention. Cela comprend aussi l'annulation de la sentence arbitrale dans le pays d'origine. L'article IV du projet préliminaire du règlement CCI de 1953 a conservé les mêmes dispositions que l'article 2 de la Convention de Genève. La CCI a donc pris la même

sentence, l'erreur dans les faits ou en droit en ce que cela ne constitue pas une cause prévue par l'article V et pour laquelle la reconnaissance et l'exécution de la sentence pourraient être refusées.

⁴⁹⁷ D. W. Rivkin, « The Enforcement of Awards nullified in the Country of Origin: The American Experience », dans Albert Jan van den Berg, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, (ICCA congress series no.9), *Kluwer Law International*, (1999), p. 531.

⁴⁹⁸ 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.* 43, (2002), p. 60.

proposition de la Convention de Genève, en accordant au tribunal d'exécution le pouvoir non discrétionnaire de refus d'exécution des sentences arbitrales.

Par ailleurs, le Conseil économique et social des Nations Unies a mis en place un comité *ad hoc*, afin d'étudier le projet de la CCI et de fournir des recommandations. Mais, celui-ci a développé un projet différent de celui transmis par la CCI, en ce qu'il affirme que : l'exécution « *pourrait être refusée* », selon les cas prévus dans le texte. Cette modification confère aux cas de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale une nature non seulement « *exclusive* », mais également « *discrétionnaire* »⁴⁹⁹. Ainsi, la version anglaise a préservé le terme « *may ou peut* », jusqu'à l'adoption finale de la Convention de New York du 10 juin 1958.

De plus, il semble que les versions chinoises et russes de l'article V de la Convention de New York, coïncident avec la version anglaise, qui accorde un pouvoir discrétionnaire au tribunal d'exécution de la sentence arbitrale, qui traite la question des motifs de refus de la sentence. Aucune de ces versions ne prévoit une obligation de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence et cela même si un tel acte était justifié. Ainsi, en Mandarin, l'expression clé est « *ke yi* » qui signifie « *peut* ». En Russe, le terme « *mozhet byt* » traduit aussi une notion de possibilité.⁵⁰⁰ Il faut savoir que chacune de ces expressions est précédée par l'expression « *refuser sous condition que* », aucune des versions précitées ne peut être traduite comme « *devrait être refusé* ».

De surcroît, la version espagnole de l'article V de la Convention de New York est particulièrement intéressante, en raison du lien fort qui lie la langue espagnole à la langue française. En effet, le texte espagnol n'emploie pas le futur de l'indicatif comme le texte français, mais se rapproche plutôt de la version anglaise, en utilisant l'expression « *Solo se podrá denegar ... si* », qui signifie « *peut être refusé....seulement si* »⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ Jan Paulsson, « *May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics* », 14(2) *Arbitration International* 227, (1998), p. 228.

⁵⁰¹ *Ibid.*

D'ailleurs, l'unité du texte de la Convention et de chacun de ses termes est d'une grande importance, notamment dans le cadre de l'interprétation des textes rédigés en plusieurs langues. Cette unité est préservée par le recours au principe de l'autorité des textes, ainsi que par la présomption de l'existence d'une même interprétation de toutes les versions⁵⁰². Ainsi, selon l'article 33 al.3⁵⁰³ de la Convention de Vienne de 1969, portant sur le droit des traités : les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens, dans les divers textes authentiques.

Dans ce cadre de la Convention de New York, aucun des textes authentiques (chinois, anglais, russe et espagnol) ne semble imposer l'obligation de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, en présence d'un des cas mentionnés dans l'article V de la Convention de New York.⁵⁰⁴ Il en ressort donc clairement que les quatre versions précitées, accordent aux autorités juridictionnelles un certain pouvoir discrétionnaire. Pour cela, il faut interpréter la version française de l'article V - qui établit un pouvoir de nature « *non-permissif* » aux tribunaux d'exécution de la sentence arbitrale, en cas d'existence d'un motif de refus - dans le même sens que les quatre autres versions.

Dans ce cas, il faut interpréter la version française de l'article V de la Convention de New York, dans un sens permettant d'accorder un pouvoir discrétionnaire aux juridictions étatiques. Certains auteurs exigent une interprétation qui accorde un pouvoir discrétionnaire en se fondant sur quelques raisons⁵⁰⁵ :

- Si l'intention des rédacteurs de cet article V était de mettre en place une obligation de refus d'exécution d'une sentence arbitrale, la formulation de l'article aurait été plus claire et elle aurait comporté l'expression « *la reconnaissance et l'exécution de la sentence seront refusées toute les fois que...* ». Toutefois, la rédaction du texte actuel laisse supposer qu'il n'y a pas vraiment d'obligation.

⁵⁰² *Ibid.*, p.229.

⁵⁰³ Article 33 al.3 prévoit que « *Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques* ».

⁵⁰⁴ J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche, « *French Arbitration Law and Practice : A Dynamic Law Approach to International Arbitration* », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p. 224.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

- La version française de l'article V al.2 de la Convention de New York stipule que : « *la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si....* ». Dans ce cadre, le terme « *aussi* » suggère que les articles V al.1^{er} et al.2 tendent à créer des droits identiques, mais qui s'appliquent dans des circonstances différentes. Comme les termes de l'article V al.1^{er} apparaissent ambigus, alors que ceux de l'article V al. 2 sont clairs, il convient donc d'interpréter le 1^{er} alinéa à la lumière du second pour lui accorder le même sens⁵⁰⁶.
- Il est possible d'admettre que l'objectif de la Convention n'est pas de créer une loi uniforme pour l'exécution des sentences arbitrales, mais plutôt d'en faciliter l'exécution, tout en respectant la souveraineté des Etats contractants, par la création d'une obligation générale d'exécution de ces sentences⁵⁰⁷. La Convention ne pose donc pas une obligation de refus d'exécution des sentences arbitrales.
- L'article 36 de la Loi type de 1985 de la CNUDCI prévoit les cas de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales nationales et accorde aux juridictions nationales le droit de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale et non l'obligation de procéder ainsi. Cet article 36 al.1 prévoit que « *la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que.....* ».
- La Convention de New York emploie l'expression « *shall* » à plusieurs reprises en version Anglaise. L'article I dispose que : « *la Convention « shall apply to the recognition and enforcement of arbitrale awards »*⁵⁰⁸. L'article II de cette même Convention dispose que : « *each Contracting State "shall' recognize an agreement in writing »*⁵⁰⁹. En outre, l'article III prévoit que « *each Contracting State shall recognize arbitral awars as binding »*⁵¹⁰. Il apparaît donc clairement que l'intention des rédacteurs

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ Cette expression signifie que : « la Convention s'applique à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales... ».

⁵⁰⁹ Cela signifie que chacun des Etats contractants doit reconnaître une Convention écrite.

⁵¹⁰ Cela implique que chacun des Etats contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale.

n'était nullement dirigée vers la création d'un texte ambigu, mais plutôt vers la mise en place d'une disposition obligatoire. S'ils entendaient rendre le refus d'exécution d'une sentence obligatoire, dans le cadre de l'article V, ils l'auraient clairement précisé.⁵¹¹

- Il faut distinguer entre les deux termes anglais « *may* =peut » et « *shall*=doit». L'article V comprend l'expression « *may* » qui ne peut pas être interprétée dans le même sens que « *shall* », sans quoi l'article VII de la Convention n'aurait pas pu y être intégré⁵¹². Si une juridiction est contrainte de refuser l'exécution d'une sentence selon les termes de la Convention de New York, et en raison de l'existence de l'une des causes de refus prévues dans la Convention de 1958, cela implique que la Convention de New York a accordé à ces causes une grande importance et que toute sentence touchée par l'une de ces causes doit être écartée. Si tel était le cas, la Convention de New York aurait permis à toute partie y ayant intérêt d'ignorer les conditions de l'article V, de se fonder sur les termes de l'article VII. De plus, une clause aurait été ajoutée à l'article VII, afin de souligner l'obligation d'appliquer les conditions prévues à l'article V⁵¹³. Or, l'article VII ne contient pas cette précision. Il est donc incohérent de mettre en place, dans le cadre de la Convention de New York un ensemble de règles qui exigent le refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale dans l'un des cas prévus par l'article V, tout en acceptant l'exécution de la sentence arbitrale, malgré la présence de ces mêmes conditions de refus (par le recours à l'article VII qui permet le recours aux lois plus favorable à l'exécution d'une sentence, dans le pays où cette exécution est recherchée)⁵¹⁴. Néanmoins, il faut souligner l'existence de d'autres arguments qui sont contre la nature obligatoire de l'article V de la Convention de New York (**B**)

⁵¹¹ 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.* 43, (2002), p. 60.

⁵¹² Pierre Lastenouse, « Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene », 16(2) *Journal of International Arbitration* 25, (1999), p. 28.

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ *Ibid.*

B- Les arguments contre la nature obligatoire de l'article V :

D'autres arguments militent pour que l'article V soit de nature obligatoire. Selon la version française de la Convention de New York confère à l'article V une nature obligatoire. En plus, selon l'argument principal, les juridictions des multiples Etats contractants disposent de pouvoirs discrétionnaires très différents, en ce qu'ils sont influencés par leurs propres traditions juridiques⁵¹⁵. La différence d'approches relative au pouvoir discrétionnaire risque d'ouvrir la porte à l'incertitude et à l'imprévisibilité. En effet, accorder aux juges de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales des pouvoirs discrétionnaires risquerait de contrevenir à la finalité même de la Convention de New York⁵¹⁶. En conséquence, il s'ensuit donc que l'article V de la Convention de New York doit être interprété dans un sens obligatoire.

En outre, malgré la version anglaise de cette Convention qui soutient clairement la nature discrétionnaire de l'article V, la combinaison des termes comme « *may = peut* » et « *only = seulement* », pourraient conférer à ce texte des cas de refus d'exécution d'une sentence arbitrale, une nature « *exclusive* ». Ainsi, apporter la preuve de l'existence d'un motif de refus d'exécution de la sentence, implique l'obligation de refuser cette exécution⁵¹⁷. En d'autres termes, la formulation de l'article V suppose que la juridiction doit refuser l'exécution de la sentence, en cas de preuve de présence d'un motif de refus d'exécution. Néanmoins, l'objectif de la Convention de 1958, tel qu'il est reflété dans plusieurs de ces dispositions contrevient à ces arguments⁵¹⁸.

Ainsi, il n'existe pas de consensus de la doctrine sur la nature de l'article V, sur le fait de savoir s'il confère ou non à la juridiction d'exécution un pouvoir discrétionnaire ou obligatoire pour exécuter une sentence arbitrale, lorsqu'un des motifs de refus d'exécution est valable. Pour parvenir à une position unifiée, les juridictions nationales doivent s'accorder sur

⁵¹⁵ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.208.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ 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.* 43(2002), p. 59.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 60.

la nature, discrétionnaire, ou obligatoire de l'article V. La jurisprudence a eu à se prononcer sur cette question (C).

C- La jurisprudence sur la nature discrétionnaire de l'article V

Hong Kong a adopté la nature discrétionnaire de l'article V de la Convention de New York. Ainsi, même si la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence arbitrale, apporte la preuve de l'existence de l'une des motifs de refus, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire d'autoriser l'exécution de la sentence. C'est ce qui a été expressément affirmé par la Cour suprême de Hong Kong, dans le cadre de l'affaire *China Nanhai Oil Joint Service Corp c./ Gee Tai Holdings Co Ltd.*⁵¹⁹. En effet, la Cour a retenu dans cette affaire que les cas de refus de l'exécution ne sont pas « *obligatoires* », et que la juridiction d'exécution de la sentence, par son pouvoir discrétionnaire, est tenue de parvenir à une solution juste, quelles que soient les circonstances.

Aux Etats-Unis, Monsieur D.W. Rivkin a soutenu que les juridictions américaines doivent considérer les cas de refus prévus par l'article V de manière discrétionnaire. Selon cet auteur, l'emploi du terme « *may* » confère à l'article V une nature « *permissive* ». De plus, les juridictions américaines peuvent très bien recourir à la version anglaise de l'article V de la Convention de New York et écarter la version française⁵²⁰.

Malgré l'existence de la nature obligatoire dans la version française de l'article V de la Convention de New York, les juridictions françaises ne tiennent pas compte de cette nature, dans la mesure où elles fondent leurs décisions sur les demandes d'exécution, plutôt que sur la Convention de New York⁵²¹.

⁵¹⁹ XX Y.C.A 671 (1995).

⁵²⁰ D. W. Rivkin, « The Enforcement of Awards nullified in the Country of Origin: The American Experience » dans Albert Jan van den Berg, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, (ICCA congress series no.9), *Kluwer Law International*, (1999), p.532.

⁵²¹ Jan Paulsson, « May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics, *Arbitration International* », 14(2) *Arbitrage international* 227(1998), p. 227.

En effet, les dispositions de l'article VII de la Convention de 1958 exigent que les tribunaux d'exécution de la sentence, permettent aux parties qui demandent cette exécution, de se fonder sur des traités ou des lois qui sont plus favorables à l'exécution que la Convention de New York. L'article 1520 du CPC de 2011 permet le recours aux motifs de refus d'exécution contre une sentence arbitrale, sous des conditions beaucoup plus diversifiées que celles prévues par la Convention de New York. Pour cela, les sentences arbitrales étrangères sont souvent exécutées en France, sans le recours à la Convention de New York.⁵²²

Ainsi, après l'analyse de la nature obligatoire de l'article V de la Convention de New York, il est possible de considérer que l'interprétation de cet article accorde aux juridictions de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale un pouvoir discrétionnaire et cela même s'il existe un motif de refus d'exécution. Aussi, sur un plan international, la nature discrétionnaire de l'article V est très largement admise⁵²³. Il convient de procéder maintenant à l'examen de la question des motifs exhaustif (II).

II- Les motifs sont exhaustifs :

L'article V de la Convention est important en ce qu'il utilise des termes précis qui permettent de limiter l'intervention juridictionnelle à des motifs spécifiques⁵²⁴. En effet, il met en place une liste « *exhaustive* » d'allégations sur la base desquelles l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère peut être refusée. Toutefois, ces motifs de refus sont exhaustifs en ce que l'objectif principal de la Convention est justement de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales et de les libérer des procédures juridictionnelles nationales⁵²⁵. L'intention première des rédacteurs de la Convention de New York de 1958 était de mettre en place un Code unifié de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales, Code devant être appliqué de la même façon par les Etats contractants.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ Georgios Petrochilos, « Procedural Law in International Arbitration », *Oxford*, (2004), p. 305.

⁵²⁴ Dan C. Hulea, « Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective ». 29 *Brooklyn J. Int'l L.* 313 (2003), p. 323.

⁵²⁵ Richard Garnett et Michael Pryles, « Recognition and Enforcement of Foreign Awards under the New York Convention in Australia and New Zealand », 25(6) *Journal of International Arbitration* 899, (2008), p. 904.

Ainsi, les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution prévus par l'article V sont de nature exhaustive et le droit national ne peut pas y ajouter d'autres motifs⁵²⁶. En raison de cette nature exhaustive des motifs de refus, les tribunaux auprès desquels l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère est recherchée, ne peuvent pas examiner la question de la révision au fond, parce qu'elle n'est pas prévue dans cet article comme étant un motif de refus d'exécution d'une sentence⁵²⁷. Selon la Convention de New York, le rôle du juge d'exécution se limite à vérifier si le recours est possible, conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} et si l'exécution de la sentence arbitrale porte atteinte à l'ordre public selon l'article V al.2.

Malgré la nature exhaustive de l'article V de la Convention de New York, l'article V al.1^{er}(e) impose de façon indirecte, d'autres motifs de refus d'exécution d'une sentence, surtout lorsque les juridictions du lieu d'exécution sont contraintes d'examiner des sentences arbitrales, qui ne sont pas forcément rendues à l'étranger, mais considérées simplement comme non nationales, conformément aux dispositions de l'article I^{er} de la Convention de New York⁵²⁸.

De plus, les dispositions de l'article V permettent à la juridiction compétente de se référer à son droit national, d'une part lorsque le sujet de la sentence arbitrale est insusceptible d'être soumis à l'arbitrage selon les lois nationales, et d'autre part, lorsque l'exécution de la sentence arbitrale porte atteinte à l'ordre public. Ces deux conditions permettent donc à la juridiction compétente d'intervenir. Cette référence au droit national implique que la liste des motifs de refus prévus à l'article V n'est pas exhaustive.

Ainsi, dans l'affaire *Smart Systems Technologies*⁵²⁹, la Cour d'appel du Québec a refusé d'exécuter une sentence sur le fondement de la contrariété de cette dernière avec

⁵²⁶ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 209.

⁵²⁷ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 269.

⁵²⁸ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 136.

⁵²⁹ *Smart Systems Technologies Inc. c./ Domotique Secant Inc.*, [2008] J.Q. No. 1782, 2008 QCCA 444.

l'ordre public québécois. Selon la Cour, la décision en soi-même n'était pas contraire à l'ordre public, mais le tribunal arbitral n'ayant pas suffisamment motivé sa décision, cette défaillance empêche la Cour de refuser l'exécution de cette sentence. Or, cela constitue une atteinte à l'ordre public du Québec. Il résulte de cette affaire, que la juridiction québécoise a élargi le champ des motifs exhaustifs de refus d'exécution des sentences arbitrales prévu par la Convention de New York, en se fondant sur l'absence de motivation de la décision du tribunal arbitral, comme une atteinte à l'ordre public. par conséquent, le motif de refus prévu par la Convention de New York n'est pas exhaustif.

En outre, au Royaume Uni, l'affaire *Yokos Oil Company c./ Dardana Ltd*⁵³⁰ rejette aussi la nature exhaustive de l'article V de la Convention de New York. Selon le juge Mance, le terme « *may=peut* » employé à l'article V de la Convention de New York de 1958 peut être interprété de façon à faciliter le travail de la juridiction et lui permettre de considérer d'autres circonstances que celles prévues par la Convention de New York, notamment dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales.

Malgré la nature exhaustive de l'article V de la Convention de 1958, les juridictions nationales semblent présenter une lecture différente. En conséquence, l'objectif de la Convention est de mettre en place un système uniforme de refus de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères, chose qui ne sera atteinte que si les juridictions nationales procèdent à une lecture exhaustive de cet article V.

Dans cette perspective, on va étudier dans un premier temps les motifs du refus d'exécution selon la requête du demandeur (**Chapitre 1^{er}**), avant de passer ensuite à l'étude des motifs de refus d'exécution soulevés d'office par les juridictions étatiques (**Chapitre 2^{ème}**).

⁵³⁰ [2002] EWCA Civ. 543.

Chapitre I :

Les motifs du refus d'exécution d'après la requête du demandeur

L'article V al.1^{er} de la Convention de New York du 10 juin 1958 énonce cinq motifs de refus de reconnaissance et/ou d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère : le premier motif est l'invalidité de la convention d'arbitrage pour incapacité des parties ou pour illicéité de la convention arbitrale (**Section I**), le deuxième est le cas d'atteinte à la procédure arbitrale (**Section II**), le troisième est l'abus de pouvoir par l'arbitre (**Section III**), le quatrième est la présence d'une procédure d'arbitrage irrégulière (**Section IV**) et le dernier motif de refus de reconnaissance et/ou d'exécution d'une sentence arbitrale est la présence d'une sentence annulée ou suspendue par les autorités compétentes (**Section V**). Ainsi, c'est à la juridiction compétente que revient la charge d'examiner la preuve portant sur ces faits. Toutefois, la juridiction ne peut pas, de son propre chef, vérifier si les conditions de l'article V al.1^{er} sont réunies⁵³¹.

Section I :

L'invalidité de la convention d'arbitrage pour incapacité des parties et l'illicéité de la convention d'arbitrage

L'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York de 1958 prévoit que : « les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi 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 ». Ainsi, cet article de la Convention de New York permet aux parties de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale, en se fondant sur deux éléments. En premier lieu, les parties peuvent invoquer l'incapacité de l'autre partie à la convention d'arbitrage (**Paragraphe I**). Cette incapacité peut être d'ordre moral ou

⁵³¹ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 133.

physique⁵³². En second lieu, les parties peuvent soutenir que la convention d'arbitrage n'est pas licite (**Paragraphe II**).

Paragraphe I- L'incapacité des parties :

L'article 2 al. (b) de la Convention de Genève de 1927, énonce l'incapacité des parties comme motif de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale. Mais, cette disposition de la Convention de Genève s'intéresse en premier lieu à la pertinence de la représentation légale de la partie au contrat, plutôt qu'à la nature défectueuse de l'exécution de la convention d'arbitrage⁵³³. L'incapacité est donc plus une question procédurale.

Toutefois, le projet du 6 juin 1958 n'a pas inclus l'incapacité comme une question procédurale. En réalité, le projet ne faisait aucune référence à l'incapacité et les dispositions de l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York portaient uniquement sur la validité de la convention d'arbitrage.

Par ailleurs, il faut noter que cette incapacité prévue par l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York était mentionnée dans le projet initial de cette Convention, mais dans son article IV al. 1^{er} (c). Ce dernier prévoit que : « *la partie touchée d'incapacité n'était pas légalement représentée* »⁵³⁴. Le représentant de la délégation de la Nouvelle Zélande a commenté ce projet, en suggérant la nécessité de préciser la loi en fonction de laquelle ces dispositions devaient être interprétées. Ils ont alors proposé d'adopter comme loi de référence, celle du pays où la sentence a été adoptée⁵³⁵. Cette disposition fut retirée de la Convention de 1958 pour être ajoutée le dernier jour de la conférence. En effet, le délégué

⁵³² A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », (2007), p. 414.

⁵³³ C. Ignacio Suarez Anzorena, « The Incapacity Defence Under the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 616.

⁵³⁴ C'est ce que stipule l'article IV al.1er (C) du projet de convention de New York de 1958.

⁵³⁵ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 217.

des Pays-Bas l'a introduite comme une modification de dernière minute⁵³⁶. Il a proposé une nouvelle formulation de l'article V al.1^{er} (a) afin d'inclure l'incapacité des parties. Sa proposition fut adoptée⁵³⁷.

Par conséquent, contrairement à la Convention de Genève de 1927 qui prévoyait l'incapacité comme une irrégularité procédurale au niveau de la représentation de l'une des parties au contrat arbitral, la Convention de New York a considéré l'aspect matériel de l'incapacité dans le cadre de la convention d'arbitrage. Cependant, il faut noter que très peu d'informations peuvent être retirées des travaux préparatoires de ce motif de refus. A cet effet, l'on va étudier successivement la loi applicable à l'incapacité (**Sous-Paragraphe 1**), et à son domaine d'application (**Sous-Paragraphe 2**), mais aussi la question de la capacité juridique des Etats et des entités étatiques (**Sous-Paragraphe 3**).

Sous-Paragraphe 1 : La loi applicable à l'incapacité :

Dans ce cadre, il apparaît manifestement que la Convention de New York a pris comme modèle la Convention de Genève de 1927, et s'est orientée par la suite vers une nouvelle approche. L'objectif de cet article est de s'assurer que les différentes parties à la convention d'arbitrage présentent la capacité juridique nécessaire, au moment de l'exécution de cette convention⁵³⁸.

Mais, cet article ne détermine pas le droit qui s'applique à l'incapacité des parties. Cela est accepté par les juridictions des pays contractants, car il y a conflit selon la loi applicable à la capacité des parties entre deux systèmes, par exemple, entre le système selon lequel l'incapacité des parties à la convention sur le domaine international en droit français est soumise à la loi personnelle, Ainsi, la loi applicable sur l'incapacité est différente selon le système du pays de l'exécution.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷C. Ignacio Suarez Anzorena, « The Incapacity Defence Under the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 618.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 632.

Certains auteurs estiment que *«pour la capacité, il se contente d'affirmer que celle-ci s'apprécie d'après la loi applicable aux parties à la convention d'arbitrage. En réalité, parce qu'elle ne prend pas parti sur la détermination de la loi applicable à la capacité, la Convention n'exclut pas que l'ordre juridique de l'Etat dans lequel le contrôle est exercé: apprécie celle-ci au regard de ses propres conceptions matérielles, puisqu'il s'agit précisément de décider si la sentence peut être reçue dans l'ordre juridique qui procède au contrôle. En revanche, si l'on s'oriente vers un raisonnement conflictualiste, la formule de l'article V, paragraphe I, a, parait exclure loi régissant au fond la convention d'arbitrage et aiguiller le choix vers la loi personnelle, puisqu' elle traite de façon distincte loi applicable à la capacité et loi applicable au fond de la convention d'arbitrage. Elle ne règle pas cependant la controverse classique- entre la loi nationale et la loi du domicile, laissant à l'Etat d'accueil de la sentence le soin de déterminer la loi personnelle d'après ses propres conceptions »*⁵³⁹

L'article V al.1^{er} (a) porte donc sur la loi applicable à l'incapacité, qui est la même applicable à la convention d'arbitrage. Cet article se réfère donc à la loi applicable choisie par les parties, à défaut, ce sont les juridictions étatiques qui déterminent la loi applicable. Mais, la position des législations nationales qui détermine la capacité des parties n'est pas uniforme. D'ailleurs, une meilleure approche serait d'appliquer le principe de la « validation » aux questions portant sur la capacité⁵⁴⁰. Selon ce principe, les parties qui signent une convention d'arbitrage internationale applicable dans plusieurs pays, doivent pouvoir jouir des droits liés à cette convention, sans que les législations étatiques ne limitent son application au cadre national. Ainsi, dans le cas d'une transaction dans les Etats A et B, avec un tribunal arbitral dans un autre Etat C, la capacité juridique des parties doit être déterminée en fonction de la loi la plus favorable à l'exécution de la convention d'arbitrage dans les trois Etats en question.

Malgré cette approche portant sur la définition de la capacité juridique, les différentes positions existantes soulèvent l'incertitude et la divergence des solutions dans la mesure où elles se réfèrent à la loi étatique pour la détermination de la capacité juridique des

⁵³⁹ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *Litec.*, (1996), p. 1000, note 1695.

⁵⁴⁰ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 2786.

parties au contrat. Mais, en est-il en matière d'application de cette incapacité (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 2 : Le domaine d'application de l'incapacité :

D'après les dispositions de l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York, l'incapacité de l'une des parties au contrat est un motif de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale, lorsqu'elle porte sur la capacité juridique des parties à conclure une convention d'arbitrage⁵⁴¹.

Le droit comparé offre une définition commune de la capacité juridique. Il s'agit de la possibilité légale d'une personne de s'engager envers autrui de sa propre et libre volonté. L'incapacité se définit soit comme une restriction générale de la personne considérée comme incapable de gérer ses propres droits, soit comme une prohibition qui interdit à certaines personnes incapables de s'engager, afin de les protéger eux-mêmes, mais aussi pour protéger les personnes avec qui elles s'engagent, et de manière globale pour protéger l'intérêt général⁵⁴².

En fonction de la loi applicable à la convention d'arbitrage, l'incapacité peut être liée à l'âge ou à la compétence de la partie signataire⁵⁴³. Dans certains cas, la question se pose de savoir si la personne physique qui a signé la convention d'arbitrage, dispose de l'autorité nécessaire pour agir au nom de l'une des parties au contrat⁵⁴⁴. Ainsi, pour décider de l'incapacité d'une partie au contrat, il convient de se référer aux lois nationales qui règlent cette question⁵⁴⁵. De plus, certains Etats retiennent la « faiblesse » d'une partie à la

⁵⁴¹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 295.

⁵⁴² C. Ignacio Suarez Anzorena, « The Incapacity Defence Under the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 621.

⁵⁴³ A. Tweeddale, K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p. 886.

⁵⁴⁴ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p. 208-9.

⁵⁴⁵ Il faut souligner que la question de l'incapacité en droit français est régit par les dispositions de l'article 1123 du Code civil qui prévoit que : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ».

convention d'arbitrage, de même que ses difficultés au cours des négociations, comme un élément faisant partie de la définition de l'incapacité juridique. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2005 par une Cour Canadienne, dans l'affaire *Grow Biz International Inc. c./ DLT Holdings Inc. and Debbie Tanton*⁵⁴⁶, la Cour a constaté l'oppression, les manœuvres de mise sous pression et la sous représentation juridique de l'une des parties au contrat ; c'est ce qui l'a poussée à déclarer son incapacité à s'engager dans le cadre d'une convention d'arbitrage, conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} (a)

Il faut souligner que la partie qui s'oppose à l'exécution de la sentence arbitrale à la charge de la preuve de l'incapacité juridique de son adversaire. Il est évident que seule la partie contre laquelle l'exécution est requise, peut invoquer l'incapacité juridique. En ce sens, l'affaire *Sokofl Star Shipping Co. Inc. c./ GPVO Technopromexport*⁵⁴⁷ constitue un excellent exemple. En l'espèce, l'entreprise panaméenne *Sokofl* souhaitait faire exécuter une sentence arbitrale rendue en sa faveur par le tribunal arbitral de Londres. Le défendeur s'est fondé sur les dispositions de l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York pour invoquer l'incapacité juridique de *Sokofl*, en ce que cette dernière n'avait pas d'existence juridique. Le demandeur a affirmé qu'il s'agissait d'une erreur administrative qui s'est insérée dans le cadre de la convention d'arbitrage, objet du conflit. La Cour Russe, qui a examiné l'affaire, a refusé l'exécution de la sentence, au motif que le demandeur n'a pas cherché à rectifier l'erreur, contrairement à ce qu'exige la loi. Par ailleurs, la Cour a conclu que le contrat a été signé par une entité juridique différente de celle qui a obtenu la sentence arbitrale.

Malgré la précision des dispositions prévues par l'article V al.1^{er} de la Convention de New York, ce texte pose des difficultés d'interprétation, et des incertitudes⁵⁴⁸, et cela pour deux raisons : la première, c'est que la structure et la formulation de cet article ne définit pas le concept de capacité juridique et ne précise pas la loi applicable à cette question. La deuxième est que la Convention est appliquée par différentes juridictions nationales, ce qui aboutit certainement à des interprétations divergentes et impose à la partie qui s'oppose à

⁵⁴⁶ XXX Y.C.A. 450 (2005).

⁵⁴⁷ XXIII Y.C.A 742 (1998).

⁵⁴⁸ C. Ignacio Suarez Anzorena, « The Incapacity Defence Under the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 615.

l'exécution de la sentence arbitrale, d'apporter la preuve de l'incapacité juridique de son adversaire. Mais, que se passe-t-il quand la partie en question est l'Etat ou l'une de ses entités **(Sous-Paragraphe 3)** ?

Sous-Paragraphe 3 : La capacité juridique de l'Etat et de ses organismes :

Les Etats avec leurs représentants juridiques et les autorités de puissance publique participent de plus en plus à la vie commerciale internationale. Dans le cadre de l'arbitrage commercial international, la question de la capacité juridique d'une personne à s'engager se pose rarement. En général, elle se pose au stade des discussions préliminaires, notamment lorsqu'il s'agit de savoir si une autorité publique ou une administration étatique dispose de la capacité juridique nécessaire pour se soumettre à une convention d'arbitrage⁵⁴⁹. Il convient de distinguer entre l'incapacité juridique d'un Etat de se soumettre à une convention d'arbitrage et son immunité reconnue par le droit public international. Ce dernier aspect a été analysé ci-avant⁵⁵⁰.

En matière de commerce international, l'exemple typique de l'incapacité juridique, porte sur une convention d'arbitrage conclue avec un Etat, ou avec une autorité publique ou un organisme d'Etat. La question se pose alors de savoir si l'Etat a la capacité juridique pour accepter de se soumettre à une convention d'arbitrage ? Afin de répondre à cette question, il convient d'examiner la loi applicable à la capacité d'Etat et à celle de ses organismes⁵⁵¹.

En principe, un Etat ou un organisme étatique, faisant partie à une convention d'arbitrage ne peut pas recourir à son droit interne pour trancher la question de l'incapacité et par conséquent refuser l'exécution de la sentence arbitrale. Cette prohibition provient du fait qu'un Etat, agissant en sa qualité de partie à une convention d'arbitrage ne peut pas échapper

⁵⁴⁹ John Fellas, « Transatlantic Commercial Litigation and Arbitration », *Oceana Publication inc*, (2004), p. 659.

⁵⁵⁰ Cette question relative à l'immunité d'Etat a été étudiée dans le 2ème Chapitre de la Première partie.

⁵⁵¹ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 139.

à l'exécution de ses obligations, en invoquant sa propre loi interne⁵⁵². En France, l'article 2060 du Code de procédure civile considère que les conflits impliquant les collectivités publiques et les établissements publics ne peuvent pas être soumis à l'arbitrage. Toutefois, cette disposition est considérée inapplicable en matière d'arbitrage international.

Ainsi, plusieurs juridictions nationales acceptent le fait de se soumettre à une convention d'arbitrage et ce, malgré la souveraineté nationale. En effet, elles considèrent que la convention d'arbitrage obéit aux règles de droit international. Ainsi, dans l'affaire *Societe Tunisienne d'Electricite et de Gaz c./ Societe Entrepose*,⁵⁵³ la société tunisienne d'électricité et de gaz (le défendeur), a affirmé que la loi tunisienne prohibait le recours à l'arbitrage, surtout si l'une des parties au conflit est une collectivité publique. Par ailleurs, et sans se référer à l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York, le tribunal de première instance de Tunis a rejeté cet argument, au motif que la prohibition prévue par la loi tunisienne ne s'appliquait pas à l'arbitrage commercial international. En effet, le tribunal s'est inspiré du droit français selon lequel les collectivités publiques de droit public ne peuvent pas recourir à l'arbitrage, dans le cadre de relations nationales. Toutefois, cette prohibition ne s'applique pas en cas de contrats internationaux. En conséquence, les puissances publiques et *a fortiori* leurs contractants ne peuvent pas invoquer la législation nationale pour échapper à un engagement d'arbitrage international⁵⁵⁴.

La même question s'est posée en Italie dans l'affaire *société arabe des Engrais Phosphates et Azotes-SAEPA c./ Gemanco srl*⁵⁵⁵. En l'espèce, deux entreprises publiques d'origine tunisienne souhaitaient obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale rendue en leur faveur à l'encontre d'une entreprise italienne. La Cour d'appel de Bari a refusé l'exécution, au motif que les deux entreprises relevaient du droit public, qui interdit le recours à l'arbitrage, conformément aux dispositions de la loi tunisienne. Selon le tribunal arbitral, ces dispositions ne s'appliquent pas aux contrats internationaux. La Cour suprême italienne a

⁵⁵² Herbert Kroke, Patricia Nacimientto, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 220.

⁵⁵³ *Rev. Arb.* 268 (1974).

⁵⁵⁴ Bernard Hanotiau et Olivier Caprasse, « Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention », 25(6) *Journal of International Arbitration* 721, (2008) p. 724-25.

⁵⁵⁵ XXII *Y.C.A.* 737 (1997).

cassé la décision rendue par la Cour d'appel, au motif que la partie qui rejette l'exécution (*Gemananco*) aurait dû prouver que la loi tunisienne interdisait aux autorités publiques de recourir à l'arbitrage dans le cadre des contrats internationaux. Or, elle n'a pas réussi à rapporter cette preuve.

En outre, un Tribunal américain de première instance a adopté une décision « *surprenante* » dans le cas d'une requête portant sur l'incapacité juridique. Dans l'affaire *Banques Centroamericanos S.A. c./ Refinadora Costarricense de Petroles, S.A.*⁵⁵⁶, une entreprise relevant de la propriété du Costa Rica a invoqué l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York, pour s'opposer à la décision de la Cour américaine qui autorisait l'exécution d'une sentence arbitrale. Selon l'entreprise, l'autre partie à la convention d'arbitrage n'avait pas la capacité juridique nécessaire pour s'engager et la loi du Costa Rica n'autorisait pas un tel engagement. La Cour américaine a écarté ces allégations, au motif que les décisions des arbitres ne pouvaient pas être examinées au regard de la capacité juridique des parties à la convention d'arbitrage. Ceci était certainement « *faux* »⁵⁵⁷.

Toutefois, plusieurs autres pays prohibent ou limitent, dans leurs législations nationales, les capacités juridiques des autorités publiques à compromettre⁵⁵⁸. Traditionnellement, ces limites sont considérées comme une incapacité juridique. Ainsi, dans l'affaire *Southern Pacific Properties Ltd. c./ The Arab Republic of Egypt and the Egyptian General Company for Tourism and Hotels*⁵⁵⁹, la question s'est posée de savoir si le gouvernement égyptien était soumis à une convention d'arbitrage. Dans les faits, la convention d'arbitrage a été signée et ratifiée par le Ministre du tourisme avec l'expression « *approuvée et ratifiée par le Ministre* ». Selon le tribunal arbitral, cette expression était suffisante pour prouver l'intention du Ministre de s'engager. Toutefois, la Cour d'appel de Paris a rejeté cette décision, au motif que la signature du Ministre devait être analysée comme une approbation du mérite de la convention, telle que prévu par la loi égyptienne, et non pas comme son intention d'y être soumis. La Cour de cassation confirma l'arrêt d'appel.

⁵⁵⁶ US Dist. LEXIS 5429 (S.D.N.Y. May 17, 1989).

⁵⁵⁷ C. Ignacio Suarez Anzorena, « The Incapacity Defence Under the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 627.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p.624.

⁵⁵⁹ (1983) *I.L.M.* 752.

En plus, la même question s'est posée en Syrie dans l'affaire *Fougerolle S.A. c./ Ministry of Defence of the Syrian Arab Republic*⁵⁶⁰. Selon le contrat, il incombait à l'entreprise française *Fougerolle* de construire un hôpital militaire en Syrie. A la suite du conflit, *Fougerolle* s'est adressée à la CCI, conformément aux stipulations du contrat. La Tribunal a rendu deux sentences arbitrales en faveur de *Fougerolle* qui, par la suite, a cherché à faire exécuter les sentences en Syrie. L'exécution fut écartée, au motif que la partie syrienne ne disposait pas de la capacité juridique nécessaire pour s'engager. Selon la partie française, la loi syrienne porte atteinte à la Convention de New York, en autorisant l'Etat à adopter des conditions d'exécution des sentences arbitrales beaucoup plus strictes que celles prévues par cette Convention. Toutefois, le tribunal administratif de Damas a retenu que les règles prévues par la loi syrienne sont obligatoires, car relevant de l'ordre public. L'exécution des sentences arbitrales n'a pas eu lieu.

Il apparaît donc clairement que le champ de la capacité juridique d'un Etat et ses organismes varie selon les législations internes de chaque Etat. Il sera donc très difficile de parvenir à une position uniforme dans le cadre de l'incapacité juridique considérée comme un motif de refus d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Toutefois, l'incapacité invoquée par l'une des parties à l'arbitrage n'est pas le seul motif éventuel pour refuser la reconnaissance et/ou l'exécution d'une convention d'arbitrage, les parties peuvent soutenir aussi que la convention d'arbitrage n'est pas licite (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 2- La licéité de la convention d'arbitrage :

La deuxième partie de l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York a été introduite pendant les travaux préparatoires et dispose désormais que : « *la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale peuvent être refusées dans le cas où ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée*⁵⁶¹ ». Le 9 juin 1958, pendant les travaux préparatoires de l'adoption de la Convention de New York, la

⁵⁶⁰ XV Y.C.A. 515 (1990).

⁵⁶¹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 217.

délégation de l'Union soviétique a proposé de clarifier les dispositions prévues par l'article V al. 1^{er}, en ajoutant que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale peuvent être refusées dans le cas où « *ladite 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*⁵⁶² ». Cette disposition fut adoptée sans modification dans la version finale de la Convention de 1958.

« *La convention d'arbitrage peut être définie comme l'acte juridique lequel deux ou plusieurs parties décident de confier à une juridiction arbitrale le litige qui les oppose ou est susceptible des les opposer* »⁵⁶³. Il est donc possible de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, lorsque la convention est considérée comme étant illicite, selon la loi choisie par les parties ou selon la loi du pays où la sentence a été adoptée, si les parties n'ont pas choisie de loi applicable. Cependant, deux difficultés se posent : la première est relative au choix de la loi applicable (**Sous-Paragraphe 1**), pour connaître par exemple : quelle loi détermine si la convention d'arbitrage est valide ou pas ? La seconde est matérielle : elle cherche à savoir si la convention d'arbitrage est valable⁵⁶⁴ ? Mais, pour bien répondre à toutes ces interrogations, il nous paraît nécessaire d'aborder la question du champ d'application de l'illicéité de la convention d'arbitrage (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1 : La loi applicable

Selon l'article V al.1^{er} (a), la licéité de la convention d'arbitrage est déterminée soit par la loi choisie par les parties au sein même de la convention d'arbitrage, soit, dans la mesure où les parties n'ont pas exprimé leur choix, par la loi du pays où la sentence arbitrale a été conclue. Il apparaît donc clairement que cet article accorde une plus grande importance à la volonté des parties de choisir la loi qu'elles entendent appliquer à leur convention d'arbitrage. La doctrine déclare dans ce sens que « *la loi régissant au fond la convention d'arbitrage doit être déterminée par application d'une règle de conflit fixée par la convention*

⁵⁶² *Ibid.*, p. 217.

⁵⁶³ Jeqn- Michel Jacquet, Philippe Delebecque et Sabine Corneloup, « Droit Du Commerce International », 2^e Edition, *Dalloz*, (2010), p.832, n° 1072

⁵⁶⁴ M. Lu, « The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England », *23 Arizona Journal of International & Comparative Law* 747, (2006), p.757.

elle-même. Celle-ci consacre à titre principal la loi d'autonomie, ce qui ne surprend pas, ce principe étant uniformément admis en droit comparé, Le choix de la loi du lieu où la sentence a été rendue, opéré à titre de rattachement subsidiaire, est plus contestable. En effet, ce lieu ne résulte lui-même pas nécessairement de la volonté des parties et son choix est généralement dicté par des considérations étrangères à la validité de la convention d'arbitrage »⁵⁶⁵.

De plus, les dispositions de l'article V al.1^{er} (a) s'appliquent uniquement, lorsque la convention ne peut s'appliquer selon la loi choisie par les parties. L'article V al.1^{er} (a) ne constitue donc pas un motif de refus d'exécution de la sentence arbitrale, tant que la convention d'arbitrage peut être exécutée, conformément à la loi applicable à la procédure arbitrale⁵⁶⁶.

Selon l'article V al.1^{er} (a), les parties sont libres de choisir la loi applicable à la convention d'arbitrage. A défaut, la loi applicable est la loi du pays dans lequel la sentence arbitrale s'applique, conformément aux dispositions de la convention d'arbitrage. Cet article autorise aussi les parties de choisir une loi différente de celle applicable au contrat principal. Ainsi, dans l'affaire anglaise *XL Insurance Ltd. c./ Owens Corning*⁵⁶⁷, un contrat d'assurance était conclu entre deux parties et comportait les clauses suivantes : « *une clause d'arbitrage prévoyant que tout conflit, controverse ou requête soulevé dans le cadre de ce contrat ou en raison de sa violation, terminaison ou invalidité. L'arbitrage doit intervenir à Londres, en Angleterre conformément aux dispositions de la loi de 1996, portant sur l'arbitrage et/ou aux modifications statutaires ou amendements exécutoires intervenus par décision de trois arbitres... ; une clause d'application et d'interprétation de la loi, à propos duquel cette convention doit obéir aux lois internes de l'état de New York, aux Etats-Unis d'Amérique... ».*

⁵⁶⁵ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *Litec.*, (1996), p. 999, note 1695.

⁵⁶⁶ James H. Carter et John Fellas, « International Commercial Arbitration in New York », *Oxford*, (2010), p. 389.

⁵⁶⁷ English Commercial Court Queen's Bank Division, 28 July 2000.

Selon Lord Mustill, le choix de recourir aux lois de New York pour exécuter la convention d'arbitrage constitue un choix raisonnable et une expression non équivoque de la volonté des parties de soumettre l'ensemble du contrat, ainsi que la convention d'arbitrage à ces lois. Il se réfère expressément à la loi applicable à la procédure arbitrale, afin qu'elle ne soit pas confondue avec la loi applicable à la convention d'arbitrage. Il n'y a donc aucun doute sur le fait que les parties ont choisi la loi anglaise pour régir la procédure arbitrale.

Il s'agit d'une doctrine de séparabilité, selon laquelle la convention d'arbitrage constitue un contrat distinct du contrat principal et peut donc être régie par une loi différente. Selon cette doctrine, la convention d'arbitrage est un acte juridique autonome, dans lequel les parties peuvent choisir le lieu de l'arbitrage et la loi applicable à la convention d'arbitrage. Selon certains juristes, le lieu de l'arbitrage s'applique à la convention d'arbitrage⁵⁶⁸.

Selon les dispositions de l'article V al.1^{er}(a), si les parties ne précisent pas la loi applicable à la convention d'arbitrage, celle qui s'applique est la loi du pays dans lequel la sentence a été rendue. Toutefois, d'un point de vue pratique, la procédure arbitrale implique plusieurs pays dans la mesure où l'échange de documents entre les parties pourrait intervenir entre ces parties et des arbitres travaillant dans plusieurs Etats. Le seul élément décisif est donc l'adoption de la sentence arbitrale⁵⁶⁹.

En outre, les juridictions françaises s'éloignent des dispositions de la Convention de New York, puisqu'elles ne suivent pas les règles de conflits de lois prévues par ce texte en ce qui concerne la licéité de la convention d'arbitrage, et le défaut de choix de la loi applicable par les parties à cette convention. En effet, ces juridictions ont décidé que la loi applicable à la convention d'arbitrage est la loi prévue par les parties dans la convention d'arbitrage, ou la loi prévue par les lois françaises ou le droit international public français. Elles ont donc écarté la loi du pays où la sentence arbitrale a été adoptée⁵⁷⁰. Les juridictions

⁵⁶⁸ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p.145.

⁵⁶⁹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 295.

⁵⁷⁰ J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche, « French Arbitration Law and Practice :A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p. 224.

françaises n'accordent donc aucune importance à la loi du lieu de l'arbitrage et à son lien avec la licéité de la convention d'arbitrage. Mais, que ce passe-t-il en matière d'application de la licéité de la convention d'arbitrage (**Sous-Paragraphe 2**)?

Sous-Paragraphe 2 : Le champ d'application de la licéité de la convention d'arbitrage:

Tout arbitrage est impossible sans convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral doit donc vérifier l'existence de cette convention avant d'entamer la procédure arbitrale. Toutefois, la juridiction d'exécution de la sentence arbitrale n'est pas liée par les motifs et les conclusions de la sentence arbitrale⁵⁷¹. Certains juristes considèrent que permettre aux juridictions étatiques d'ignorer ces résultats ne peut qu'aboutir à une révision au fond.⁵⁷²

L'exécution d'une sentence arbitrale peut être refusée, en raison de l'illicéité de la convention d'arbitrage. En réalité, il y a très peu de décisions qui avaient été adoptées en application des dispositions de l'article V al.1^{er} (a)⁵⁷³. Ainsi, dans l'affaire *Fougerolle SA (France) c./ Ministry of Defence of the Syrian Arab Republic* constitue le parfait exemple de requête contre l'exécution d'une sentence arbitrale, en raison de l'illicéité de la convention d'arbitrage⁵⁷⁴. En l'espèce, le tribunal administratif de Damas a refusé l'exécution de deux sentences arbitrales adoptées par la CCI, en raison de leur « *non-existence* ». En effet, elles avaient été adoptées dans le cadre d'une convention d'arbitrage illicite.

Cependant, les juridictions nationales tendent à interpréter la licéité d'une convention d'arbitrage d'une façon « restrictive ». Ainsi, dans l'affaire *Buques Centroamericanos, S.A. c./ Refinadora Costarricense de Petroleos, S.A.*⁵⁷⁵, la partie ayant intenté un recours en reconnaissance d'une sentence arbitrale, a soulevé l'illicéité de la

⁵⁷¹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 222.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 223.

⁵⁷³ R. D. Bishop, E. Martin, « Enforcement of Foreign Arbitral Awards », <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop6.pdf>, p.12.

⁵⁷⁴ XV Y.C.A. 515(1990).

⁵⁷⁵ U.S. Dist LEXIS 5429 (S.D.N.Y. 1989).

convention d'arbitrage, au motif que cette dernière n'était pas conforme à la législation du Costa Rica, propriétaire de l'entreprise, qui fait partie à la convention d'arbitrage. La Cour américaine a rejeté l'argument soulevé au cours de la procédure arbitrale, et a adopté les décisions des arbitres, en accordant la reconnaissance de la sentence arbitrale rendue, malgré l'illicéité de la convention d'arbitrage par rapport à la législation Costaricaine.

Il faut souligner que l'illicéité de la convention d'arbitrage pose deux sortes de questions: l'existence de la compétence d'une juridiction arbitrale pour trancher les litiges (A) et les conditions de forme portant sur la licéité de la convention d'arbitrage (B).

A- La question de la compétence des juridictions arbitrales :

La convention d'arbitrage est le cœur de la procédure arbitrale. En principe, l'existence de la convention d'arbitrage est examinée par le tribunal arbitral, surtout quand sa compétence est remise en question par l'une des parties. Dans ce cas, le tribunal arbitral rend une sentence préliminaire sur sa propre compétence. Souvent, la question de la compétence est soulevée dès le début de la procédure arbitrale. Cette question peut être soulevée au cours d'un recours pour illicéité de la convention d'arbitrage, conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York de 1958⁵⁷⁶.

La compétence du tribunal arbitral dépend de l'existence même de la convention d'arbitrage, conclue entre les différentes parties au contrat⁵⁷⁷. Or, des difficultés peuvent surgir en ce qui concerne l'adoption de la convention d'arbitrage. Ainsi, tout dépend des dispositions de la clause arbitrale. Il faut qu'elles soient assez larges pour permettre aux arbitres de résoudre des conflits soulevés en dehors du contrat, mais aussi en relation avec ce contrat⁵⁷⁸. Mais, que se passerait-il si l'une des parties à l'arbitrage soulève l'incompétence du tribunal arbitral ?

⁵⁷⁶ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « International Arbitration », *Oxford University Press*, (2009), p.660, 10-41.

⁵⁷⁷ J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche, « French Arbitration Law and Practice :A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p. 241.

⁵⁷⁸ *Ibid*, p241.

Certaines parties décident de soulever l'incompétence du tribunal arbitral auprès des instances juridictionnelles étatiques⁵⁷⁹. Dans l'affaire *Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses c./Dallah*,⁵⁸⁰ le juge anglais a refusé d'octroyer l'exequatur à une sentence arbitrale rendue à Paris pour défaut de compétence du tribunal arbitral, avant que le juge français rejette un recours en annulation exercé sur le même fondement. En l'espèce, la Cour suprême du Royaume-Uni et la Cour d'appel de Paris se prononcent dans des directions opposées concernant l'extension d'une clause compromissoire à une partie non-signataire de la convention d'arbitrage. La Cour d'appel de Paris rejette en conséquence, dans un arrêt du 17 février 2011, un recours en annulation intenté sur le fondement de l'absence de convention d'arbitrage. Par un arrêt du 3 novembre 2010, la cour suprême du Royaume-Uni avait au contraire refusé d'octroyer l'exequatur dans la même affaire, au motif que le défendeur n'était pas partie à la convention d'arbitrage litigieuse.⁵⁸¹

La clause compromissoire litigieuse était contenue dans un contrat conclu le 10 septembre 1996 (le Contrat) entre une société saoudienne, Dallah Estate and Tourism Holding Company (Dallah), et un trust établi par l'État pakistanais, le Awami Hajj Trust. Ce Contrat faisait suite à un protocole d'accord signé le 24 juillet 1995 par Dallah et l'État pakistanais, dans lequel les principes essentiels de la transaction avaient été fixés. L'opération économique envisagée était la construction de logements pour les Pakistanais désireux d'effectuer le pèlerinage à La Mecque.

L'accord prévoyait ainsi que Dallah acquerrait des terrains situés à quelques kilomètres de La Mecque, y construirait des logements, et les louerait ensuite pour 99 ans au Pakistan. Quelques mois plus tard, Dallah fit effectivement acquisition de 43 000 mètres carrés de terrain à cette fin. Les négociations avec le gouvernement pakistanais se poursuivirent et donnèrent finalement lieu à la conclusion du Contrat du 10 septembre 1996. Mais, entre-temps, le gouvernement pakistanais avait fini par mettre en œuvre un projet qu'il contemplait depuis 1994, la création d'un trust afin de permettre aux gens de subvenir aux

⁵⁷⁹ John Fellas, « Transatlantic Commercial Litigation and Arbitration » *Oceana Publication inc.*, (2004), p. 640.

⁵⁸⁰ Cour d'appel de Paris, 17 février 2011, RG : 09/28533 ; Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2011 n° 2, P. 433.

⁵⁸¹ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c./The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46.

coûts du pèlerinage. Le Awami Hajj Trust fut établi par une « Ordonnance » du Président du Pakistan du 31 janvier 1996. C'est donc logiquement ce dernier qui signa le Contrat, et non le Ministère des Affaires religieuses, qui n'y apparaîtrait pas.

Le litige survint quelques mois plus tard. Le gouvernement du Pakistan avait changé en novembre 2006. Les relations entre Dallah et ses interlocuteurs commencèrent alors à se détériorer. Finalement, un haut fonctionnaire pakistanais écrivit à Dallah le 19 janvier 1997 au nom du Ministère pakistanais une lettre l'accusant d'avoir rompu le Contrat et concluant que celui-ci devait être considéré comme résolu. Le jour suivant, le même fonctionnaire initia, mais au nom du trust, une procédure devant le juge pakistanais recherchant une déclaration selon laquelle Dallah avait rompu le Contrat et une injonction interdisant à la société saoudienne de s'en prévaloir à l'encontre du trust. Dallah initia quant à elle une procédure arbitrale en mai 1998 sur le fondement de la clause compromissoire, sous l'égide de la CCI. Le siège de l'arbitrage fut fixé à Paris.

La compétence du tribunal arbitral fut donc contestée. Elle posait difficulté pour deux raisons. La première était que Dallah poursuivait le Ministère des affaires religieuses, c'est-à-dire l'État pakistanais. Or, ainsi qu'il a été précisé, le Contrat contenant la clause compromissoire, n'avait pas été signé par le Pakistan, mais par le trust. Il fallait donc expliquer comment la clause pourrait être étendue à une partie qui était formellement tiers au Contrat. Mais, il existait une seconde difficulté. En droit pakistanais, les ordonnances présidentielles cessent automatiquement de produire effet au bout de quatre mois. Il est donc nécessaire, pour en préserver l'efficacité, de les republier. Or, l'ordonnance instituant le trust ne fut republiée qu'une seule fois, de sorte qu'elle cessa de produire effet en décembre 1996. La partie ayant conclu le Contrat avait donc perdu toute capacité juridique à cette date. Qui donc était alors titulaire des droits et obligations découlant du Contrat ?

L'État pakistanais ne participa à la procédure arbitrale que pour les besoins de la contestation de la compétence du tribunal. Par une première sentence partielle en date du 26 juin 2001, le tribunal arbitral jugea que le Pakistan était tenu par la clause compromissoire contenue dans le Contrat signé par le Trust, et se déclara donc compétent pour connaître du

litige. Dans une seconde sentence en date du 19 janvier 2004, le tribunal se prononça sur le principe de la responsabilité et jugea que la rupture du Contrat incombait à l'État pakistanais. Finalement, dans une troisième et dernière sentence en date du 23 juin 2006, le Tribunal condamna le Pakistan à indemniser Dallah à hauteur de près de 19 millions de dollars américains auxquels il ajouta 1,6 million de dollars américains de frais de procédure.

Dallah chercha alors à faire exécuter cette dernière sentence au Royaume-Uni. Selon la procédure anglaise, il obtint le 9 octobre 2006, au terme d'une procédure non contradictoire, l'autorisation d'exécuter la sentence. Le Pakistan s'y opposa en exerçant, le 23 mars 2008, un recours devant un autre juge de la Haute Cour afin d'annuler l'ordonnance de 2007. L'argument essentiel développé par le Pakistan fut l'absence de compétence du tribunal arbitral à son égard. Le juge anglais fut donc appelé à se prononcer sur la régularité de la sentence rendue en France. Il s'y employa en faisant application de la convention de New York, qui a été incorporée en droit anglais dans les articles 100 et suivants de l'*Arbitration Act* de 1996. Par un jugement en date du 1^{er} août 2008, le juge J. Aikens fit droit à la demande du Pakistan et annula l'autorisation d'exécuter la sentence au Royaume-Uni.⁵⁸² Sa décision fut confirmée par la Cour d'appel par un arrêt en date du 20 juillet 2009,⁵⁸³ et finalement par la Cour suprême dans le premier des deux arrêts commentés. Par ailleurs, l'exequatur était aussi octroyé par le TGI de Paris le 24 août 2009. L'État pakistanais intenta alors un recours en annulation contre chacun des trois sentences rendues par le tribunal que la Cour d'appel de Paris a rejeté dans le second des deux arrêts commentés.

Toutefois, dans certains pays, si la requête d'incompétence n'a pas été soulevée au moment de la procédure arbitrale, la juridiction étatique considère ce silence comme une renonciation, à s'en prévaloir par la suite. Ainsi, dans l'affaire *Société d'Etudes et de Commerce S.A. (France) c./ Weyl Beef Products B.V. (Netherlands)*⁵⁸⁴, la Société d'études et de Commerce S.A (SEC) a conclu un contrat d'affrètement de voyage avec *Weyl Beef Products B.V (Weyl)*. Ce contrat a été signé par un agent représentant la *société Weyl*. Dans le

⁵⁸² *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c./ The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2008] EWHC 1901.

⁵⁸³ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c./ The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] EWCA Civ. 755.

⁵⁸⁴ D. Brian King et Alexandra Schlupe, « Application of Article V of the New York Convention in the Netherlands », 25(6) *Journal of International Arbitration* 762, (2008), p. 762.

cadre de la procédure d'exécution aux Pays-Bas, *Weyl* s'est opposé à l'exécution de la sentence arbitrale, en soulevant l'incompétence des juridictions arbitrales. En effet, l'agent qui représente la *société Weyl* n'avait pas l'autorité nécessaire pour signer la clause arbitrale au nom de cette société.

Le président du Tribunal de première instance d'Almelo a refusé de considérer la requête d'incompétence soulevée par *Weyl*. En effet, selon l'arbitre anglais, la convention d'arbitrage était valable et *Weyl* n'a pas cherché à soulever l'incompétence des juridictions arbitrales, pendant le déroulement de la procédure arbitrale réalisée en Angleterre. En outre, *Weyl* ne pouvait se fonder sur la procédure hollandaise qui constituait le lieu où l'exécution de la sentence arbitrale était recherchée, selon laquelle l'arbitre est incompétent. Pour ces raisons, l'exécution de la sentence fut autorisée. Cette décision est controversée, dans la mesure où elle suggère qu'une partie qui ne s'oppose pas à la sentence pendant la procédure arbitrale, ou à défaut, sur le lieu de l'arbitrage, peut se voir rejeter le droit de s'opposer à l'exécution devant les juridictions du lieu d'exécution pour illicéité de la convention d'arbitrage.

Il est donc évident que les juridictions nationales tendent à limiter les requêtes, portant sur la compétence des juridictions arbitrales, puisque la partie à l'encontre de laquelle la sentence a été rendue ne peut pas invoquer l'incompétence du tribunal arbitral, auprès de la juridiction d'exécution de la sentence, si elle ne l'a pas déjà soulevée devant le tribunal arbitral lui-même. Par ailleurs, il faudra souligner que la question de l'illicéité de la convention d'arbitrage pose d'autres questions relatives aux conditions de forme, portant sur la licéité de la convention d'arbitrage **(B)**.

B- La licéité formelle de la convention d'arbitrage :

L'article II de la Convention de New York de 1958 exige que la convention d'arbitrage soit conclue par écrit. La question est de savoir si l'exigence de l'écrit posée par l'article II peut servir de fondement pour s'opposer à la reconnaissance d'une sentence

arbitrale, tel que prévu à l'article V al.1^{er} (a)⁵⁸⁵. Il est essentiel de traiter les articles II et V de la Convention de New York comme un tout faisant partie d'un régime qui gouverne la reconnaissance et l'exécution des conventions d'arbitrage et des sentences arbitrales et ce, tout au long du déroulement de la procédure arbitrale.

Les parties à la convention d'arbitrage doivent donc remplir la condition formelle de licéité de la convention d'arbitrage, afin d'éviter son illicéité. Le plus souvent, la question de la licéité formelle de la convention d'arbitrage est indissociable de la question du consentement⁵⁸⁶. En effet, le consentement donné par les parties pour se soumettre à une convention d'arbitrage doit être prouvé et la majorité des lois exigent que cette preuve soit faite par écrit. L'article II de la Convention de New York exige que les Etats signataires imposent la condition de l'écrit comme instrument de reconnaissance d'une convention d'arbitrage. Sont visées les clauses compromissoires insérées dans les contrats ou la convention d'arbitrage signée par les parties et contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes⁵⁸⁷.

Dans ce cadre, la Cour de cassation française a expliqué qu'« *aux termes de l'article II, alinéa 1^{er}, de la Convention de New York du 1 juin 1958, chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. Selon l'alinéa 2 dudit article, on entend par convention écrire : une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes. Si les textes précités n'excluent pas l'adoption d'une clause compromissoire par référence à un document qui la contient, encore faut-il comme l'exigerait d'ailleurs la loi française- que l'existence de cette clause soit mentionnée dans la convention principale, sauf*

⁵⁸⁵ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p.2786.

⁵⁸⁶ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p.709.

⁵⁸⁷ R. D. Bishop, E. Martin, « Enforcement of Foreign Arbitral Awards », <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop6.pdf>, p. 13-4.

s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux »⁵⁸⁸.

Par ailleurs, dans l'affaire américaine *Overseas Cosmos Inc. c./ NR Vessel Corp.*⁵⁸⁹, le défendeur a invoqué l'illicéité de la convention d'arbitrage pour défaut de signature de celle-ci. Selon la Cour américaine, la partie a renoncé à son droit de contester la validité de la convention d'arbitrage conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} (a) de la convention de New York. L'argument n'était pas recevable, au motif que la Convention et la loi américaine exigent que la convention d'arbitrage soit conclue par écrit, mais n'exigent pas nécessairement qu'elle soit signée.

De surcroît, lorsque la convention d'arbitrage ne répond pas à la condition de l'écrit prévue à l'article II de la Convention de New York, il est possible de rechercher l'exécution de la sentence selon la loi arbitrale nationale ou même selon un traité « *plus favorable* », (tel que prévu par l'article VII de la Convention de New York), au lieu de se fonder sur le texte même de la Convention de New York⁵⁹⁰.

Il faut souligner que l'opposition à l'exécution de la sentence arbitrale qui soulève l'illicéité formelle de la convention d'arbitrage, a été présente assez souvent dans de nombreuses affaires⁵⁹¹. Ainsi, dans une affaire soumise à la Cour d'appel de La Haye⁵⁹², une partie panaméenne cherchait l'exécution aux Pays – Bas de deux sentences arbitrales rendues à Londres, contre une partie italienne. En première instance, le Président de la Cour de Rotterdam a refusé l'exécution de la sentence, après avoir accepté l'opposition de la partie italienne, selon laquelle les conditions générales du contrat, comportant la clause arbitrale ne constituaient pas une convention d'arbitrage licite, selon les dispositions de l'article II de la Convention de New York. La Cour d'appel a infirmé cette décision, en retenant que la licéité

⁵⁸⁸ Cass. 1^{ère} Ch. Civ., 11 octobre 1989, *Bull. civ.*, 1989, I, p.209, n° 314; JCP, 1989, G., IV, p. 394.

⁵⁸⁹ No. 97 Civ. 5898 (Dq, 1997 WL 757041 (S.D.N.Y. Dec. 8, 1997).

⁵⁹⁰ R. D. Bishop, E. Martin, « Enforcement of Foreign Arbitral Awards », <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop6.pdf>, p. 14.

⁵⁹¹ D. Brian King et Alexandra Schluep, « Application of Article V of the New York Convention in the Netherlands », 25(6) *Journal of International Arbitration* 762, (2008), p. 762.

⁵⁹² Cour d'appel de La Haye, 4 Août, 1993, *Owerri Inc. (Panama) c./ Dielle S.r.l. (Italy)*, TvA 1995/1, 34; 19 Y.C.A 703 (1994).

de la convention d'arbitrage a été examinée, conformément aux dispositions de la loi qui présente le plus de lien avec la convention d'arbitrage, et la loi du lieu de l'arbitrage (l'Angleterre). Or, la loi anglaise reconnaissait la validité de la convention d'arbitrage, et par conséquent, la sentence pouvait donc être exécutée aux Pays-Bas.

En outre, dans une affaire allemande⁵⁹³, des partenaires commerciaux de longue date d'origine hollandaise et allemande, avaient conclu un contrat oral selon lequel, la partie hollandaise devait fournir des services d'excavation à la partie allemande. Toutes les factures envoyées par la partie hollandaise mentionnaient les conditions générales du contrat, notamment la condition du recours à l'arbitrage aux Pays-Bas. Un conflit est né du fait du non-paiement d'une facture, et la partie hollandaise a déclenché la procédure d'arbitrage pour défaut de paiement. Le tribunal arbitral s'est considéré compétent et a rendu une sentence en faveur du demandeur. Pour s'opposer à l'exécution de la sentence, le défendeur allemand a invoqué, auprès de la Haute Cour régionale d'Oldenburg, l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York, pour soutenir que la convention d'arbitrage n'était pas licite. La Haute Cour régionale a refusé de prononcer l'exécution de la sentence arbitrale. En effet, elle a retenu que la convention d'arbitrage ne remplissait aucune des conditions de forme exigées par l'article II de la Convention de New York, considéré beaucoup « *plus favorable* » que les dispositions de la Section 1031 (a) de la ZPO.

Dans certains cas, la juridiction étatique a refusé d'empêcher l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère et cela, malgré l'allégation d'illicéité formelle de la convention d'arbitrage. Dans une affaire hongroise, le défendeur a déposé un recours en appel contre l'exécution d'une sentence arbitrale anglaise en Hongrie. Il soutenait que la convention d'arbitrage était illicite. Selon le demandeur, les échanges de messages de télex entre les parties constituaient une convention d'arbitrage, conformément aux dispositions de la Convention de New York ; de plus, les parties étaient soumises au droit anglais et à la sentence arbitrale rendue par le tribunal arbitral de Londres. Selon la Cour d'appel, pour que l'exécution de la sentence arbitrale soit rejetée, conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York, il incombait à la partie défenderesse de prouver

⁵⁹³ Stefan Kroll, « Germany: A Complete Change of the Form Requirement in Enforcement Proceedings Before German Courts », 9(3) *Int. A.L.R.*, (2006), N24.

l'illicéité de la convention d'arbitrage, selon la loi anglaise. Or, cette partie n'ayant pas réussi à rapporter cette preuve, le recours en appel a été rejeté⁵⁹⁴.

Ainsi, dans une autre affaire *J.S.C. Magnitogorsk Hardware Metallurgic Plant c./ U.A.B. Radvina*⁵⁹⁵, l'exécution de la sentence arbitrale rendue au cours d'une procédure arbitrale était recherchée et le défendeur y opposait l'illicéité de la convention d'arbitrage. Selon la loi lithuanienne, la convention d'arbitrage doit être conclue par écrit. Elle est reconnue comme licéité, dans la mesure où une preuve écrite existe. La Cour suprême a affirmé que l'échange de documents mentionnant l'existence de la convention d'arbitrage, sans que les parties ne s'y soient jamais opposées, constituait une preuve suffisante pour caractériser sa licéité. Dans de telles circonstances, il est impossible de refuser l'exécution de la sentence arbitrale, en se fondant sur les dispositions de l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York.

De surcroît certains Etats ne considèrent pas la condition de l'écrit prévue par la Convention de New York comme une condition de validité de la convention d'arbitrage. Ces Etats se reposent sur leurs législations nationales pour justifier ce choix. Ainsi, dans l'affaire *Ditta Nosegno e Morando c./ Bohne Friedrich & Co. Import-Export*⁵⁹⁶, une sentence arbitrale a été rendue en Allemagne en faveur d'un acheteur allemand à l'encontre d'un vendeur italien. Cette sentence fut reconnue et exécutée en Italie par la Cour d'appel de Messine. La Cour suprême italienne affirme que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère adoptée sous le droit italien, devait se conformer aux dispositions de l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York. Pour cela, la licéité de la convention d'arbitrage devait être vérifiée au regard de la législation du pays où la sentence a été adoptée (l'Allemagne). La charge de la preuve de l'illicéité de la clause arbitrale repose sur le vendeur italien, à l'encontre de laquelle l'exécution de la sentence est requise. Toutefois, le vendeur n'a pas réussi à rapporter cette preuve. Par conséquent, la sentence est exécutée en Italie, au motif que la loi allemande n'exige pas que la convention d'arbitrage prenne la forme d'un écrit pour être valable.

⁵⁹⁴ Christoph Liebscher, « Application of the New York Convention in Austria and Eastern Europe », 25(6) *Journal of International Arbitration* 771, (2008) p.776-777.

⁵⁹⁵ 29 oct. 2004, No. 3K-3-542/2004.

⁵⁹⁶ Cass., 20 janvier 1977, n.272.

Il s'avère donc que la validité formelle est essentielle pour la licéité même de la convention d'arbitrage. Toutefois, la nature de la validité formelle reste incertaine dans la mesure où il faut constamment se référer aux législations nationales qui, à l'évidence, constituent des sources juridiques très variées.

En guise de conclusion, on pourra déduire de tout ce qui précède que l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York met en place deux motifs de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Il s'agit d'une part de l'incapacité des parties et d'autre part de l'illicéité de la convention d'arbitrage. Bien que ces deux motifs restrictifs encouragent l'exécution de la sentence arbitrale, ils restent variés, puisqu'ils dépendent des législations nationales. Certaines juridictions peuvent ainsi les adopter, d'autres peuvent les ignorer. Il n'y a donc pas une application uniforme de l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York. Toutefois, il faut souligner que l'incapacité des parties et l'illicéité de la convention d'arbitrage ne sont pas les seuls motifs de refus d'exécution et/ou de reconnaissance de la convention d'arbitrage, il en existe tant d'autres ; c'est par exemple le cas de l'atteinte à la procédure arbitrale (**Section II**).

Section II :

L'atteinte à la procédure arbitrale

L'article V al.1^{er} (b) de la Convention de New York prévoit 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. Cet article présente deux éléments portant sur la régularité de la procédure arbitrale. Premièrement, il exige que les parties soient dûment informées. Deuxièmement, il prévoit le droit de chaque partie de présenter ses moyens. La Convention de New York sanctionne donc toute atteinte aux droits des parties d'être informées de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage et de faire valoir leurs moyens⁵⁹⁷. Ainsi, ces deux éléments prévus par l'article V al.1^{er}(b) se réfèrent au principe du contradictoire.

Par ailleurs, ce principe du contradictoire constitue un principe procédural de base sur lequel se fonde la résolution des litiges. Son application varie selon les circonstances juridiques, mais aussi selon les systèmes légaux des différents pays⁵⁹⁸. Il est donc important d'examiner le principe du contradictoire (**Paragraphe I**), pour passer par la suite à l'étude de la loi applicable au principe du contradictoire (**Paragraphe II**), et sa relation avec l'ordre public (**Paragraphe III**), dont l'atteinte à ce principe est sanctionnée, conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} (b) de la Convention de New York (**Paragraphe IV**).

Paragraphe I : La détermination du principe de contradictoire :

La Convention n'a pas précisé le sens du principe du contradictoire. Ainsi, la définition sera identifiée conformément aux lois choisies par les différentes parties au contrat, afin de s'appliquer à l'arbitrage ou par la loi du siège de l'arbitrage. En effet, le problème de l'atteinte au principe du contradictoire est une question de fait. Il incombe donc aux parties

⁵⁹⁷ Herman Verbist, « Challenges on Ground of Due Process Pursuant to Article V(1)(B) of the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*,(2008), p. 679.

⁵⁹⁸ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p. 148.

d'en rapporter la preuve⁵⁹⁹. Dans ce sens, Monsieur Kaufmann-Kohler affirme que le terme de « contradictoire » porte sur une notion dont le nom diffère selon les législations nationales, mais qui comprend le « *droit naturel* », la « *juste procédure* », le « *droit d'être entendu à la Cour* », et le « *principe de contradiction* » et enfin le « *droit à un traitement égal* »⁶⁰⁰.

Certains pays se contentent de prévoir ce principe au niveau constitutionnel ou dans les droits fondamentaux, accordant ainsi aux juridictions nationales une grande liberté d'interprétation dans leur application du principe de contradictoire. D'autres systèmes juridiques offrent des règles précises et détaillées, portant sur l'application et l'interprétation du principe du contradictoire⁶⁰¹.

En pratique, il est très commun d'invoquer le principe du contradictoire pour s'opposer à l'exécution d'une sentence arbitrale⁶⁰². Ainsi, selon Monsieur Pierre Karrer, les requêtes de refus d'exécution d'une sentence arbitrale sont souvent fondées, non sur l'incompétence juridictionnelle du tribunal arbitral, mais sur l'atteinte au principe du contradictoire⁶⁰³. Il est vrai que les juridictions étatiques cherchent souvent à interpréter le principe du contradictoire de façon « *restrictive* », afin d'encourager la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conformément aux dispositions de la Convention de New York. Toutefois, elles ne sont pas parvenues à une définition uniforme de ce principe.

D'ailleurs, dans l'affaire *Geotech Lizenz AG c./ Evergreens Systems, Inc.*⁶⁰⁴, la Cour de l'est de New York a considéré, dans sa décision de 1990, que l'article V al.1^{er} (b) de la Convention de New York n'a pas été respecté, en ce que la procédure arbitrale n'était pas

⁵⁹⁹ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p.711.

⁶⁰⁰ S.I. Strong, « Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns », 30 *U. Pa. J. Int'l L.* 1, (2008) p. 56.

⁶⁰¹ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p.148.

⁶⁰² Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.233.

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ 697 F. Supp. 1248 (E.D.N.Y. 1998); XV Y.C.A 562(1990) p. 564.

conforme aux règles procédurales, prévues par le principe du contradictoire américain. Ainsi, la Cour Américaine a fondé sa définition de ce principe du contradictoire sur la loi applicable par le pays d'exécution de la sentence arbitrale.

En revanche, au Canada, dans l'affaire *Corporacion Transnacional de inversiones, SA de CV c./ STET International SpA and STET International Netherlands NV*⁶⁰⁵, la Cour suprême du Canada a retenu qu'il n'y avait pas de définition unique du principe du contradictoire. En effet, certaines juridictions décrivent ce principe dans le cadre arbitral comme imposant une équité fondamentale, c'est-à-dire qu'il représente la condition minimale de justice, de représentation et d'impartialité. Mais, qu'en est-il de la loi applicable sur le principe du contradictoire (**Paragraphe II**).

Paragraphe II : La loi applicable au principe du contradictoire :

La loi applicable au principe du contradictoire soulève à cet égard un certain nombre d'interrogations. Dans ce cadre, une des questions qui se posent est celle de savoir quelle loi s'applique pour déterminer s'il y a une atteinte au principe du contradictoire ou non. Est-ce la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu, ou la loi du pays où la sentence arbitrale est exécutée⁶⁰⁶?

La Convention de New York est muette sur ce sujet et ne précise pas quelle loi nationale ou internationale s'applique pour apprécier les conditions et l'atteinte prévues par l'article V al.1^{er} (b). En outre, les travaux préparatoires, portant sur le projet de la Convention de New York, ne fournissent pas beaucoup d'information pour savoir si le principe du contradictoire doit être retenu, conformément aux dispositions (a) de la loi du pays où la sentence a été rendue, ou (b) de la loi du pays d'exécution de la sentence.⁶⁰⁷ En outre,

⁶⁰⁵ Canada, 3 May 2001, Herman Verbist, « Challenges on Ground of Due Process Pursuant to Article V(1)(B) of the New York Convention » dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.683.

⁶⁰⁶ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.237.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

Monsieur Born, ajoute deux possibilités relatives à la loi applicable au principe du contradictoire: d'une part, (c) la loi nationale applicable dans le cadre de l'arbitrage international et d'autre part, (d) les règles internationales émergeant directement des dispositions de l'article V al.1^{er} (b).⁶⁰⁸

Plusieurs juridictions ont affirmé que le principe du contradictoire devait être apprécié, au regard de leur propre loi interne. Certaines juridictions ont, expressément ou implicitement, retenu que l'atteinte au principe de contradictoire prévue selon leur propre loi interne, n'impliquait pas nécessairement une atteinte à ce principe, telle que prévue dans la Convention de New York⁶⁰⁹. Les juridictions allemandes ont retenu que les conditions d'application du principe du contradictoire, telles que prévues dans la Convention de New York devaient être considérées au regard de la loi du pays d'exécution de la sentence arbitrale⁶¹⁰.

De même, la majorité des juridictions américaines ont appliqué la loi du pays d'exécution de la sentence arbitrale, tout en interprétant le principe du contradictoire⁶¹¹. La Cour d'appel américaine a retenu que l'article V al.1^{er} (b) sanctionne l'application du principe du contradictoire du pays d'exécution de la sentence⁶¹², c'est-à-dire du pays où l'exécution de la sentence est recherchée. Ainsi, les juridictions américaines ont généralement retenu que les sentences arbitrales doivent être examinées, conformément au principe du contradictoire tel que prévu aux articles 5 et 14 de la Constitution américaine⁶¹³.

Toutefois, le principe du contradictoire mis en place par le pays d'exécution de la sentence peut être considérablement différent de celui adopté par le pays où l'arbitrage a eu

⁶⁰⁸ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 2741.

⁶⁰⁹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 298.

⁶¹⁰ OLG Hamburg, IV Y.C.A 266(1979).

⁶¹¹ Rufus v. Rhoades, Daniel M. Kolkey et Richard Chernick, « Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation », 2^{em} Edition *JurisNet*, (2007), p.304.

⁶¹² Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.238.

⁶¹³ *Generica Ltd c./ Pharm. Basics, Inc.*, 125 F.3d 1123, 1129-30 (7th Cir. 1997).

lieu⁶¹⁴. Cela peut aboutir à une incohérence entre les deux juridictions impliquées et même à une solution arbitrale inadaptée. L'application des normes nationales peut donc mener à un dévoiement de l'objectif recherché par la Convention de New York, visant à unifier l'application des dispositions de cette Convention.

De plus, malgré une application non-uniforme de la loi applicable au principe du contradictoire, un argument fondamental justifie que l'article V al.1^{er} (b) soit envisagé, comme mettant en place une norme internationale de procédure juridique, ce qui répond parfaitement aux objectifs généraux recherchés par la Convention de 1958, notamment celui de mettre en place des normes internationales uniformes, afin de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. En effet, le recours à des normes différentes pourrait enfreindre l'application de la sentence arbitrale et rendre la procédure d'arbitrage inefficace⁶¹⁵. Toutefois, l'application de ces normes internationales prévues par l'article V al.1^{er} (b) exigerait l'identification d'un groupe de règles procédurales internationales et uniformes, ce qui constitue une mission difficile à accomplir⁶¹⁶. Néanmoins, on se demande toujours quelle relation lie le principe du contradictoire à l'ordre public (**Paragraphe III**).

Paragraphe III : Le principe du contradictoire et sa relation avec l'ordre public :

Les juristes en arbitrage international considèrent le principe du contradictoire comme une règle essentielle de droit, constituant le fondement des règles procédurales. Toute atteinte à ce principe pourrait aboutir à l'inexécution de la sentence arbitrale ou de toute autre décision adoptée. C'est un principe qui s'applique d'office. Selon certaines législations nationales, il s'agit d'une règle relevant de l'ordre public⁶¹⁷.

⁶¹⁴ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p.148.

⁶¹⁵ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 2744-45.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 2745.

⁶¹⁷ S.I. Strong, « Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns », 30 *U. Pa. J. Int'l L.* 1 (2008), p.55.

Certaines juridictions nationales décrivent le principe du contradictoire comme une exigence procédurale relevant de l'ordre public⁶¹⁸. Il existe donc un chevauchement important entre l'article V al.1^{er} (b) et l'atteinte à l'ordre public prévue à l'article V al.2 (b). Les parties peuvent donc invoquer l'une ou l'autre cette disposition. Elles invoquent assez souvent les deux dispositions, afin d'augmenter leur chance de succès. Toutefois, les deux dispositions fonctionnent différemment.

Le principe du contradictoire prévu à l'article V al.1^{er} (b) doit être soulevé par la partie contre laquelle la sentence est invoquée. L'invoquant est examinée par la juridiction étatique et la charge de la preuve pèse sur la partie en question. La juridiction compétente n'a pas à examiner les faits. L'article V al.2 (b) prévoit au contraire que la juridiction du lieu d'exécution ou de reconnaissance d'une sentence arbitrale examine d'office toute atteinte à l'ordre public, c'est-à-dire même lorsque les parties ne l'invoquent pas⁶¹⁹.

La question se pose alors de savoir si les dispositions de l'article V al.1^{er} (b), portant sur le principe du contradictoire, excluent l'application du principe du contradictoire prévu à l'article V al.2 (b) comme relevant de l'ordre public.⁶²⁰ Si le principe du contradictoire était seulement prévue à l'article V al.1^{er} (b), la juridiction étatique n'aurait pas été autorisée à refuser l'exécution d'une sentence d'office et cela, malgré l'existence d'une sentence contraire au principe du contradictoire. La juridiction ne pourrait refuser l'exécution que si l'une des parties invoquait l'atteinte à ce principe⁶²¹. La question est donc de savoir si les dispositions de l'article V al.1 (b) portant sur le principe du contradictoire ont pour effet l'exclusion de ce principe, prévu à l'article V al.2 (b). Mais, malheureusement les juridictions étatiques n'ont pas fourni de décisions claires sur le sujet, ce qui nous pousse à nous interroger sur la nature de l'atteinte au principe du contradictoire (**Paragraphe IV**).

⁶¹⁸ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.234.

⁶¹⁹ *Ibid.*

⁶²⁰ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.299.

⁶²¹ *Ibid.*

Paragraphe IV : L'atteinte au principe du contradictoire :

Lorsqu'il y a une atteinte au principe du contradictoire, les juridictions étatiques examinent le plus souvent le degré de gravité de l'irrégularité procédurale. Elles exigent l'existence d'une atteinte « *sérieuse* » pour refuser l'exécution d'une sentence arbitrale. Aux Etats-Unis, la Cour a affirmé, dans l'affaire *Empresa Constructora Contex Limitada c./ Iseki, Inc.*⁶²², qu'il incombait à la partie exerçant le recours de démontrer la gravité de l'atteinte au principe du contradictoire, mais également de rapporter la preuve que cette irrégularité n'aurait pas pu être soulevée (ou avait été soulevée, mais rejetée par les arbitres), dès le début de la procédure arbitrale.

Ainsi, la Cour suprême espagnole s'est prononcée sur la question dans l'affaire *Rosso e Nero Gaststättenbetriebs GmbH c./ Almenrera Industrial Catalana S.A. (ALICSA)*, et selon elle il y a atteinte au principe du contradictoire, tel que prévu par la Constitution espagnole, dès lors que l'atteinte est « *matérielle et réelle, et non pas symbolique, formelle ou apparente* »⁶²³. La simple allégation de l'existence d'une atteinte au principe du contradictoire pour défaut d'audience ou de procédure contradictoire, constitue une allégation trop générale et non spécifique pour lui attribuer une considération juridique⁶²⁴. La Cour a retenu que dans les faits, c'est en raison de l'inertie des parties que l'audience n'avait pas eu lieu.

Par ailleurs, dans une affaire canadienne *Corporation Transactional de Inversiones, SA de CV c./ STET International*, les juridictions étatiques se sont positionnées quant à l'appréciation de l'atteinte au principe du contradictoire⁶²⁵. En l'espèce, la Cour d'appel d'Ontario était amenée à trancher une question portant sur le principe du contradictoire. En analysant les conditions dans lesquelles le tribunal du lieu d'exécution de la sentence doit refuser l'exécution, la Cour a retenu qu'une allégation d'atteinte au principe du contradictoire ne suffisait pour déclencher une intervention juridictionnelle que si l'atteinte était

⁶²² 2000 U.S. Dist. LEXIS 11289, at 20 (S.D. Cal. July 28, 2000).

⁶²³ Tribunal Supremo, *Rosso e Nero Gaststättenbetriebs GmbH c./ Almenrera Industrial Catalana S.A. (ALICSA)*, rendue 2004, XXXII Y.C.A. 597 (2007), p. 600.

⁶²⁴ Tribunal Supremo, XXXII Y.C.A. 555 (2007).

⁶²⁵ [2000] 49 OR (3d) 414 (Ont CA).

« *sérieuse* », c'est-à-dire qu'elle ne pouvait être ignorée par la loi du pays d'exécution de la sentence arbitrale. Ainsi, la partie qui souhaite contester l'exécution d'une sentence arbitrale sur le fondement d'une atteinte au principe du contradictoire, doit rapporter la preuve de cette atteinte, cette dernière devant être « *sérieuse* » et non pas consister en une simple violation technique et procédurale⁶²⁶.

Pour retenir l'existence d'une atteinte au principe du contradictoire, les juridictions allemandes ne se contentent pas de la preuve d'une « *irrégularité sérieuse* ». Le défendeur doit prouver que sa situation aurait été nettement « *plus favorable* », si l'atteinte au principe du contradictoire n'avait jamais eu lieu. La question de savoir si une atteinte sérieuse au principe du contradictoire pourrait aboutir à un refus d'exécution de la sentence arbitrale dans l'hypothèse où cette dernière aurait été la même, malgré la violation procédurale, ne s'est pas posée⁶²⁷. Ainsi, dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Hambourg, un arbitre avait omis d'envoyer au défendeur une lettre remise par le demandeur en appel⁶²⁸. Le défendeur n'avait donc pas pu s'exprimer sur cette lettre.

La Cour d'appel a relevé l'atteinte au principe du contradictoire, mais a retenu pour autant que cette atteinte —« *même sérieuse* »— ne pouvait impliquer un refus d'exécution de la sentence dans la mesure où il ne faisait aucun doute que la sentence arbitrale rendue aurait été la même. Au regard de cette décision, le travail de la Cour, qui examine la requête d'exécution de la sentence arbitrale, implique qu'elle tente de prédire comment l'arbitre aurait statué si l'irrégularité n'avait jamais eu lieu. Or, cela n'est pas prévu par la Convention de New York⁶²⁹.

Ainsi, le principe du contradictoire prévu par la Convention de New York est un concept difficile à définir, d'autant plus que ce qui constitue une atteinte à ce principe n'est pas uniformément défini dans tous les pays signataires de la Convention de 1958. Il est donc

⁶²⁶ A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p.415.

⁶²⁷ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.301.

⁶²⁸ Oberlandesgericht of Hamburg, avril 3, 1975.

⁶²⁹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 302.

possible de mettre en place des concepts différents autour de la notion du contradictoire, ce qui pourrait impliquer des conséquences juridiques significatives, qui sont différentes selon les Etats⁶³⁰.

Mais, ce principe du contradictoire est implicitement défini dans la Convention de New York par référence à deux de ses aspects. Le premier porte sur le droit des parties d'être notifiées du début de la procédure. Le deuxième aspect autorise chaque partie à présenter les moyens à l'appui de ses prétentions. « *Selon la conception française, le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense, en matière d'arbitrage interne ou international, implique que le contenu des documents remis par l'une- des parties a l'expert et pris en considération par celui-ci soit porté à la connaissance des autres parties et que le rapport d'expertise soit soumis, avant le prononcé de la sentence arbitrale, à la discussion contradictoire des parties* »⁶³¹.

Dans l'affaire *Anhui Provincial Import and Export Corp. c./ Hart Enterprises International Inc.*⁶³², la Cour du sud de New York a retenu que l'objectif du principe du contradictoire était d'accorder au défendeur le droit d'être dûment informé (**Sous-Paragraphe 1**), et le droit de présenter ses moyens (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1- Le droit à l'information :

L'article V al.1^{er} (b) autorise le refus d'exécution d'une sentence arbitrale, lorsque l'une des parties n'a pas été dûment informée de la date du déroulement des séances du tribunal arbitral ou de la procédure arbitrale tout entière. En effet, l'objectif est de protéger les parties qui doivent être informées, et de manière générale toute la procédure arbitrale (**A**),

⁶³⁰ S.I. Strong, « Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns », 30 *U. Pa. J. Int'l L.* 1, (2008), p. 54.

⁶³¹ CA Paris, 1^{ère} Ch. suppl., 12 février 1993, *Rev. arb.*, (1993), p.256, note Dominique Hascher.

⁶³² XXII *Y.C.A.* 979 (1997).

dans un délai raisonnable (**B**). Malgré l'importance de la question, elle demeure une formalité⁶³³. Les parties doivent toujours être dûment informées.

A- La détermination de l'expression « dûment informé ou notifié » :

Selon la Convention de Genève de 1927 et le projet de la CCI de 1953, le défaut d'information relative à la procédure arbitrale constitue en soi-même un motif suffisant pour refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale⁶³⁴. Toutefois, en 1955, le premier comité chargé d'étudier le projet de la Convention de New York a affirmé qu'une telle information devait répondre à certaines conditions de forme⁶³⁵.

Dans ce cadre, le terme « *dûment* » fut inséré dans l'article V al.1 (b) de la Convention de New York, sur proposition de la délégation norvégienne, afin d'éviter une procédure arbitrale invalide. Le terme « *dûment* » signifie donc que la notification de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage est suffisante⁶³⁶. Cette exigence implique que les parties soient notifiées du nom de l'arbitre. Ainsi, la non-révélation des noms des arbitres aboutit au refus d'exécution de la sentence arbitrale, conformément aux dispositions de l'article V al.1 (b) de la Convention de New York⁶³⁷. Toutefois, les juridictions nationales tendent à interpréter le terme « *dûment* », de manière différente, selon les circonstances.

Le terme « *dûment* » peut porter sur le contenu même de la notification, et donc varier d'un cas à un autre. Ainsi, dans l'affaire *Ajay Kanoria c./ Tony Francis Guinness*⁶³⁸, la Cour d'appel anglaise a refusé l'exécution d'une sentence arbitrale rendue à l'encontre de la majorité des actionnaires (dont Monsieur Guinness) d'une entreprise convoquée conjointement avec une autre société pour un arbitrage en Inde. Monsieur Guinness n'a pas

⁶³³ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4^{ème} Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, (2004), p.532.

⁶³⁴ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.240.

⁶³⁵ *Ibid.*, p.241.

⁶³⁶ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.303.

⁶³⁷ *Ibid.*, p.305.

⁶³⁸ XXXI Y.C.A. 943 (2006).

assisté à l'audience en raison d'un sérieux problème de santé. Au cours de l'audience, le demandeur l'a accusé de fraude. Le juge de l'exécution a refusé l'exécution de la sentence arbitrale sollicitée sur le fait que monsieur Guinness était incapable. Il n'a pas pu assister à l'arbitrage en Inde en raison de sa maladie. La Cour d'appel a confirmé cette décision de refus, en ajoutant que le refus provenait du fait que Monsieur Guinness n'avait pas été dûment notifié de l'accusation de fraude, raison pour laquelle il n'avait pu se faire représenter à l'audience.

En outre, l'affaire *Forever Maritime Ltd. c/ State Unitary Enterprise Foreign Trade Enterprise Mashinoimport* (Mashinoimport)⁶³⁹, constitue un autre cas de refus d'exécution d'une sentence arbitrale pour défaut de notification à une partie qui n'a pas été dûment informé, sur le fondement de l'article V al.1^{er} (b) de la Convention de New York. Dans les faits, un tribunal arbitral *ad hoc*, constitué à Londres, avait tranché le litige en se fondant sur des documents et sans qu'aucune audience ne soit tenue. Il a adopté une sentence arbitrale en faveur du demandeur qui, par la suite, a recherché son exécution en Russie. La Cour d'arbitrage russe l'a refusée, en affirmant que le demandeur n'avait pas rapporté la preuve que le défendeur avait été dûment notifié de la procédure arbitrale. La Cour n'a pas tenu compte des copies des lettres échangées par les deux parties, bien qu'elles prouvent la notification, en ce que la traduction russe de ces notifications n'était pas notariée. La Cour s'est fondée sur l'article V al.1^{er} (b) de la Convention de New York. Selon la Cour russe, le défendeur a bien notifié l'autre partie du début de la procédure d'arbitrage et de la nomination des arbitres.

Cependant, le demandeur n'a pas apporté la preuve que le défendeur avait été dûment notifié, du fait que le conflit serait résolu sans qu'aucune audience ne se tienne. La Cour suprême a confirmé le refus d'exécution de la sentence arbitrale, sur le fondement de l'article V al.1^{er} (b) de la Convention de New York et plus précisément sur le fondement de l'obligation d'être dûment notifié. Selon la Cour suprême, la partie qui recherche l'exécution de la sentence arbitrale doit rapporter la preuve que l'autre partie à l'arbitrage a été dûment informée, et en l'espèce, rien ne prouvait que le tribunal arbitral avait dûment notifié le

⁶³⁹ Cour d'arbitrage de Moscou, décision du 12 septembre 2003, No. A40-15797/03-25-48.

défendeur (Mashinoimport), du fait que le conflit serait tranché sur la seule base des documents écrits⁶⁴⁰.

En Espagne, dans l'affaire *Holargos Shipping Corporation c./ Hierros Ardes S.A.*,⁶⁴¹ la Cour espagnole a refusé l'exécution d'une sentence arbitrale, au motif qu'il n'était pas prouvé que le défendeur avait bien reçu la notification de la nomination d'un arbitre. En outre, l'arbitre n'avait pas indiqué dans sa notification, l'objet du conflit et la date de l'audience. Le défendeur n'a donc pas eu le temps nécessaire pour préparer sa défense, et par conséquent, n'a pas été dûment notifié.

En Allemagne, la Cour d'appel de Bavière⁶⁴² a également refusé, dans son arrêt du 16 mars 2000, d'exécuter une sentence arbitrale rendue à Moscou. Cette sentence avait été adoptée, conformément aux règles de la Cour arbitrale de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération russe, à l'encontre d'une partie allemande. Selon la Cour d'appel allemande, il n'existait en l'espèce aucune preuve que le défendeur, qui n'avait pas participé à la procédure arbitrale, ait été dûment notifié de la procédure d'arbitrage. En l'espèce, la Cour d'appel de Bavière a constaté que l'adresse du défendeur mentionnée dans la sentence arbitrale était différente de celle indiquée dans le contrat. En outre, rien ne prouvait que le demandeur avait essayé de retrouver l'adresse commerciale du défendeur, son adresse permanente de résidence, ou son adresse de correspondance.

La Cour suprême allemande a retenue en 2002 qu' : « à défaut de rapporter la preuve de démarches raisonnables pour trouver l'adresse du défendeur, invoquer une notification envoyée à une adresse inconnue était inopérant »⁶⁴³. Cependant, la question qui se pose ici est celle de savoir s'il existe un délai en matière de notification (**B**) ?

⁶⁴⁰ Cour suprême d'arbitrage de la Fédération Russe, décision du 22 juin 2004, No. 3253/04, XXXIII Y.C.A 650 (2008).

⁶⁴¹ 3 Juin 1982, XI Y.C.A. 527 (1986).

⁶⁴² XXVII Y.C.A. 448 (2000).

⁶⁴³ BayOBLG, XXVII Y.C.A 445(2002).

B- Les délais de notification :

Le plus souvent, les juridictions étatiques n'imposent pas de délai pour la notification et se concentrent plutôt sur la capacité des parties à participer à l'arbitrage, bien que le délai de notification ait été la source de nombreuses difficultés⁶⁴⁴.

Cependant, le défaut de notification ou la réception d'une notification après l'adoption d'une sentence arbitrale, pourraient être considérés comme une atteinte au droit d'être dûment notifié⁶⁴⁵. Ainsi, dans l'affaire *Sesostris c./ Transportes Navales*⁶⁴⁶, la Cour américaine s'est fondée sur l'article V al.1^{er} (b) de la Convention de New York pour refuser, dans sa décision en 1989, l'exécution d'une sentence arbitrale rendue en Espagne. La partie à l'encontre de laquelle l'exécution était recherchée n'avait reçu la notification de la désignation des arbitres, qu'après l'adoption de la sentence.

De plus, le retard dans la notification de l'autre partie à la procédure d'arbitrage peut constituer une atteinte au droit à être dûment notifié. Ainsi, dans l'affaire *Bauer & Grobmann OHG c./ Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele*⁶⁴⁷, la Cour d'appel de Naples a refusé l'exécution d'une sentence arbitrale, au motif que la notification de l'autre partie à l'arbitrage ne lui accordait qu'un délai d'un mois pour se préparer pour l'audience. Or, un tremblement de terre avait eu lieu dans la région de domiciliation du défendeur. Dans ces circonstances, le délai prévu n'était pas suffisant.

De même, la Cour de cassation italienne a, dans l'affaire *Sp A Abati Legnami c./ Fritz Häuptl*⁶⁴⁸, a cassé la décision de la Cour d'appel de Milan qui avait reconnu une sentence arbitrale et ordonné son exécution. La sentence avait tranché le litige en faveur du défendeur, de nationalité italienne. En l'espèce, le tribunal arbitral avait notifié les parties le 11 Août, pour qu'elles comparaissent à Vienne le 8 Septembre. La Cour de cassation

⁶⁴⁴ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.243.

⁶⁴⁵ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p.711.

⁶⁴⁶ 727 F. Supp. 737 (1989).

⁶⁴⁷ [1985] X Y.C.A 461 (1985).

⁶⁴⁸ Corte di Cassazione, 3 Avril 1987, XVII Y.C.A 529(1992), p.532.

italienne a retenue que les règles de notification prévues par la loi italienne devaient être respectées. En droit italien, le délai de notification est de 90 jours et les procédures judiciaires en Italie sont traditionnellement suspendues entre le 1^{er} Août et le 15 Septembre. En outre, le délai de notification particulièrement court pouvait sérieusement affecter la possibilité des parties de se présenter devant le tribunal arbitral.

Pourtant, dans une affaire antérieure, *Imperial Fruit Co. sas c./ K.H. Werthon Inc.*⁶⁴⁹, cette même juridiction avait considéré comme valable un délai de notification particulièrement court. Elle avait retenu qu'un délai de 20 jours était suffisant pour se préparer à l'audience, en raison notamment de l'importance du défendeur, de son expérience internationale et de ses moyens de communication. De même, dans l'affaire *Dutch seller c./ Swiss buyer*⁶⁵⁰, la Cour suprême suisse a trouvé qu'un délai de notification court ne portait pas atteinte au droit des parties d'être dûment notifiées, dès lors que les délais sont normalement courts dans ce secteur d'activité.

Certaines juridictions exigent que les parties rapportent la preuve que le caractère trop bref du délai de notification ait influencé le résultat final de l'arbitrage. Dans l'affaire *Mara Confezioni SpA c./ International Alltex Corp.*, la Cour suprême italienne a retenu qu'il incombait à la partie qui invoque un délai de notification trop court, pour s'opposer à l'exécution de la sentence, de rapporter la preuve que ce délai l'avait effectivement empêché de se préparer pour la procédure arbitrale et de présenter ses moyens⁶⁵¹.

De même, dans l'affaire *Guangdong New Technology Import & Export Corp. Jiangmen Branch c./ Chiu Shing trading as BC Property & Trading Co.*⁶⁵², la Cour suprême de Hong Kong a affirmé que le défendeur n'avait subi aucun préjudice du fait d'un court délai de notification, dans la mesure où il avait pu présenter ses moyens devant le tribunal arbitral. Dans l'affaire *Ionian Shipping Line Co. c./ Transshipping S.A.*⁶⁵³, la Cour espagnole

⁶⁴⁹ Corte di Cassazione, 27 Janvier 1986, XII Y.C.A 496 (1987) p. 497.

⁶⁵⁰ IV Y.C.A 309 (1978).

⁶⁵¹ Corte di Cassazione, XIV Y.C.A. 675 (1989).

⁶⁵² Hong Kong, 1991, XVIII Y.C.A. 385 (1993) p.388.

⁶⁵³ Tribunal Supreme, XXXII Y.C.A. 532 (2007).

a retenu qu'il n'existait aucune atteinte au droit d'être dûment notifié, dès lors que le droit des parties d'être représentées n'avait pas été touché par un retard de notification.

Il apparaît donc clairement que les tribunaux examinent les circonstances et les faits pour chaque demande de refus d'exécution, afin de déterminer s'il y a une atteinte à l'obligation d'être dûment notifié. Il est donc impossible de parvenir à une application uniforme du principe d'être dûment notifié. Toutefois, et malgré l'absence d'application uniforme de ce principe, il existe un consensus entre les différentes juridictions pour interpréter de manière restrictive le principe d'être dûment notifié, puisqu'il limite l'objectif de la Convention de New York de 1958. En outre, l'exécution d'une sentence arbitrale peut être rejetée, lorsqu'une partie n'a pas pu présenter ses moyens devant la juridiction arbitrale **(Sous-Paragraphe 2)**.

Sous-Paragraphe 2- L'impossibilité pour une partie de présenter ses moyens :

Selon l'article V al.1^{er} (b) de la Convention de 1958, l'exécution d'une sentence arbitrale peut être refusée lorsqu'une partie n'a pas pu présenter ses moyens devant la juridiction arbitrale. La question qui se pose ici est celle de savoir comment définir le droit de présenter ses moyens. A cet égard, les travaux préparatoires ne précisent pas la procédure requise pour l'application de l'article V al.1^{er} (b). La délégation austrasienne avait anticipé cette difficulté, en affirmant que la nomenclature n'était pas claire : est-ce que le texte considère comme suffisant le fait qu'une seule audience soit accordée à la partie? Est-ce que la partie en question doit être présente à l'audience ? Autant de questions qui se posaient en l'espèce. En réalité, l'intention des rédacteurs était de protéger le droit des parties de présenter leurs moyens, dans un délai raisonnable, mais également de répondre aux arguments de l'autre partie, pour rassembler des preuves et même pour solliciter des témoins⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.246-7.

L'impossibilité pour une partie de présenter ses moyens constitue une question de fait qui varie d'un cas à l'autre. Certaines juridictions exigent qu'il y ait une sérieuse atteinte à ce droit, tandis que d'autres ne l'imposent pas nécessairement. En général, les autorités judiciaires exigent que l'article V al.1^{er} (b) soit appliqué à la lumière de l'objectif de la Convention de New York, qui tend à favoriser l'exécution d'une sentence arbitrale. Le motif de refus d'exécution des sentences arbitrales, tenant à l'impossibilité de présenter ses moyens, doit être interprété de façon limitative afin de faciliter l'exécution des sentences arbitrales⁶⁵⁵. Il convient donc d'examiner les réponses des différentes juridictions nationales aux requêtes en refus d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, pour déterminer si cette disposition jouit d'une interprétation internationale uniforme.

La décision de la Cour d'appel américaine du dix-septième district rendue en 1998 dans l'affaire *Generica Limited c./ Pharmaceutical Basics Inc.*⁶⁵⁶, a précisé le sens de l'impossibilité pour une partie de présenter ses moyens de défense. Selon la Cour, l'impossibilité des présenter ses arguments revient à ce qu'une partie ait été privée de l'opportunité d'être entendue.

De surcroît, dans l'affaire *Iran Aircraft Industries c./ Avco Corp.*⁶⁵⁷, à la requête du conseiller juridique d'Avco au cours d'une conférence préparatoire, le tribunal arbitral avait retenu qu'au regard de la complexité de l'affaire, la preuve adéquate serait la preuve écrite. La juridiction américaine amenée à statuer, a retenu que le tribunal arbitral avait induit en erreur *Avco* en exigeant une preuve par écrit, et de ce fait, l'avait privé de son droit de présenter ses moyens dans des conditions raisonnables.

Par ailleurs, dans l'affaire *Telenor Mobile Communications AS c./ Storm LLC*⁶⁵⁸, un litige était né entre deux entreprises de télécommunication, respectivement ukrainienne et norvégienne, concernant les dispositions du contrat. L'entreprise norvégienne avait initié la procédure arbitrale à New York, conformément aux dispositions de la convention d'arbitrage.

⁶⁵⁵ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 2738.

⁶⁵⁶ XXIII Y.C.A. 1076 (1998).

⁶⁵⁷ 980 F. 2d 141 (2d Cir. 1992).

⁶⁵⁸ 524 F. Supp. 2d 332 (S.D.N.Y. 2007).

La procédure était régie par les règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), les règles d'arbitrage commercial international et les règles de procédure ukrainienne. Au cours de la procédure arbitrale, la majorité des actionnaires de l'entreprise ukrainienne ont réclamé devant les juridictions étatiques, la prononciation de l'invalidité du pacte d'actionnaires et la clôture de l'instance arbitrale. La juridiction ukrainienne a accueilli ces demandes obligeant l'entreprise ukrainienne à se retirer de l'arbitrage. Toutefois, la procédure arbitrale a continué et le tribunal arbitral a tranché en faveur de l'entreprise norvégienne. Cette dernière a recherché l'exécution de la sentence auprès de la Cour fédérale de New York.

L'entreprise ukrainienne s'est alors opposée à l'exécution de la sentence, invoquant notamment son impossibilité de présenter ses moyens de défense. Elle soutenait s'être retirée de la procédure arbitrale, uniquement en raison de l'injonction adoptée par la juridiction ukrainienne. La Cour américaine a refusé cette allégation dans une décision rendue en 2007. Elle a retenu que l'entreprise ukrainienne avait présenté 11 témoins et un nombre considérable d'allégations devant le tribunal arbitral. Ces derniers, même après le retrait de l'entreprise ukrainienne, ont préservé leur droit d'être entendu. La Cour a donc conclu que l'entreprise ukrainienne avait reçu le temps nécessaire et l'opportunité de présenter ses moyens et devait donc exécuter la sentence arbitrale.

Cette position des juridictions américaines n'est pas suivie par toutes les autres juridictions étatiques. Ainsi, dans l'affaire *Paklito Investment Ltd. c./ Klockner East Asia Ltd.*⁶⁵⁹, la Cour de Hong Kong a retenu que le tribunal arbitral, qui avait appliqué les règles arbitrales de la Commission d'arbitrage international commercial de Chine (China International Economic and Trade Arbitration Commission) (CIETAC), avait rendu sa sentence en se fondant sur les rapports des experts nommés par le tribunal. Or, le défendeur n'avait pas eu l'opportunité d'examiner ces rapports et de présenter ses observations, bien qu'il en ait fait la demande expresse. La Cour a constaté que le défendeur n'avait même pas reçu de réponse à sa requête visant à examiner les rapports et de présenter ses commentaires. Elle a conclu que le défendeur n'avait pas reçu l'opportunité de se défendre ou de présenter ses moyens de preuves, ce dont il est résulté une impossibilité de présenter ses moyens de

⁶⁵⁹ Hong Kong, 15 Janvier 1993, XIX Y.C.A 664 (1994) p.668.

défense ; il avait par conséquent été injustement privé de son droit à être entendu par le tribunal arbitral. En refusant l'exécution de la sentence arbitrale, la Cour de Hong Kong a indiqué qu'elle avait pris en considération la convention initiale conclue entre les parties, prévoyant l'application des règles arbitrales de la CIETAC. Les parties auraient donc dû prendre en considération les pratiques arbitrales chinoises.

En outre, le tribunal arbitral qui fonde sa décision sur des faits et des preuves non contestés par le défendeur porte atteinte au droit de la partie de présenter ses moyens. Dans l'affaire *G.W.L. Kersten & Co. BV c./ Societe Commerciae Raoul-Duval et Cie*⁶⁶⁰, la juridiction hollandaise a refusé l'exécution d'une sentence arbitrale, au motif que le demandeur et le tribunal arbitral n'avaient pas transmis au défendeur les copies des documents soumis au tribunal, et cela bien que le demandeur ait brièvement informé le défendeur de ses allégations par télex.

De même, le Tribunal fédéral suisse a retenu qu'un tribunal arbitral porte atteinte au droit des parties d'être entendues, en acceptant d'entendre un expert sur un problème technique, sans en informer l'autre partie, même si le tribunal avait envoyé les notes de consultation de l'expert à l'autre partie⁶⁶¹. Cependant, la juridiction suprême autrichienne a retenu que l'atteinte au droit des parties de présenter leurs moyens de défense n'est pas caractérisée par le seul fait que le tribunal arbitral n'a pas accepté certaines preuves⁶⁶². Qu'en est-il cependant quand l'une des parties à l'arbitrage n'invoque pas l'impossibilité de présenter ses moyens au cours de la procédure arbitrale ? Ce fait, peut-il être considéré comme une renonciation à son droit d'invoquer ce motif, devant la juridiction de l'exécution de la sentence arbitrale ?

Il est préférable que les parties soulèvent leurs objections dans des délais raisonnables, pendant le déroulement de la procédure arbitrale. En général, les juridictions étatiques rejettent les contestations fondées sur l'atteinte au droit de présenter ses moyens de

⁶⁶⁰ Gerechthof Den Haag, XIX Y.C.A. 708 (1994).

⁶⁶¹ Tribunal Fédéral, [1980] SJ, 65.

⁶⁶² OGH, XXXI Y.C.A. 583 (2006).

défense, dans la mesure où la partie qui soutient cet argument a participé à l'arbitrage⁶⁶³. Ainsi, une partie ne peut se prévaloir de sa propre inertie, elle ne peut invoquer que ce qui est indépendant de sa propre volonté, comme l'a affirmé la Cour Anglaise dans l'affaire *Minmetals Germany GmbH c./ Ferco Steel Ltd*⁶⁶⁴.

Les arbitres ont rendu une sentence en faveur de *Minmetals*, en se fondant sur des éléments issus d'une autre sentence, rendue au cours d'une autre procédure arbitrale dans le cadre d'un contrat de sous-traitance d'acier. *Ferco* n'avait pas pu examiner cette dernière. Il a donc invoqué, auprès des juridictions chinoises, l'atteinte au droit à un procès équitable et a sollicité l'annulation de la sentence arbitrale. Les juridictions chinoises ont accueilli cet argument, mais ont décidé de se tourner vers les arbitres, afin qu'ils reprennent la procédure arbitrale, plutôt que d'annuler la sentence en cause.

Au cours de cette procédure, les arbitres ont convoqué *Ferco*, mais son avocat chinois n'a pas répondu à la convocation. Une nouvelle sentence a été adoptée et *Ferco* alors a déclenché une nouvelle procédure de recours contre la sentence devant les juridictions chinoises. Cette procédure est restée sans succès. *Minmetals* a donc obtenu le droit d'exécuter la sentence en Angleterre. *Ferco* s'est opposé à cette exécution devant les juridictions anglaises, en se fondant sur la Section 103 al.2 (c) du droit anglais d'arbitrage de 1996. La Cour anglaise a rejeté le recours en opposition à l'exécution de la sentence arbitrale, en retenant que la partie qui invoque une atteinte à son droit de présenter ses moyens de défenses, n'a pas, de sa propre volonté, saisi la chance de les présenter. La Cour anglaise a rejeté le recours formé par *Ferco*, au motif que ce dernier ne peut se prévaloir de sa propre défaillance à présenter ses moyens de défense. Elle ajoute qu'il convient de prendre en compte les circonstances de cette défaillance et du caractère volontaire ou non de l'impossibilité de présenter ses moyens de défense devant le tribunal arbitral.

⁶⁶³ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.253.

⁶⁶⁴ [1999] 1 *All ER* (Comm) 315; XXIV *Y.C.A.* 739 (1999).

Aux Etats Unis, dans l'affaire *Libyan American Oil Co. ("LIAMCO") c./ Socialist People's Libyan Arab Jamahirya*⁶⁶⁵, la Libye a refusé de participer à la procédure arbitrale, en invoquant la théorie de l'immunité souveraine. Pour autant, la Cour américaine en 1981 a retenu que la Libye avait renoncé à son droit à l'immunité, dès lors qu'elle avait signé la convention d'arbitrage. Elle se trouvait donc dans l'obligation de prendre part à la procédure arbitrale et si elle persistait à s'y refuser, elle ne pouvait pas ensuite invoquer une atteinte à son droit de présenter ses moyens de défense pour s'opposer à l'exécution de la sentence arbitrale.

De même, l'affaire *Jorf Lafar Energy Company SCA (Morocco) c./ AMCI Export Corporation (US)*⁶⁶⁶ présente un autre cas d'échec du recours fondé sur le droit de présenter ses moyens de défense. En l'espèce, il était prévu que les parties pouvaient, au début de la procédure arbitrale, soumettre des témoignages au tribunal arbitral. Mais la partie défenderesse, *AMCI*, s'était abstenue et avait seulement dans un second temps demandé au tribunal arbitral l'autorisation de lui soumettre des témoignages. Cette demande fut rejetée. *AMCI* s'est alors opposée à l'exécution de la sentence arbitrale pour atteinte à son droit de présenter ses moyens. La Cour américaine du district ouest de la Pennsylvanie a rejeté en 2007 ce recours, au motif qu'*AMCI* ayant bien été en mesure de présenter ses moyens, elle devait assumer par la suite son inertie.

Certaines Cours américaine ont retenu qu'il incombait à la partie s'estimant confrontée à l'impossibilité de présenter ses moyens, de le contester au cours de la procédure arbitrale, notamment si elle s'estime suffisamment lésée, pour porter l'affaire devant les juridictions étatiques. En d'autres termes, une partie ne peut se prévaloir d'une telle atteinte auprès d'une juridiction étatique, si elle ne l'a pas déjà dénoncée auprès du tribunal arbitral.

Dans l'affaire *La Société nationale des Hydrocarbures c./ Shaheen National Resources Inc.*⁶⁶⁷, la Cour américaine a retenu en 1983, que le fait autoriser les parties à soulever une atteinte au droit de présenter leurs moyens de défense, constitue en soi-même

⁶⁶⁵ 684 F.2d 1032 (D.C. Cir. 1981).

⁶⁶⁶ XXXII Y.C.A 713 (2007).

⁶⁶⁷ 585 F. Supp. 57 (S.D.N.Y. 1983).

une atteinte au droit de présenter ses moyens de défense, applicable à la procédure d'arbitrage⁶⁶⁸.

Dans l'affaire *Empresa Constructora Contex Limitada c./ Iseki, Inc.*⁶⁶⁹, une entreprise américaine s'était opposée à la confirmation d'une sentence adoptée en faveur d'une entreprise chilienne, au motif que cette dernière avait poursuivi l'arbitrage au Chili, tout en sachant que le représentant de l'entreprise américaine ne pouvait pas y voyager en toute sécurité. La Cour américaine en 2000 a rejeté cette requête, en affirmant que l'entreprise américaine avait été représentée par un conseiller juridique pour les besoins de la procédure arbitrale et avait pu présenter ses observations et arguments, et même interroger des témoins. En outre, l'entreprise n'avait pas soulevé de contestation au cours de l'instance arbitrale.

Pour conclure, l'article V al.1^{er} (b) de la Convention de New York garantit le principe du contradictoire et constitue donc un fondement de refus de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales. Après l'examen de la jurisprudence portant sur l'application de la Convention de New York, on peut conclure que l'atteinte à ce principe est fréquemment invoquée pour empêcher la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence, davantage que d'autres types d'atteintes prévus par la Convention de 1958 .

Malgré l'imprécision de la notion de principe du contradictoire, la Convention de New York l'a abordé, l'en retenant deux aspects : le droit des parties d'être dûment notifiées et leur droit de présenter leurs moyens. La Convention n'a pas précisé ce que recouvraient exactement ces deux aspects, ni même précisé la loi applicable. Il appartient donc aux juridictions nationales de les interpréter et de préciser les lois applicables. Cela ne peut qu'aboutir à une diversité dans l'application de la Convention. Heureusement, malgré la rédaction en termes généraux de l'article V al.1^{er} (b) de cette Convention, il semble que les juridictions étatiques n'acceptent pas les recours fondés sur une atteinte au principe du contradictoire, que dans des cas précis et sérieux, permettant ainsi une interprétation stricte de

⁶⁶⁸ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p.158.

⁶⁶⁹ 2000 U.S. Dist. LEXIS 11289 (S.D. Cal. 28 Juillet 2000).

l'article V al.1^{er} (b) et encourageant donc une large application de la Convention de New York⁶⁷⁰. Après avoir traité la question de l'atteinte à la procédure arbitrale, il importe de passer à présent à l'étude de la question de l'abus de pouvoir par l'arbitre (**Section III**).

Section III : L'abus de pouvoir de l'arbitre :

L'article V al.1^{er} (c) prévoit 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* ».

Il existe une différence entre cet article et les dispositions de l'article 2 al.2 de la Convention de Genève de 1927 qui dispose que : « *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* ». Cette disposition vise les sentences rendues *infra petita*⁶⁷¹. En revanche, la Convention de New York s'intéresse à la sentence *ultra* ou *extra petita*, c'est-à-dire qui comportent des décisions entièrement ou partiellement en dehors de la question soumise à la juridiction arbitrale⁶⁷².

Cet article s'applique lorsque les arbitres outrepassent les limites prévues dans la convention d'arbitrage. En effet, l'article V al.1^{er} (c) suppose que les parties aient conclu une convention d'arbitrage valable⁶⁷³. Il complète l'article V al.1^{er} (a) qui porte sur la validité des

⁶⁷⁰ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.297.

⁶⁷¹ C'est-à-dire qui ne tranchent pas toutes les questions juridiques soumises à l'arbitre.

⁶⁷² Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 318.

⁶⁷³ Mercédeh Azeredo da Silveira et Laurent Lévy, « Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of*

conventions d'arbitrage. Les deux sont similaires de par leur nature : dans les deux cas, les arbitres auraient jugé en l'absence d'une convention d'arbitrage, soit parce que la convention est nulle, soit parce qu'elle ne couvre pas le sujet sur lequel l'arbitre a fondé sa décision.

Aussi, selon l'article V al.1^{er} (c), l'arbitre ne peut pas dépasser les limites prévues pour la procédure arbitrale, même si la convention d'arbitrage n'est pas valable. En effet, cela est prévu à l'article V al.1^{er} (a) qui précise les conditions de refus d'exécution d'une sentence arbitrale, en raison de l'illicéité de la convention d'arbitrage. L'article V al.1^{er} (c) s'applique lorsqu'une convention d'arbitrage valable existe et que le tribunal arbitral aurait outrepassé les limites de sa mission.

A la différence de l'article V al.1^{er} (a) qui précise expressément la loi applicable, l'article V al.1^{er} (c) est silencieux quant à la loi applicable au fond du litige par le tribunal arbitral. Or, ce silence soulève une incertitude quant à la détermination de la loi applicable par le tribunal arbitral. Parfois, les tribunaux arbitraux appliquent les lois de leur choix. Mais le plus souvent ils appliquent la loi prévue par l'article V al.1^{er} (a), c'est-à-dire la loi applicable à la convention d'arbitrage⁶⁷⁴. Dans cette perspective, il nous paraît nécessaire d'examiner dans un premier temps la question du dépassement des pouvoirs de l'arbitre, conformément aux dispositions de l'article V al. 1^{er} (c) (**Paragraphe I**), avant d'aborder la question de l'exécution partielle des sentences (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Le dépassement des pouvoirs de l'arbitre.

Selon l'article V al.1^{er} (c) de la Convention de New York, le tribunal arbitral tient son autorité du consentement des parties. Il ne peut donc exercer aucun pouvoir en dehors de celui prévu par les parties à la convention d'arbitrage⁶⁷⁵. Il existe une présomption selon

Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice, (2008), p.639-40.

⁶⁷⁴ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.272.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, P.258

laquelle le tribunal arbitral agit dans la limite de ses pouvoirs⁶⁷⁶. Il incombe donc à la partie qui entend s'opposer à la reconnaissance d'une sentence arbitrale, sur le fondement des dispositions de l'article V al.1 (c), de renverser cette présomption⁶⁷⁷.

En cas de conflit, il incombe donc aux parties de déterminer ce qu'elles ont entendu permettre au tribunal arbitral dans la convention d'arbitrage, et si la sentence arbitrale dépasse les limites de l'autorité accordée au tribunal par les parties à l'arbitrage⁶⁷⁸, et ce, dans deux cas de figure : si l'arbitre a réglé des questions qui ne faisaient pas partie de la convention d'arbitrage (*ultra petita*), ou si l'arbitre n'a pas réglé toutes les questions qui faisaient partie de la convention d'arbitrage (*infra petita*). En effet, les pouvoirs de l'arbitre proviennent de la volonté des parties. Si l'arbitre abuse de ces pouvoirs, la sentence risque de ne pas être reconnue ou exécutée. Il s'agit d'une question de fait en ce qu'il faut examiner si la convention d'arbitrage couvre le litige en question⁶⁷⁹. La différence entre les deux types d'atteintes est que la première prend sa source dans la clause d'arbitrage, tandis que la seconde résulte du mandat même de l'arbitre et de la volonté des parties à l'arbitrage⁶⁸⁰.

Il faut noter que les versions française et anglaise du texte de la Convention de New York sont différentes, c'est pourquoi il est difficile d'interpréter les textes par comparaison, dans la mesure où le texte anglais vise la soumission à l'arbitrage « *submission to arbitration* », sans vraiment opérer une distinction, à l'inverse de la version française qui fait une distinction entre le compromis et la clause compromissoire⁶⁸¹. L'importance de cette distinction réside dans le fait que le compromis peut être beaucoup plus strict que la clause compromissoire. Or, il faut déterminer s'il s'agit d'un Compromis ou d'une clause

⁶⁷⁶ James H. Carter et John Fellas, « International Commercial Arbitration in New York », *Oxford*, (2010), p.391.

⁶⁷⁷ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p.714.

⁶⁷⁸ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.259.

⁶⁷⁹ A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p.416.

⁶⁸⁰ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.314.

⁶⁸¹ J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} édition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p.836.

compromissoire, afin de savoir si l'arbitre a abusé de ses pouvoirs ou non⁶⁸². Dans ce cadre, il nous paraît nécessaire d'opérer une distinction en matière de dépassement des pouvoirs de l'arbitre « *ultra petita* » (**Sous-Paragraphe 1**), et « *infra petita* » (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1 : Le dépassement des pouvoirs de l'arbitre « *ultra petita* »

Selon Monsieur Robert, l'« *ultra petita* » est « *tout différend non visé au compromis, ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou s'il a été statué « ultra petita ». Mais, il est entendu que si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises, les premières pourront être retenues et exécutées* »⁶⁸³. Il en résulte que, l'article V al.1^{er} (c) permet aux juridictions étatiques de refuser l'exécution de la sentence arbitrale, lorsque les arbitres ont dépassé les limites prévues par la convention d'arbitrage, en tranchant un litige différent de celui visé par les parties à la convention d'arbitrage⁶⁸⁴. Ainsi, les parties au contrat auront d'ores et déjà précisé les limites du mandat et de l'autorité des arbitres, dans la convention d'arbitrage⁶⁸⁵. Par ailleurs, la question de l'« *ultra petita* » a fait l'objet de décisions jurisprudentielles.

Ainsi, dans l'affaire *Fiat S.p.A. c./ Ministry of Finance & Planning of Suriname*⁶⁸⁶, la Cour américaine a retenu les conditions de l'article V al.1^{er} (c), mais, a refusé la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale. Dans ce cadre, la Cour a estimé que le tribunal a dépassé les limites de son pouvoir, quand il a soumis à l'arbitrage un sujet non expressément prévu dans la convention d'arbitrage. La Cour a admis l'exécution partielle de la sentence arbitrale, qui était expressément autorisée dans le cadre de la convention d'arbitrage.

⁶⁸² Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.314.

⁶⁸³ Jean Robert, « La Convention de New York du 8 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *Dalloz, Chron.* (1958), p. 223 et 226.

⁶⁸⁴ Mercédeh Azeredo da Silveira et Laurent Lévy, « Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.646.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p.644.

⁶⁸⁶ U.S. Dist. LEXIS 11995 (S.D.N.Y. 1989).

Il est donc certain que les dispositions de l'article V al.1^{er} (c) de la Convention de New York visent la compétence des arbitres. Leurs pouvoirs juridictionnels sont essentiellement déterminés par la volonté des parties dans la convention d'arbitrage. Cependant, il ne faut pas réexaminer le fond de la sentence arbitrale, pour déterminer si les arbitres ont dépassé leurs pouvoirs⁶⁸⁷.

Ainsi, la juridiction étatique qui examine un recours fondé sur l'article V al.1^{er} (c) ne doit pas déterminer si le tribunal arbitral a abusé de ses pouvoirs, en appliquant une disposition matérielle qui ne faisait pas partie de la convention d'arbitrage, mais doit analyser s'il a dépassé les limites prévues par les parties dans la convention d'arbitrage. Ainsi, dans l'affaire *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran c./ Gould, Inc*⁶⁸⁸, la Cour américaine a conclu, dans sa décision, rendue en 1993, que l'argument selon lequel la juridiction arbitrale ne s'est pas fondée sur les théories légales prévues par le contrat, ne constitue pas une raison valable pour refuser l'exécution et la reconnaissance de la sentence arbitrale.

Dans le même sens, dans l'affaire *National Oil Corporation c./ Libyan Oil Co.*⁶⁸⁹, une requête avait été déposée, afin de s'opposer à l'exécution d'une sentence arbitrale adoptée par la Tribunal arbitrale de la CCI, au motif que les arbitres avaient abusé de leurs pouvoirs. La Cour américaine a examiné la sentence arbitrale pour conclure que celle-ci était raisonnablement conforme à la volonté des parties et à la convention d'arbitrage.

En outre, l'atteinte à une stipulation contractuelle matérielle par le tribunal arbitral constitue en principe un abus de pouvoir. Toutefois, dans l'affaire *Jacada (Europe) Ltd. c./ International Marketing Strategies, Inc.*⁶⁹⁰, la Cour américaine a retenu que le tribunal arbitral n'avait pas abusé de ses pouvoirs, bien qu'il ait ignoré une disposition importante portant sur les dommages et intérêts, au motif qu'il avançait des raisons légitimes de ce

⁶⁸⁷ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.259.

⁶⁸⁸ 969 F.2d 764 (9th Cir. 1992); XVIII Y.C.A. 590 (1993).

⁶⁸⁹ 733 F. Supp. 800.

⁶⁹⁰ XXXI Y.C.A. 1054 (2006) CA.

choix. En effet, la Cour américaine a expliqué que la mise à l'écart de cette disposition importante par les arbitres ne devait pas nécessairement aboutir à l'annulation de la sentence. Elle a ajouté que les arbitres avaient procédé ainsi pour ne pas vider le contrat de son contenu.

Cependant, conformément à la Convention de New York, l'article V al.1^{er} (c) doit être interprété de manière restrictive, afin de favoriser l'exécution des sentences arbitrales. Ainsi, la « *juris dictio* » des arbitres doit être interprétée largement et les dispositions de l'article V al.1^{er} (c) ne doivent pas être appliquées par les juridictions étatiques que dans des cas très limités. Il appartient donc à ces dernières d'écarter les cas « *triviaux* »⁶⁹¹.

Dans l'affaire *Telenor Mobile Communications AS c./ Storm LLC*,⁶⁹² l'entreprise ukrainienne a affirmé que le tribunal arbitral, en décidant la cession conditionnelle des actions de l'entreprise partenaire, avait dépassé ses pouvoirs, puisque l'entreprise norvégienne avait uniquement réclamé un dédommagement monétaire dans le cadre de l'arbitrage. La Cour américaine a rejeté les deux arguments avancés dans cette affaire, au motif que la convention d'arbitrage ne précisait pas expressément les limites de la mission du tribunal arbitral. En effet, la convention d'arbitrage stipulait que le défendeur devait apporter la preuve contraire de la présomption selon laquelle le tribunal arbitral avait agi dans la limite des pouvoirs qui lui avait été conférés.

Par ailleurs, l'affaire *Management & Technical Consultants S.A. c./ Parsons-Jurden Int' Crop*.⁶⁹³, illustre une interprétation plus large de la convention d'arbitrage. En l'espèce, les parties avaient signé une convention d'arbitrage, selon laquelle le demandeur était tenu d'aider le défendeur à signer un contrat avec le gouvernement d'Iran, portant sur le développement des instruments des mines. Selon la convention d'arbitrage, si le défendeur réussit à s'engager dans le cadre de ce contrat, il est tenu de verser au demandeur 5 % de la recette brute. N'ayant pas précisé ce que visait l'expression « *recette brute* », les parties sont

⁶⁹¹ Mercédeh Azeredo da Silveira et Laurent Lévy, « Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.641-2.

⁶⁹² 524 F. Supp. 2d 332 (S.D.N.Y. 2007).

⁶⁹³ 820 F.2d 1531(9th Cir. 1987); XIII Y.C.A. 611 (1988).

entrées en conflit par la suite, lors de la conclusion d'un accord par lequel le défendeur acceptait de payer au demandeur un montant supplémentaire pour couvrir « *la totalité du montant* ». Selon cet accord, le défendeur acceptait que dans le cas où sa recette brute de « *Sar Chesmeh* » dépasserait les 350 millions de dollars, il appartiendrait au demandeur de recevoir une compensation supplémentaire. Etant entendu qu'au moment venu, le demandeur préciserait les conditions et les termes du paiement au défendeur⁶⁹⁴.

De plus, la convention contenait une clause compromissoire rédigée de la manière suivante : « *tout conflit intervenu entre les parties, portant sur cette convention et non résolu à l'amiable, doit être soumis à l'arbitrage pour être examiné par un tribunal arbitral composé de trois arbitres...* »⁶⁹⁵.

Les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur l'interprétation de l'expression « *recette brute* » et ont eu recours à l'arbitrage. Le défendeur s'est opposé à l'exécution de la sentence arbitrale, en retenant que les arbitres avaient abusé de leurs pouvoirs en adoptant une sentence portant sur un sujet qui, selon la convention d'arbitrage, pouvait être déterminé par négociation entre les parties. Plus précisément, le défendeur affirmait que les arbitres n'avaient pas l'autorité nécessaire pour décider si « *la recette brute* » avait dépassé les 350 millions de dollars. En outre, une fois ce montant déterminé, les arbitres n'avaient pas l'autorité nécessaire pour déterminer le montant de la compensation supplémentaire, dans la mesure où ce montant devait lui aussi être déterminé par des négociations entre les parties.

Dans l'espèce, la Cour américaine de Californie a rejeté cet argument. En outre, la Cour d'appel américaine du neuvième circuit a également rejeté la requête du défendeur, en affirmant que : la convention d'arbitrage porte sur « tout litige » et ne se limite expressément à aucun sujet. Ainsi, si elle peut intervenir pour préciser le montant initial, logiquement, elle peut intervenir pour déterminer le montant de la somme supplémentaire. En acceptant de recourir à l'arbitrage pour le montant soit 350 million de dollars ou autres, et à défaut de limitation précise dans la convention d'arbitrage, il incombe aux parties de recourir à

⁶⁹⁴ 820 F.2d 1531(9th Cir. 1987), p.1532-33.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 1533.

l'arbitrage et les arbitres disposent de l'autorité nécessaire pour déterminer le montant de la somme de compensation⁶⁹⁶.

La Cour d'appel a également retenu dans ce sens qu'il appartenait aux arbitres, non seulement de préciser les montants des sommes initiales et supplémentaires, conformément aux stipulations de la convention d'arbitrage, mais aussi de préciser leurs frais pour effectuer leur mission d'arbitres⁶⁹⁷.

Cependant, certaines juridictions n'ont pas suivi de manière restrictive les dispositions de l'article V al.1^{er} (c) de la Convention de New York, en adoptant une interprétation limitative de la convention d'arbitrage. Ainsi, les cas suivants fournissent des exemples de situations dans lesquelles les parties se sont opposées à l'exécution d'une sentence arbitrale, en soutenant que les arbitres avaient abusé de leurs pouvoirs.

Dans l'affaire *Tiong Huat Rubber Factory c./ Wah-Chang Int' Co*⁶⁹⁸, les parties avaient conclu un contrat qui exigeait qu'une lettre de crédit soit fournie au défendeur. Cette lettre n'a jamais été fournie, et le demandeur a poursuivi le défendeur en justice pour non-paiement des sommes dues. Les arbitres ont rendu une sentence en faveur du demandeur, et ce dernier a tenté de faire exécuter la sentence. Le défendeur s'y est opposé en invoquant les stipulations de la convention d'arbitrage qui prévoyaient que « *tout conflit portant sur la qualité ou la condition du caoutchouc ou tout autre conflit soulevé dans le cadre de ces dispositions contractuelles doit être résolu par arbitrage* ». Selon le défendeur, la convention d'arbitrage portait uniquement sur la qualité, la taille et le poids des marchandises; par conséquent, la clause n'accordait pas aux arbitres le pouvoir d'adopter une sentence arbitrale, portant sur un conflit de non-paiement d'une lettre de crédit. La haute Cour de Hong Kong a rejeté l'argument du défendeur, en affirmant que le paiement était un élément crucial pour la vente du produit et qu'il était inconcevable que les parties aient voulu soumettre à l'arbitrage les différends portant sur la qualité du produit, en excluant les cas de non-paiement pour les soumettre aux autorités juridictionnelles.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p.1534-35.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ Hong Kong, 28 Novembre 1990, CA 18 Janvier 1991, XVII Y.C.A. 516 (1991).

La Cour d'appel de Hong Kong a infirmé cette décision, en retenant que les termes « *stipulations contractuelles* » prévues dans la clause compromissoire, portaient sur des sujets spécifiques et que la lettre de crédit n'en faisait pas partie. Avec une interprétation stricte de la convention d'arbitrage, la Cour d'appel a affirmé qu' : « il incombe à la Cour de prendre en compte tous les termes des dispositions contractuelles. De plus, elle ne peut pas écrire une nouvelle clause arbitrale pour que les parties puissent en bénéficier ou pour garantir l'efficacité du système arbitral ou pour éviter que les conflits soient soumis aux autorités juridictionnelles ».

Mais, malgré la portée de cette décision de la Cour d'appel de Hong Kong, cet arrêt est susceptible d'être critiqué, parce qu'il est extrêmement restrictif, par rapport à celui de la Haute Cour de Hong Kong, qui est beaucoup plus conforme à l'esprit de la Convention de New York de 1958, qui favorise l'efficacité de l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Mais, l'on peut toutefois se demander ce qu'il en est quand les arbitres dépassent leurs pouvoirs, en adoptant une sentence beaucoup moins étendue que celle requise (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 2- Le dépassement des pouvoirs de l'arbitre « *infra petita* » :

Dans ce cadre, « *il est évident que l'arbitre ne s'est pas conformé à sa mission s'il statue sur des choses non demandées ou s'il statue en amiable compositeur, alors que les parties avaient prévu qu'il statue en droit. En conséquence, la décision de l'arbitre doit refuser l'exécution quand il ne pas tranche toutes les questions prévues dans la convention d'arbitrage « *infra petita* »*⁶⁹⁹.

Par conséquent, cette disposition relative au dépassement de la mission des arbitres s'applique aux sentences qui dépassent le cadre de la requête des parties. En général, les juridictions étatiques rejettent les demandes fondées sur l'article V al.1^{er} (c) et plus

⁶⁹⁹ T.Khater, « Thèse sur les obstacles juridiques à l'exécution de la sentence arbitrale, étude comparée franco-égyptienne », 11 juillet 2005, Université de Bourgogne, note n° 678, p.440.

précisément sur le fait que le tribunal arbitral a rendu une sentence « *infra petita* »⁷⁰⁰. Mais, quelle est la position de la jurisprudence sur cette question peut-on s'interroger ?

Dans l'affaire *AB Gtaerken. c./ General National Maritime Transport Co.*⁷⁰¹, la partie qui s'opposait à l'exécution de la sentence arbitrale avait avancé que l'arbitre avait abusé de ses pouvoirs, en autorisant une réduction du prix, alors que les parties ne lui avaient pas demandé d'examiner cette question. La Cour d'appel suédoise, appelée à statuer sur la demande d'exécution de la sentence arbitrale, a retenu qu'il appartenait aux arbitres d'examiner le prix, en concluant que les arbitres avaient agi dans les limites de leurs pouvoirs et sans en abuser. La Cour suprême suédoise a confirmé la position de la Cour d'appel.

Par ailleurs, pour bien déterminer l'étendue de la requête, il convient d'examiner non seulement les termes utilisés pour comprendre l'intention des parties, et leur intérêt, mais également tous les éléments soumis au cours de la procédure arbitrale⁷⁰². A titre d'exemple, la Cour d'appel de Stuttgart a autorisé l'exécution d'une sentence, pour un montant de 129,621 Deutsch Mark, alors que la requête ne portait que sur la somme de 119,621 Deutsch Mark, et a rejeté l'argument selon lequel : « l'arbitre aurait abusé de ses pouvoirs ». La Cour a retenu que, d'après les documents soumis au tribunal arbitral, au cours de la procédure arbitrale, le montant était fondé sur une erreur de calcul.

C'est pour cette raison que la Cour a affirmé que : « l'exécution d'une sentence arbitrale ne doit pas être refusée, parce qu'elle a accordé un montant beaucoup plus élevé que celui requis ». En l'espèce, tels que présentés par le défendeur, le demandeur n'a pas demandé le montant de 119,621 Deutsch Mark, alors que le défendeur a été ordonné à payer le montant de 129,621 Deutsch Mark. Il est vrai que cette requête relève des dispositions de l'article V al.1^{er} (c) de la Convention de New York. Toutefois, la sentence arbitrale n'a pas dépassé les limites de la requête, en ce que le montant n'a pas été prévu dans cette requête,

⁷⁰⁰ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.267.

⁷⁰¹ CA Svea, 13 Dec. 1978, VI Y.C.A. 237(1981).

⁷⁰² Karl-Heinz Böckstiegel et Stefan M. Kröll, « Arbitration in Germany: The Model Law in Practice », *Kluwer Law International*, (2007) p.542.

mais plutôt dans le dispositif de la décision qui doit correspondre à des faits matériels. Selon la sentence arbitrale, la somme de 129,621 Deutsch Mark, résulte de l'addition des factures. Aussi, le tribunal arbitral a bien agi, en présumant que la requête de la somme de 119,621 Deutsch Mark est fondée sur une erreur de calcul qui peut être facilement résolue »⁷⁰³. Par ailleurs, outre l'adoption par les arbitres d'une sentence qui dépasse les limites de leurs missions, le bonus-malus et les frais non demandés peuvent poser des difficultés très particulières.

Dans le cadre de la détermination des limites du mandat des arbitres, la question du bonus– malus pose une difficulté particulière. Le droit français prévoit dans le cadre du paiement, le bonus-malus. Dans l'affaire *Pilliod c./ Econosto International Holding*⁷⁰⁴, du 30 Juin 2005, la Cour d'appel de Paris a refusé la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, en ce que les arbitres avaient autorisé un bonus – malus. La Cour a retenu par ailleurs, qu'il y a une différence entre l'exercice de la fonction de juger par un juge étatique et par un arbitre, dont la juridiction a une origine conventionnelle.

Selon cet arrêt, à moins que l' des parties ait exigé le paiement de l'intérêt, la mission de l'arbitre ne l'autorise pas à introduire dans la sentence arbitrale. Toutefois, si le juge et/ou l'arbitre ne l'autorisé à accorder un intérêt « *sua sponte* » par la loi matérielle applicable au conflit, le bonus-malus prévu par la sentence ne peut être une raison suffisante pour justifier le refus d'exécution de la sentence arbitrale, selon les termes de l'article V al.1^{er} (c) de la Convention de New York.

Cependant, la Cour d'appel de Hambourg a rejeté la requête du défendeur en refus d'exécution de la sentence arbitrale. Selon le défendeur, la sentence n'était pas valable, au motif que le tribunal arbitral avait accordé un intérêt qui n'était pas demandé par les parties. La Cour a retenu que, selon la loi procédurale applicable (la loi anglaise de 1996, portant sur l'arbitrage) et les règles arbitrales, les arbitres pouvaient parfaitement accorder davantage,

⁷⁰³ Oberlandesgericht Stuttgart, 6 Dec. 2001, XXIX Y.C.A. 742(2004), p.742.

⁷⁰⁴ CA Paris, 25 Mars 2004, (3) *Rev. Arb.* 671(2004), p.673.

que ce que le demandeur sollicitait⁷⁰⁵. Elle a ajouté que la requête de l'une des parties ne peut pas être interprétée comme étant une limitation aux pouvoirs des arbitres.

En ce qui concerne les frais non demandés, ils peuvent correspondre à des frais non-prévus par l'une ou l'autre des parties, dans la convention d'arbitrage. Ainsi, dans l'affaire *Aasma c./ American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity*⁷⁰⁶, le demandeur s'était opposé à l'exécution de la sentence arbitrale, en invoquant que les frais d'arbitrage dépassaient largement les prévisions financières déterminées par les parties dans la convention d'arbitrage. La Cour américaine a rejeté cet argument, en retenant que la convention d'arbitrage stipulait que l'arbitrage était régi par les dispositions de la loi de 1996 d'Angleterre (L'arbitration Act), notamment les Sections 59-64, qui portent sur les frais de l'arbitrage. Or, ces dispositions s'appliquent en cas d'absence d'accord spécifique entre les parties.

De même, dans l'arrêt *Management & Technical Consultants S.A. c./ Parsons-Jurden Int'l Corp.*⁷⁰⁷, la Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour de Californie qui a rejeté ce moyen, en retenant que : « *si l'arbitre a agi dans les limites prévues par la convention d'arbitrage, il lui appartenait par conséquent de déterminer le montant des frais et des dépenses dans la sentence arbitrale* »⁷⁰⁸.

En outre, les tribunaux rejettent généralement les dispositions de l'article V al.1^{er} (c), dans la mesure où les parties apportent la preuve que le tribunal arbitral a adopté une sentence « *infra petita* », c'est-à-dire une sentence qui dépasse les limites prévues par la requête des parties⁷⁰⁹. Toutefois, il faut garder à l'esprit que les arbitres peuvent adopter une

⁷⁰⁵ Oberlandesgericht Hamburg, 30 Juillet 1998, XXV Y.C.A. 714 (2000).

⁷⁰⁶ 238 F. Supp. 2d 918 (N.D. Ohio 2003); XXVIII Y.C.A. 1140(2003) p.1143.

⁷⁰⁷ XIII Y.C.A. 611 (1988).

⁷⁰⁸ *Management & Technical Consultants S.A. c./ Parsons-Jurden Int'l Corp.*, 820 F.2d 1531 (9th Cir. 1987), p.1535.

⁷⁰⁹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.268.

sentence arbitrale, qui corresponde parfaitement aux dispositions d'un texte législatif, mais qui dépasse les dispositions de la requête des parties à l'arbitrage⁷¹⁰.

Au regard de ce qui vient d'être développé, on peut se demander ce qu'il en est lorsque le tribunal arbitral ne dépasse que partiellement les limites imposées par la convention d'arbitrage. C'est-à-dire, l'hypothèse dans laquelle l'abus de pouvoir ne touche pas l'intégralité de la sentence arbitrale. Dans ce cas, il est possible de reconnaître et d'exécuter partiellement la sentence arbitrale qui n'est pas entachée d'abus de pouvoir (**Paragraphe II**).

Paragraphe II : Les sentences partielles :

Selon les dispositions de la Convention de New York, notamment l'article V al.1^{er} (c), il est possible de ne reconnaître ou de n'exécuter qu'une partie de la sentence arbitrale. Le refus de reconnaissance ou d'exécution peut donc être limité à certains aspects de la sentence⁷¹¹. L'objectif est d'éviter d'annuler toute la sentence, juste parce que le tribunal arbitral a abusé de ses pouvoirs dans certains domaines⁷¹². En outre, la Convention de New York a pour ambition de préserver l'efficacité et la rapidité de l'exécution des sentences arbitrales étrangères. En principe, il est possible de conserver une partie de la sentence arbitrale, bien que le reste soit soumis à un recours devant les juridictions étatiques.

Le principe de l'article V al.1^{er} (c) est de nature plutôt « *restrictive* ». Toutefois, il a été interprété de manière très large. Il est donc possible d'autoriser une exécution partielle de la sentence arbitrale, dans la mesure où l'abus de l'arbitre n'est que secondaire et que le refus de l'exécution ne crée aucune difficulté pour la partie qui recherche la reconnaissance et l'exécution de la sentence⁷¹³. Pendant les travaux préparatoires de la Convention de New York, le représentant de la délégation indienne a estimé que si le tribunal n'autorise pas la

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ *Ibid.*, p.276

⁷¹² Martin King et Ian Meredith, « Partial Enforcement of International Arbitration Awards » 26(3) *Arbitration International* 381, (2010), p. 383.

⁷¹³ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.319.

reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pour des détails insignifiants, le demandeur pourrait en subir indument un préjudice⁷¹⁴.

Il est vrai que les dispositions de la Convention de New York encouragent l'exécution des sentences arbitrales⁷¹⁵. Toutefois, elles ne précisent pas la loi applicable. La meilleure façon d'y procéder est de se tourner vers la loi choisie par les parties. A défaut, la loi qui s'applique est celle du pays où l'exécution de la sentence est recherchée.

En ce qui concerne l'exécution partielle de la sentence par les juridictions nationales, la Convention de New York ne présente aucune disposition expresse privilégiant ou au contraire prohibant l'exécution partielle des sentences arbitrales. En pratique, l'exécution partielle est implicitement autorisée, conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} (c)⁷¹⁶. Dans cette perspective, l'affaire *SIMER*⁷¹⁷ constitue un exemple d'exécution partielle d'une sentence, telle que prévue à l'article V al.1^{er} (c) de la Convention de New York. En l'espèce, les parties avaient signé un contrat, portant sur la fourniture, l'installation et la mise en service de deux machines automatiques de boulangerie. Ce contrat comportait une clause selon laquelle tout litige à naître, portant sur le contrat serait résolu par voie d'arbitrage, mais avec une distinction : les conflits non techniques seraient résolus selon la procédure arbitrale locale, c'est-à-dire syrienne, qui prévoit la désignation de cinq arbitres. Par ailleurs, les conflits techniques seraient résolus conformément aux dispositions du règlement d'arbitrage de la CCI. Un litige est né au sujet de l'exécution du contrat. Le demandeur a initié un arbitrage local, pour demander à être indemnisé des retards dans l'exécution par le défendeur et le manque à gagner en résultant.

Le défendeur s'est opposé au recours à l'arbitrage local, au motif que le conflit portait sur une question technique, et qu'il fallait donc recourir à l'arbitrage international. Le tribunal arbitral local a examiné l'affaire et a rendu une sentence en faveur du demandeur qui

⁷¹⁴ *Ibid.*

⁷¹⁵ Ramona Martinez, « Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: the Refusal Provision », 24 *Int'l Law*. 487 (1990), p.502.

⁷¹⁶ Martin King et Ian Meredith, « Partial Enforcement of International Arbitration Awards » 26(3) *Arbitration International* 381(2010), p. 383.

⁷¹⁷ CA Trento, 14 Janvier 1981, *General Organization of Commerce and Industrialization of Cereals of the Arab Republic of Syria c./ S.p.A. SIMER*, VIII Y.C.A. 386 (1983).

en a demandé l'exécution auprès de la Cour d'appel de Trento au Canada. Cette dernière a autorisé l'exécution partielle de la sentence, conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} (c) de la Convention de 1958. Elle a affirmé que les premiers différends intervenus avant le premier essai des machines n'étaient pas de nature technique, (portant notamment sur le retard de la livraison des machines) et pouvaient donc être soumises à l'arbitrage local, tandis que les difficultés soulevées après le premier essai étaient de nature technique (elles portaient sur l'approvisionnement en eau, électricité, farine, levure et main d'œuvre qualifiée). En conséquence, ces difficultés relevaient de la compétence des arbitres de la CCI .

De surcroît, dans l'affaire *IPCO (Nigeria) Ltd c./ Nigerian National Petroleum Corp. (NNPC)*⁷¹⁸, la société IPCO a conclu un contrat pour élaborer et construire un terminal d'exportation pétrolière pour le compte de la société NNPC. Le contrat était soumis à la loi nigériane et prévoyait le recours à l'arbitrage à Lagos. Mais, l'achèvement du terminal a été ajourné et une longue procédure arbitrale a été initiée à Lagos. En effet, NNPC avait réclamé certaines modifications dans la construction. Or, ces dernières avaient provoqué un retard de 22 mois. IPCO a alors exigé davantage d'argent pour couvrir le travail supplémentaire.

Le tribunal a accordé à IPCO environ 152 millions de dollars et 5 millions de nairas. NNPC s'est opposé à cette sentence auprès des juridictions nigérianes, tandis qu'IPCO en réclamait l'exécution à Londres. Le juge Gross a suspendu l'exécution de la sentence en Angleterre dans l'attente de la décision rendue au Nigeria. Plusieurs années sont passées sans parvenir à aucune solution. IPCO est revenu vers les tribunaux anglais pour réclamer l'examen de la décision de suspension et l'exécution partielle de la sentence arbitrale. En première et seconde instance, les juridictions anglaises ont confirmé la possibilité de réexaminer la décision de suspension et de faire partiellement exécuter la sentence arbitrale.

Lord Justice Tuckey a longuement analysé la question de l'exécution partielle. Il a ajouté qu'il ne voyait aucune objection à l'exécution partielle de la sentence, parallèlement à un recours devant les juridictions étatiques pour la seconde partie de la sentence arbitrale. Le

⁷¹⁸ [2008] EWCA 1157.

recours contre la sentence auprès des juridictions étatiques n'empêche pas les tribunaux du lieu d'exécution d'autoriser l'exécution partielle de la sentence qu'ils jugent valable. Rien dans les dispositions de la Convention de New York ne permet donc de retenir la prohibition de l'exécution partielle des sentences arbitrales. Il convient d'interpréter le terme « *sentence* » prévu dans la troisième partie de la loi de 1996 d'Angleterre (Arbitration Act), comme impliquant la sentence entière, mais également une partie seulement de celle-ci. En d'autres termes, l'exécution d'une partie de la sentence arbitrale constitue en soi-même une exécution de la sentence arbitrale⁷¹⁹. La Cour d'appel anglaise a donc élargi le principe de l'exécution partielle de la sentence, en permettant l'exécution d'une partie de celle-ci bien, que sa validité soit soumise à l'examen du tribunal arbitral⁷²⁰.

Pour conclure, l'article V al.1^{er} (c) ne précise pas la loi applicable à la convention d'arbitrage, pour déterminer si l'arbitre s'est bien conformé à sa mission. Il est donc possible de parvenir à des solutions diverses dans ce domaine. Cette diversité couvre deux cas : les sentences « *ultra petita* » et la sentence « *infra petita* ». Il est vrai que l'objectif de la Convention est de garantir une application uniforme du principe d'exécution des sentences arbitrales. Toutefois, la sentence « *ultra petita* » s'éloigne de cet objectif et ce, d'autant plus que les juridictions nationales adoptent des approches diverses dans ce domaine. En effet, certaines juridictions autorisent l'élargissement du mandat de l'arbitre afin de couvrir certaines requêtes, telles que les dépenses et les frais, tandis que d'autres juridictions adoptent une approche plutôt stricte dans leur interprétation des termes du mandat. Il n'y a donc pas une application uniforme des dispositions de la Convention de New York. Toutefois, les juridictions nationales ne s'opposent généralement pas à l'exécution partielle des sentences arbitrales. Mais, dans l'hypothèse où le texte de la Convention ne détermine pas la loi applicable, des solutions diverses peuvent aboutir. Examinons dès maintenant la question de l'irrégularité du tribunal ou de la procédure arbitrale (**Section IV**) ?

⁷¹⁹ [2009] 1 *All ER* (Comm) 611, p. 661(f)–662(e).

⁷²⁰ Martin King et Ian Meredith, « Partial Enforcement of International Arbitration Awards » 26(3) *Arbitration International* 381(2010), p. 388.

Section IV :

L'irrégularité du tribunal ou de la procédure arbitrale

Selon l'article V al.1^{er} (d), la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale peuvent être refusées dans la mesure où « 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 ». Les questions qui se posent ici sont celles relatives au fait de savoir d'une part, quelle est la loi applicable à la procédure et à la composition du tribunal arbitral d'un pays (**Paragraphe I**) ? Et d'autre part quel est le champ d'application de ces dispositions (**Paragraphe II**) ?

Paragraphe I- La loi applicable :

Selon l'article 1 al. (c) de la Convention de Genève de 1927, l'exécution d'une sentence arbitrale peut être refusée si la composition du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale ne sont pas conformes au choix des parties et à la loi du lieu où l'arbitrage se déroule. Ainsi, même en présence d'un choix des parties, la loi du pays où l'arbitrage se déroule doit être prise en considération pour exécuter la sentence arbitrale.

Il y a donc un risque de voir l'exécution de la sentence arbitrale refusée, indépendamment de l'existence d'une convention d'arbitrage entre les parties, ou de la validité et de la conformité de la composition du tribunal arbitral ou de la procédure arbitrale, aux lois du pays dans lequel l'arbitrage se déroule⁷²¹.

Il est donc possible de considérer l'article V de la Convention de New York comme un progrès par rapport aux dispositions de l'article 1 al. (c) de la Convention de Genève qui exige que « *la sentence ait 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*

⁷²¹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 323.

droit applicables à la procédure d'arbitrage ». De plus, l'article V al.1^{er} (d) de la Convention de New York peut être considéré comme le résultat de la volonté de ses rédacteurs de limiter le rôle de la loi du pays dans lequel l'arbitrage s'est déroulé⁷²².

L'article V al.1^{er} (d) distingue entre l'accord des parties sur la composition du tribunal arbitral, la procédure arbitrale et la loi du pays dans lequel l'arbitrage a eu lieu. En conséquence, cet article a posé des difficultés d'interprétation impliquant des conflits relatifs à la relation ou à la hiérarchie entre la convention d'arbitrage et la loi du pays dans lequel la sentence arbitrale est rendue⁷²³. A la lecture des dispositions de ce texte, il est possible de conclure que l'intention des rédacteurs de la Convention tendait vers une limitation de l'applicabilité de la loi du pays dans lequel l'arbitrage a eu lieu, pour ne lui accorder qu'un rôle subsidiaire. Ainsi, l'article V al.1^{er} (d) accorde la priorité à l'autonomie de la volonté des parties et ne donne à la loi du pays dans lequel l'arbitrage se déroule qu'un rôle secondaire⁷²⁴.

Cependant, malgré le consentement des parties sur la composition du tribunal arbitral et sur la procédure arbitrale, les irrégularités doivent, dans la majorité des cas, être examinées au regard de la loi nationale du pays dans lequel l'arbitrage a eu lieu, conformément aux dispositions procédurales de la Convention de New York⁷²⁵.

Ceci peut être la source d'un dilemme pour l'arbitre, notamment lorsque la convention d'arbitrage contrevient à une disposition obligatoire de la loi arbitrale du pays dans lequel l'arbitrage s'est déroulé⁷²⁶. Si l'arbitre s'écarte de la convention d'arbitrage et applique la loi du pays dans lequel l'arbitrage se déroule, il pourrait compromettre la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, au regard des termes de l'article V al.1^{er} (d). S'il respecte la convention d'arbitrage conclue par les parties, il prend le risque de

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p.838.

⁷²⁴ Sigvard Jarvin, « Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure » dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.729.

⁷²⁵ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.327.

⁷²⁶ J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} édition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p.839.

voir la sentence écartée, ce qui évidemment touche à sa reconnaissance et à son exécution, selon les dispositions de l'article V al.1^{er} (e) ou de l'article V al.2 (b).

Dans cette perspective, si les parties acceptent de soumettre le litige à un seul arbitre nommé par une seule partie ou si une partie présente des arguments prise oralement, conformément aux dispositions de la convention d'arbitrage et les dispositions de l'article V al.1^{er} (d), cette convention d'arbitrage sera probablement considérée comme portant atteinte aux règles procédurales et la demande d'exécution sera rejetée, conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} (b), comme une atteinte au principe du contradictoire⁷²⁷. En outre, même si la composition du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale sont conformes aux dispositions de la convention d'arbitrage, l'article V al.2 (b) pourrait aboutir au rejet de l'exécution de la sentence, dans la mesure où la sentence porterait atteinte à l'ordre public du pays d'exécution⁷²⁸.

Ainsi, le droit des parties de mettre en place leurs propres règles procédurales ne peut pas exclure complètement l'application du droit national. Dans plusieurs législations, le droit national comporte des dispositions obligatoires qui s'appliquent quelles que soient les règles adoptées par les parties⁷²⁹. En conséquence, les règles choisies par les parties doivent respecter les dispositions légales internes impératives. Malgré cette suprématie accordée aux conventions d'arbitrages selon les dispositions de l'article V al.1^{er} (d), il appartient néanmoins à l'arbitre d'écarter certaines règles prévues par la convention, pour ainsi se soumettre aux règles procédurales obligatoires du pays d'exécution de l'arbitrage⁷³⁰. Une partie de la doctrine a proposé de limiter l'autonomie des parties prévue par l'article V 1^{er} (d), afin que la convention d'arbitrage soit conforme aux dispositions légales et obligatoires du lieu de l'arbitrage⁷³¹.

⁷²⁷ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », (2001), *Cameron May*, p.165.

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.286.

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} édition, *Sweet & Maxwell*, 2007, p.839.

Cette interprétation est cohérente; elle permet d'éviter les oppositions à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence arbitrale, telles que prévues aux articles V al.1^{er} (e), V al.1^{er} (b) et V al.2 (b). Néanmoins, certaines juridictions adoptent une approche « *stricte* », dans le sens où elles accordent la priorité à l'autonomie de la volonté des parties, en décidant la loi applicable à la procédure arbitrale, prévue par les dispositions de l'article V al.1^{er} (d) (**Sous-Paragraphe 1**), contrairement à d'autres qui ont adopté une approche plutôt « *souple* », dans la mesure où elle permet le recours aux lois nationales, même si cette prérogative ne correspond pas à la volonté des parties (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1 : L'approche « *stricte* » :

Comme nous l'avons déjà mentionné, cet article V al.1^{er} (d) de la Convention de 1958 peut donner lieu à plusieurs interprétations, notamment en ce qui concerne la hiérarchie entre la convention d'arbitrage des parties et la loi du lieu de l'arbitrage⁷³². Selon l'opinion dominante, l'autonomie de la volonté des parties prévaut sur la loi du lieu de l'arbitrage⁷³³. Il incombe ainsi aux juridictions d'exécution d'examiner en premier lieu la convention d'arbitrage. Il appartient aux parties à cette convention de choisir la loi applicable à la procédure arbitrale. En outre, l'autonomie de la volonté des parties, telle que prévue à l'article V al.1^{er} (d), accorde aux parties la possibilité de mettre en place leurs propres règles procédurales au lieu de suivre des règles procédurales étatiques.

Ainsi, dans l'affaire *Joseph Muller A.G. c./ Bergesen*⁷³⁴, le Tribunal fédéral suisse a retenu que la Convention de New York évoque l'autonomie de la volonté des parties dans un sens qui leur permet de choisir soit d'adopter leurs propres règles procédurales, soit de choisir des règles procédurales privées et déjà existantes, ou soit de recourir aux règles procédurales étatiques.

⁷³² *Ibid.*, p.838.

⁷³³ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p.715; J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} édition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p.838.

⁷³⁴ IX Y.C.A. 437(1984).

Ainsi, les parties à l'arbitrage peuvent librement choisir les règles procédurales applicables. Les règles procédurales étatiques obligatoires peuvent être écartées en fonction de la volonté des parties. En outre, ce principe permet aux parties de considérer les lois nationales comme applicables à la procédure arbitrale, tout en adoptant des règles supplémentaires spéciales au sein même de la convention d'arbitrage⁷³⁵.

En outre, dans l'affaire *Rederi Aktiebolaget Sally c./ srl Termarea*⁷³⁶ qui date de 1976, l'article V al.1^{er} (d) a été invoqué devant la Cour d'appel de Florence. En effet, le tribunal arbitral n'avait pas suivi la volonté des parties qui avaient stipulé que la sentence arbitrale devait être adoptée par trois arbitres. Dans les faits, la sentence avait été adoptée par deux arbitres à Londres, conformément aux dispositions de la loi arbitrale anglaise de 1950.

La Cour d'appel de Florence a refusé l'exécution de la sentence. Elle a retenu que pour que la sentence soit exécutée, la composition du tribunal arbitral devait être conforme aux lois du pays où l'arbitrage était intervenu, à moins que les parties n'aient prévu une composition du tribunal arbitral différente de celle prévue par la loi. Or, dans ce cas, la convention d'arbitrage exigeait l'intervention de trois arbitres. La Cour a retenu que la volonté des parties prévalait sur la loi procédurale du pays où l'arbitrage avait eu lieu (L'Angleterre). Selon la Cour, la loi arbitrale anglaise est conforme dans ses dispositions à la Convention de New York, et elle aurait été applicable si les parties n'avaient pas exprimé leur volonté, en ce qui concerne la composition du tribunal arbitral. Or, les parties avaient clairement décidé de recourir à trois arbitres.

L'interprétation de la Convention de New York fournie par la Cour d'appel est « *correcte* ». Toutefois, la solution semble inopportune, dans la mesure où les deux arbitres nommés par les parties avaient résolu le conflit. Le recours à la justice pour la nomination d'un troisième arbitre apparaît donc comme une perte de temps et d'argent⁷³⁷. En revanche, la

⁷³⁵ *Joseph Muller A.G. c./ Bergesen*, IX Y.C.A. 437(1984), p439-40.

⁷³⁶ IV Y.C.A. 294 (1979).

⁷³⁷ Sigvard Jarvin, « Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure » dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.733.

participation d'un troisième arbitre aux discussions aurait pu changer l'issue de la résolution du conflit⁷³⁸. La solution aurait pu être contraire à la décision adoptée par les deux arbitres.

De même, dans l'affaire *Tema Frugoli S.p.A. c./ Hubei Space Quarry Industry Co. Ltd.*⁷³⁹, la Cour de cassation italienne a décidé de suivre la convention conclue entre les parties. *Tema Frugoli* affirmait que la sentence adoptée à Pékin ne devrait pas être reconnue en Italie, au motif que la composition du tribunal arbitral et la procédure arbitrale n'étaient pas conformes aux dispositions de la convention d'arbitrage. En effet, la convention d'arbitrage stipulait que, dans le cas où *Tema Frugoli* serait la partie demanderesse, l'arbitrage aurait lieu à Stockholm, tandis que si la demande provenait de *Hubei*, l'arbitrage aurait lieu à Pékin. L'entreprise italienne a déposé la demande d'arbitrage vingt-quatre jours avant que *Hubei* ne dépose la sienne. La sentence qui devait s'appliquer en Italie devait donc être celle adoptée à Stockholm, puisque *Tema Frugoli* est la partie demanderesse. La Cour d'appel de Rome avait suivi ce raisonnement.

Selon la Cour de cassation italienne, les parties à la convention d'arbitrage ne souhaitaient pas deux procédures arbitrales et deux sentences arbitrales, mais une seule procédure initiée soit à Stockholm, soit à Pékin, en fonction de la partie qui recourrait à l'arbitrage en premier. *Tema Frugoli* ayant soumis une requête d'arbitrage en premier, auprès du tribunal arbitral de Stockholm, la requête déposée par *Hubei* aurait dû être écartée. En conséquence, la Cour de cassation italienne a retenu que la constitution du tribunal arbitral et la procédure arbitrale adoptée par *Hubei*, n'étaient pas conformes aux dispositions de la convention d'arbitrage et que la sentence arbitrale rendue à Pékin, ne pouvait être reconnue en Italie.

Toutefois, dans l'affaire *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises [SEEE] c./ Yugoslavia*⁷⁴⁰, la clause arbitrale stipulait que chaque partie ne pouvait nommer qu'un seul arbitre. Si les deux arbitres n'arrivaient pas à trancher le différend, un troisième arbitre serait nommé par le tribunal civil de Lausanne. Dans les faits, les deux arbitres ont rendu une sentence arbitrale, mais le tribunal suisse a refusé de considérer leur décision comme telle, au

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ Cass., 7 février 2001, n.1732.

⁷⁴⁰ XI Y.C.A. 195 (1986).

motif que la loi du canton de Lausanne exigeait un nombre impair d'arbitres. La Cour suprême hollandaise a confirmé la position du tribunal suisse, en retenant que cette décision arbitrale ne pouvait être reconnue en tant que sentence arbitrale.

Cette affaire illustre bien le dilemme de l'arbitre, quant à la réconciliation des dispositions de la convention d'arbitrage avec les législations nationales du lieu de l'arbitrage⁷⁴¹. Si les arbitres ne suivent pas les règles obligatoires du lieu de l'arbitrage, il se peut que leur sentence arbitrale soit mise de côté par les autorités juridictionnelles, mais s'ils suivent les règles légales obligatoires et ignorent la volonté des parties exprimée dans la convention d'arbitrage, la sentence arbitrale pourrait alors ne pas être reconnue ou exécutée comme le prévoient les dispositions de l'article V al.1 (d) de la Convention de New York.

Mais, ce n'est que trente années après que la Cour d'appel de Rouen a mis fin à ce dilemme, en affirmant que : « *la décision adoptée par les arbitres devrait être considérée comme une vraie sentence arbitrale ; elle devrait donc être exécutée, puisque la clause arbitrale avait écartée l'application des lois civiles nationales et procédurales pour mettre en place des règles procédurales propres à la convention. La décision des arbitres était donc obligatoire et s'imposait aux parties conformément aux dispositions de la Convention de New York* »⁷⁴². Aussi, la Cour d'appel de Rouen a-t-elle suivie l'approche « *stricte* », consistant à accorder plus d'autonomie à la volonté des parties.

De surcroît, l'affaire *Encyclopaedia Universalis SA c./ Encyclopaedia Britannica Inc*⁷⁴³ confère également la suprématie de la convention d'arbitrage des parties. En l'espèce, la Cour américaine du New York a refusé d'exécuter une sentence, au motif que le président du tribunal arbitral avait été nommé selon une procédure contraire à la convention des parties. Selon la Cour, la sentence ne pouvait pas être imposée aux parties, dans la mesure où la composition du tribunal arbitral était irrégulière.

⁷⁴¹ Sigvard Jarvin, « Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.739.

⁷⁴² XI Y.C.A. 195 (1986).

⁷⁴³ 403 F.3d 85 (2d Cir. 2005).

La décision de la Cour de cassation française dans l'affaire *Juliet c./ X*⁷⁴⁴ soutient l'importance de la convention d'arbitrage des parties. Dans les faits, la sentence arbitrale a été écartée, conformément aux dispositions de la loi nationale et aux dispositions de la Convention de New York, relatives au refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale. Le problème portait sur le délai pendant lequel la sentence avait été rendue. Cette dernière fut adoptée vingt-deux(22) jours après le délai prévu par les parties et les arbitres n'avaient pas réussi à obtenir une extension de ce délai. La sentence fut écartée et la responsabilité des arbitres engagée, pour violation des dispositions contractuelles. Ils furent condamnés à des dommages et intérêts.

Il est vrai que la loi arbitrale française et les juridictions françaises sont connues pour leur libéralisme. Toutefois, la Cour de cassation a insisté sur l'obligation des arbitres de respecter la volonté des parties à la convention d'arbitrage et de suivre ses stipulations. Le respect du délai devrait permettre l'exécution de la sentence. Cette décision est donc conforme aux dispositions de l'article V al.1 (d) de la Convention de New York⁷⁴⁵, qui accordent plus d'autonomie à la volonté des parties, contrairement à l'approche « *souple* », qui permet le recours aux lois nationales, sans forcément tenir compte des dispositions prévues par les parties à la convention d'arbitrage (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 2 : L'approche « *souple* » :

La validité de la procédure arbitrale est appréciée en fonction des dispositions de la convention d'arbitrage. A défaut de cette dernière, elle est appréciée conformément aux dispositions de la loi du pays où l'arbitrage est intervenu⁷⁴⁶. Il incombe donc aux juridictions d'exécution d'examiner la convention d'arbitrage en premier lieu, pour ensuite passer à l'examen de la loi applicable, si et seulement si la convention d'arbitrage n'apporte aucune

⁷⁴⁴ (1) *Rev. Arb.* 126 (2006).

⁷⁴⁵ Sigvard Jarvin, « Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.744.

⁷⁴⁶ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.282.

clarification sur le problème posé. Cependant, une approche contraire fut adoptée par d'autres juridictions (l'approche « souple »).

Ainsi, en Italie, dans l'affaire *Soc. Rocco c./ Federal Commerce and Navigation Ltd.*⁷⁴⁷, le demandeur avait contesté l'exécution en Italie d'une sentence arbitrale rendue à Londres, au motif qu'elle avait été adoptée par deux arbitres seulement. La Cour suprême a affirmé que selon la loi anglaise, il n'était pas obligatoire de nommer un troisième arbitre. Elle a donc retenu la validité de la sentence arbitrale, en raison de sa conformité avec les dispositions de la loi du lieu où l'arbitrage a eu lieu. En conséquence, la sentence fut exécutée en Italie, sans pour autant prendre en compte la volonté des parties.

De même et malgré l'existence d'une convention d'arbitrage, la juridiction a eu recours à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu. Dans l'affaire *Al Haddad Brothers Enterprises, Inc. c./ M/S 'Agapi' and Diakan Love S.A.*⁷⁴⁸ s'est posée la question de savoir si la juridiction d'exécution pourrait autoriser l'exécution d'une sentence arbitrale, bien que la volonté des parties-en ce qui concerne la composition du tribunal arbitral- n'ait pas été respectée ? En l'espèce, les parties avaient consenti à soumettre tout différend relatif au contrat d'affrètement à l'arbitrage à Londres. Il appartenait à chaque partie de nommer un arbitre. Si les deux arbitres n'arriveraient pas à adopter une décision, un troisième devait être désigné.

Le défendeur « *Diakan* » avait déclenché la procédure arbitrale à Londres, en invoquant le non paiement des frais d'affrètement. Il avait nommé Monsieur Bruce Harris comme arbitre, et envoyé une notification à la partie adverse « *Al Haddad* », pour l'informer du début de la procédure, fixé au 3 novembre 1981. Le 27 décembre 1981, comme *Al Haddad* n'avait pas toujours nommé d'arbitre, *Diakan*, a demandé à Monsieur Harris de trancher l'affaire comme arbitre unique. Le 31 décembre 1981, *Diakan* a notifié *Al Haddad* de cette décision et ce dernier n'avait pas présenté aucune opposition. Le 12 juillet 1983, l'arbitre présenta la sentence arbitrale à *Diakan*.

⁷⁴⁷ Cass., Dec. 15, 1982, n.6915.

⁷⁴⁸ 635 F. Supp. 205 (D. Del. 1986); XII Y.C.A. 549 (1987).

Pour sa défense, *Al Haddad* invoquait l'article V al.1 (d) de la Convention de New York, ainsi que la clause arbitrale portant sur la composition du tribunal arbitral. Selon la clause, le tribunal arbitral se composait de deux arbitres, chacun nommé par une partie. Si les deux arbitres ne pouvaient adopter une position commune, un troisième arbitre serait nommé. Or, dans les faits, la sentence arbitrale fut adoptée par un seul arbitre. La juridiction étatique a considéré que le fait que la sentence n'ait pas été adoptée, conformément à la volonté des parties n'était pas déterminant.

La Cour américaine de Delaware avait retenu que la Convention de New York autorisait la reconnaissance d'une sentence, même si elle n'était pas conforme à la volonté des parties, dans la mesure où elle était conforme aux lois du pays où elle avait été rendue. Il a ajouté qu'un seul arbitre, conformément aux dispositions de la loi arbitrale anglaise de 1950, pouvait trancher le différend. Ainsi, la sentence a été reconnue valable et cela même si l'autre partie n'avait pas réussi à nommer son arbitre après sa notification.

La Convention a clairement accordé à la volonté des parties une suprématie sur les lois nationales du pays où l'arbitrage intervient. Toutefois, et malgré la clarté de ses dispositions, son application a engendré une incohérence et des difficultés d'interprétation auprès des différentes juridictions nationales. En effet, certains juristes retiennent la suprématie de la volonté des parties, tandis que d'autres retiennent celle des lois du pays où l'arbitrage a eu lieu. Après avoir examiné la loi applicable à la procédure arbitrale par rapport aux dispositions de l'article V al.1^{er} (d), il nous paraît nécessaire d'aborder la question du champ d'application de cette disposition (**Paragraphe II**).

Paragraphe II : Le champ d'application

il appartient aux juridictions étatiques de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale adoptée conformément aux dispositions de la Convention de New York, dès lors que la preuve des circonstances suivantes est rapportée : l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral ou de la procédure arbitrale, ou divergence entre la composition du tribunal arbitral ou de la procédure arbitrale et la convention d'arbitrage, ou à défaut d'une clause

arbitrale, la non conformité avec la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu. Ainsi, l'article V al.1^{er} (d) peut être employé pour s'opposer à l'exécution d'une sentence arbitrale, dans la mesure où la procédure arbitrale s'écarte de la convention d'arbitrage ou que le tribunal arbitral n'a pas été composé selon la procédure prévue par la convention d'arbitrage.

Pour rejeter l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, il incombe à la partie qui s'y oppose de rapporter à la juridiction compétente la preuve de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral ou de la procédure arbitrale. Toutefois, la Convention de 1958 ne fournit pas les critères nécessaires pour apprécier l'efficacité des règles procédurales et permettre à la juridiction étatique de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence, notamment dans le cas où les arbitres ne se sont pas conformés aux règles⁷⁴⁹.

Ainsi, il paraît que le contenu de cet article présente des « carences », dans le sens où il ne fournit aucun critère permettant aux juridictions d'apprécier l'irrégularité des procédures arbitrales, pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, notamment quand les arbitres ne les suivent pas⁷⁵⁰. Certains auteurs, ont affirmé que toute atteinte procédurale devrait aboutir à la non-exécution de la sentence, notamment lorsque la sentence aurait été différente, dans le cas où la procédure avait été suivie à la lettre⁷⁵¹.

Dans ce cas, le sérieux de la procédure ou son aspect matériel défectueux ne sont pas pertinents. Cependant, certains considèrent que les atteintes aux procédures arbitrales autres que celles portant sur la constitution du tribunal arbitral sont couvertes par l'article V al.1^{er} (d), notamment lorsqu'il y a une atteinte sérieuse, matérielle ou un préjudice matériel à l'une des parties au litige⁷⁵². Pour affirmer la portée de cet article, il convient de revoir la jurisprudence afin de clarifier son champ d'application

⁷⁴⁹ Sigvard Jarvin, « Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.756.

⁷⁵⁰ J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p.840.

⁷⁵¹ Sigvard Jarvin, « Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.742.

⁷⁵² *Ibid.*, p.741-742.

Certaines juridictions adoptent une approche contraire à l'esprit de la Convention de New York qui favorise la facilité d'exécution des sentences arbitrales, dans le sens où elles considèrent que toute irrégularité procédurale, étant un motif de refus, est couverte par les dispositions de l'article V al.1^{er} (d). En 2007, la Cour Suprême Chinoise a refusé d'exécuter une sentence arbitrale adoptée en 2005 par la *Fédération des Oils, Seeds and Fats Associations* (FOSFA) à Londres, au motif que FOSFA aurait violé les règles arbitrales⁷⁵³. Selon les dispositions de l'article 1^{er} al. (f) des règles de la FOSFA, il incombait à cette dernière de contacter la partie qui n'avait pas encore nommé un arbitre ou qui avait changé d'arbitre et lui donner un délai de quatorze jours pour nommer son arbitre.

En l'espèce, l'arbitre de la partie chinoise s'était retiré de la procédure arbitrale et au lieu d'accorder à la partie chinoise l'opportunité de nommer un autre arbitre, FOSFA en avait directement nommé un autre à sa place. Selon la Cour suprême Chinoise, cela constituait une atteinte aux règles arbitrales et par conséquent à la convention d'arbitrage, notamment la clause portant sur la composition du tribunal arbitral. Elle a donc refusé l'exécution de la sentence, conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} (d) de la Convention de New York.

En revanche, certaines juridictions ont adopté une approche favorable à l'esprit de la Convention de New York, en exigeant l'existence d'irrégularités sérieuses, des procédures défectueuses ou de la mauvaise intention et de la manipulation sur le fondement d'une atteinte à l'article V al.1^{er} (d). En conséquence, toute violation de la convention d'arbitrage et de la procédure arbitrale n'entraîne pas nécessairement l'application de l'article V al.1^{er} (d)⁷⁵⁴. En outre, tout changement de la procédure initiale prévue dans la convention d'arbitrage n'implique pas automatiquement un refus de la juridiction compétente pour

⁷⁵³ Jingzhou Tao, « Arbitration Law and Practice in China », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p. 165.

⁷⁵⁴ Sigvard Jarvin, « Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.730.

reconnaître et pour exécuter la sentence arbitrale⁷⁵⁵. Il est donc très difficile de parvenir à une application uniforme de cet article.

L'affaire *Compagnie des Bauxites de Guinée c./ Hammermills*⁷⁵⁶ a mis l'accent sur le préjudice substantiel subi par l'une des parties, en raison d'une irrégularité procédurale. Dans les faits, la Cour américaine de Washington DC a rejeté l'argument du demandeur, selon lequel l'arbitre aurait porté atteinte aux règles de procédure de la CCI, en insérant dans la sentence arbitrale le montant des frais légaux après que cette Chambre avait examiné le texte de la sentence. Selon le demandeur, l'arbitre a violé la procédure prévue par la CCI et de ce fait, la convention d'arbitrage conclue selon la Convention de New York.

La Cour américaine a refusé de retenir que l'objectif de l'article V al.1^{er} (d) était de permettre aux juridictions d'examiner toutes les procédures appliquées par les arbitres et d'écarter toute sentence arbitrale qui porterait atteinte aux procédures mises en place par la CCI. En effet, une telle interprétation limite l'exécution des dispositions de la Convention de 1958 et son objectif de franchir tous les obstacles susceptibles de limiter l'exécution des sentences arbitrales. Selon la Cour américaine, une meilleure solution serait d'écarter la sentence arbitrale, dans la mesure où cette dernière résulte d'une atteinte à la procédure arbitrale et d'un préjudice substantiel à la partie plaignante⁷⁵⁷.

De surcroît, un autre arrêt rendu par la jurisprudence américaine, illustre le fait que l'irrégularité procédurale doit être « substantielle ». Ainsi, dans l'affaire *Tongyuan (YSA) International Trading Group c./ Uni-Clan Ltd*⁷⁵⁸, la juridiction américaine a retenu que l'atteinte à la procédure arbitrale prévue dans une convention d'arbitrage devait être substantielle. Dans une autre affaire américaine, *Encyclopaedia Universalis S.A. c./ Encyclopaedia Britannica, Inc.*⁷⁵⁹, les parties avaient prévu de recourir à un troisième arbitre, nommé par les deux arbitres et le Président du tribunal de commerce du Luxembourg dans le

⁷⁵⁵ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.290.

⁷⁵⁶ XVIII Y.C.A. 566 (1993).

⁷⁵⁷ *Compagnie des Bauxites de Guinée c./ Hammermills*, XVIII Y.C.A. 566 (1993), p.571.

⁷⁵⁸ XXVI Y.C.A. 886 (2001) p. 892.

⁷⁵⁹ 403 F.3d 85 (2d Cir. 2005).

cas où les deux arbitres seraient incapables de trancher le litige. Les deux arbitres nommés ont entamé la procédure arbitrale, mais n'ont pas pu nommer un troisième arbitre. Un des arbitres décida de saisir le tribunal du Luxembourg pour nommer un Président pour le tribunal arbitral. L'autre partie s'y opposa quinze jours après, mais le tribunal du Luxembourg avait déjà nommé un arbitre.

La Cour d'appel américaine a refusé l'exécution de la sentence arbitrale à New York, au motif que la composition du tribunal arbitral n'était pas conforme à la convention d'arbitrage. La Cour a soutenu que la nomination d'un troisième arbitre n'était pas une banale question de forme. Elle a ajouté que l'article V al.1^{er} (d) de la Convention de New York souligne bien l'importance de la composition du tribunal arbitral et de l'obligation de sa conformité à la convention d'arbitrage, sous peine d'aboutir au refus d'exécution de la sentence arbitrale. La Cour confirma alors la décision de la Cour américaine de première instance, portant refus d'exécution de la sentence arbitrale, pour défaut de nomination d'un troisième arbitre, retenant que la composition du tribunal arbitral n'était pas conforme à la convention d'arbitrage.

Certaines juridictions exigent l'atteinte à une procédure principale pour accueillir la requête d'une partie sur le fondement de la violation de l'article V al.1^{er} (d). Dans l'affaire *K Trading Co. c./ Bayerische Motoren Werke AG*⁷⁶⁰, en 2004, la Cour d'appel du Bavaria a retenu que, dans le cas d'une atteinte à la procédure arbitrale, il fallait distinguer entre la procédure « *essentielle* » et la procédure « *non-essentielle* » et défectueuse, bien que cette distinction ne figure pas dans le texte, même à l'article V al.1^{er} (d) ou dans la convention d'arbitrage. La procédure arbitrale est considérée comme essentielle, dès lors qu'il est établi que la sentence arbitrale aurait été différente si la procédure avait été respectée.

De même, la Cour d'appel de Bavaria a retenu qu'après l'examen des conditions d'application de l'article V al.1^{er} (d), il était possible de conclure que seule la procédure « *essentielle* » pouvait être considérée comme un motif de refus d'exécution d'une sentence,

⁷⁶⁰ XXX Y.C.A. 568 (2005).

notamment dans le cas où la sentence aurait pu être différente⁷⁶¹. Ainsi, l'application de l'article V intervient dans un cadre assez restrictif.

En revanche, certaines juridictions ont accordé l'exécution d'une sentence arbitrale, malgré l'existence d'irrégularité procédurale substantielle relative à la composition du tribunal arbitral. Ainsi, dans l'affaire *Zelier c./ Deitsch*⁷⁶² portait sur une question d'exécution d'une sentence et sur la composition d'un tribunal arbitral. En l'espèce, Israël avait décidé de mettre fin à certaines affaires commerciales familiales, la famille en question résidant aux Etats-Unis. Les parties ont accepté de soumettre leur différend à l'arbitrage auprès de *Beth Din*, un tribunal juif religieux composé de trois rabbins nommés. Ces rabbins appliquaient évidemment la loi juive. L'arbitrage commença sous la direction de trois rabbins, mais avant la conclusion, un rabbin démissionna du tribunal. La partie qui avait nommé ce rabbin refusa alors de participer à l'arbitrage, en affirmant qu'un nouveau tribunal arbitral devait être formé. Malgré l'absence de l'une des parties au conflit, les deux rabbins adoptèrent une sentence arbitrale. La partie à l'encontre de laquelle la sentence a été rendue intenta un recours en justice pour s'opposer à l'exécution de la sentence.

En première instance, cette partie démontra l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral et l'atteinte ainsi portée à la volonté des parties. Mais, la Cour d'appel rejeta la décision du Tribunal de première instance américaine, en retenant que les parties à la convention d'arbitrage n'avaient pas limité la composition du tribunal arbitral à deux arbitres et qu'elles n'avaient pas prévu la procédure à suivre, en cas de démission de l'un des arbitres. La Cour ajouta en outre que le troisième rabbin avait longuement examiné l'affaire avant son départ. Autoriser la suspension de la procédure arbitrale, en raison d'une démission d'un arbitre, revenait à créer l'opportunité pour une manipulation de mauvaise foi de la procédure arbitrale.

Par ailleurs, certaines juridictions étatiques réclament le fait de disposer d'un pouvoir discrétionnaire résiduel, pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence

⁷⁶¹ Cour d'appel de Bavière. (Bayerisches Oberstes Landesgericht), 23 Septembre, 2004, 4Z Sch 005/04, 573; 30 Y.C.A. 573 (2005).

⁷⁶² 500 F.3d 157 (2d Cir. 2007).

arbitrale, conformément aux dispositions de l'article V de la Convention de New York. En effet, beaucoup de juridictions ont adopté une approche favorable à l'exécution de la convention d'arbitrage, en accordant ainsi une interprétation restrictive des dispositions de l'article V al.1^{er} (d) de la Convention de New York⁷⁶³, comme étant un motif de refus d'exécution des sentences arbitrales.

C'est pourquoi, certaines juridictions emploient leur pouvoir discrétionnaire pour faire exécuter une sentence arbitrale et cela malgré l'existence d'une irrégularité au niveau de la composition du tribunal arbitral. Ainsi, dans l'affaire *China Nanhai Oil Joint Service Corp. Shenzhen Branch c./ Gee Tai Holdings Co.*⁷⁶⁴, la Cour suprême de Hong Kong a souligné l'importance de son pouvoir discrétionnaire résiduel pour autoriser l'exécution d'une sentence arbitrale, adoptée en Chine, alors que l'irrégularité procédurale relative à la composition du tribunal arbitral n'était pas conforme à la volonté des parties.

Selon le juge Kaplan, les arbitres n'avaient pas la compétence nécessaire pour trancher le litige, en ce que les parties n'avaient pas décidé de faire appel à des arbitres exigés par les parties. Toutefois, et malgré le fait que la Convention de New York précise les motifs de refus ou de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale, la juridiction étatique préserve un pouvoir discrétionnaire résiduel⁷⁶⁵.

La Cour commerciale anglaise a adopté la même position sur le pouvoir discrétionnaire résiduel. Dans l'affaire *China Agribusiness Development Corporation c./ Balli Trading*.⁷⁶⁶, la partie qui s'opposait à l'exécution de la sentence arbitrale (*Balli*) invoquait une atteinte à la convention d'arbitrage. Lorsque la convention avait été conclue, les parties avaient décidé de recourir aux services arbitraux d'un organisme particulier dénommé « *FETAC* », en cas de conflit. Or, dans les faits, au cours du conflit, *FETAC* a été remplacée par une autre institution arbitrale appelé « *CIETAC* ». Selon le défendeur (*Balli*),

⁷⁶³ Sigvard Jarvin, « Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.747.

⁷⁶⁴ XX Y.C.A. 671 (1995).

⁷⁶⁵ *China Nanhai Oil Joint Service Cpn c./ Gee Tai Holdings Co Ltd*, XX Y.C.A. 671 (1995), p.677.

⁷⁶⁶ [1998] 2 Lloyd's Rep. 76.

ce changement de procédure arbitrale n'était pas conforme à la volonté des parties. La juridiction d'exécution a rejeté cet argument d'objection, au motif que les parties avaient consenties à recourir aux services de FETAC ou à son successeur. En conséquence, malgré l'existence d'un motif légitime de refus d'exécution de la sentence arbitrale, la juridiction de cette exécution préserve son pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser l'exécution de la sentence arbitrale.

Par ailleurs, dans certaines juridictions, le recours aux dispositions de l'article V al.1^{er} (d) peut être exclu, lorsque la partie qui demande le refus d'exécution de la sentence, ne s'est pas opposée à l'irrégularité de la procédure arbitrale, dans le pays où la sentence arbitrale a été rendue⁷⁶⁷. Cette partie qui a demandé le refus d'exécution de la sentence, renonce par conséquent à son droit d'invoquer les dispositions de cet article. D'ailleurs, si cette même partie a participé à la procédure arbitrale, sans avoir à aucun moment présenté une objection du fait qu'il y ait un seul arbitre comme étant une irrégularité procédurale, il est alors peu probable que la juridiction retienne les arguments s'opposant à l'exécution de la sentence⁷⁶⁸.

Dans l'arrêt *Imperial Ethiopian Government c./ Baruch-Foster Corp.*⁷⁶⁹, après l'adoption de la sentence arbitrale, la partie à l'encontre de laquelle celle-ci avait été rendue *Baruch-Foster* a découvert que le troisième arbitre avait participé à la rédaction du Code civil éthiopien et avait donc travaillé pour le gouvernement de ce pays, qui constituait la partie adverse dans le cadre de ce litige. *Baruch-Foster* a invoqué l'irrégularité procédurale de la composition du tribunal arbitral, au motif que le troisième arbitre n'aurait pas dû avoir de relation, directe ou indirecte, avec aucune des deux parties. La Cour américaine a accordé l'exécution de la sentence, en retenant que *Baruch-Foster* avait renoncé à son droit de s'opposer à la composition du tribunal arbitral. *Baruch-Foster* déposa un recours en appel en invoquant l'erreur de droit. La Cour d'appel américaine a confirmé la portée de la décision rendue en première instance, au motif que les allégations de *Baruch-Foster* n'étaient pas substantielles et que le tribunal arbitral avait adopté la bonne décision.

⁷⁶⁷ Karl-Heinz Böckstiegel et Stefan M. Kröll, « Arbitration in Germany: The Model Law in Practice », *Kluwer Law International*, (2007), p.545.

⁷⁶⁸ D. Sutton, J. Gill et M. Gearing, « Russell on Arbitration », 23^{ème} Edition, *Sweet&Maxwell*, (2007), p. 468.

⁷⁶⁹ 535 F.2d 334 (5th Cir. 1976).

Pour conclure, il est vrai que les dispositions de l'article V al.1^{er} (d) de la Convention de New York affichent clairement la suprématie de la volonté des parties sur la loi nationale. Cependant, il n'existe pas de consensus entre les différentes juridictions nationales. De nombreux conflits existent donc en ce qui concerne les différentes procédures à suivre par les parties et par la loi du lieu de l'arbitrage.

Il n'existe pas non plus d'interprétation uniforme faite par les différentes juridictions, en matière des irrégularités et des atteintes aux dispositions de l'article V al.1^{er} (d), de la Convention de New York. Faut-il pour autant refuser l'exécution de la sentence arbitrale ? Dans cette perspective, la Convention ne fournit pas les critères nécessaires permettant aux juridictions de déterminer l'irrégularité d'une procédure arbitrale et de refuser ainsi la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale. Par conséquent, la Convention ne précise pas si l'irrégularité doit avoir été la cause d'un préjudice ou de toute autre conséquence sur la procédure. En outre, selon certaines juridictions, la formulation de l'article V est « *permissive* » et « *non impérative* ». Même s'il existe des atteintes procédurales, il appartient donc aux juridictions d'exécution de prononcer l'exécution de la sentence⁷⁷⁰. Il ressort donc clairement de tout ce qui précède qu'on est toujours loin de parvenir à une application uniforme de l'article V al.1^{er} (d). Il en est d'ailleurs de même de l'hypothèse où la sentence est devenue « *non-obligatoire* », « *annulée* » ou « *suspendu* », dans son pays d'origine (**Section V**).

Section V :

La sentence non-obligatoire ou annulée ou suspendue dans son pays d'origine:

L'article V al. 1^{er} (e) stipule 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* »

⁷⁷⁰ Sigvard Jarvin, « Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.745.

De toutes les dispositions de l'article V al.1^{er}, le paragraphe (e) est le plus problématique, notamment au niveau de son application, en ce qu'il constitue une source riche de commentaires et de débats dans la communauté arbitrale internationale. En effet, ce paragraphe présente le plus de problèmes en comparaison des autres paragraphes de cet article⁷⁷¹.

L'article V al.1^{er} (e) organise des moyens différents, permettant aux autorités juridictionnelles de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale : quand la sentence n'est pas devenue obligatoire (**Paragraphe I**), ou annulée (**Paragraphe II**), ou suspendue (**Paragraphe III**), par l'autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi de laquelle, la sentence a été rendue.

Paragraphe I- La sentence « non-obligatoire » :

Selon l'article 1^{er} al. (d) de la Convention de Genève de 1927, la sentence doit être « *finale* », afin d'être exécutée. Plusieurs arrêts jurisprudentiels ont considéré qu'il incombe à la partie de faire reconnaître et exécuter la sentence dans son pays d'origine, avant de la faire exécuter dans un autre pays⁷⁷². Il faut donc un « *double exequatur* ».

En plus du terme « *finale* », mis en place par la Convention de Genève, le projet de 1955, soumis par le Conseil économique et social a ajouté l'expression « *opérationnelle* ». La Convention de New York a remplacé cette expression par le terme « *obligatoire* »⁷⁷³. Or, ce terme a été la source d'un grand débat au cours des travaux préparatoires de cette Convention, et a créé beaucoup de confusion pour plusieurs pays⁷⁷⁴. La délégation guatémaltèque a interprété le terme « *obligatoire* » comme synonyme de « *finale* », c'est-à-dire que la sentence ne peut plus être l'objet d'un recours. D'après cette délégation, la

⁷⁷¹ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4^{ème} Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, (2004), p.537.

⁷⁷² A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Dispute », *Oxford*, (2007), p.420.

⁷⁷³ P. Sanders, « The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards », 6(1) *Netherlands Int. L. Rev.* 43, (1959), p. 55.

⁷⁷⁴ Hamid G. Gharavi, « The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral award », *Kluwer Law International*, (2002), p.60.

sentence ne devient obligatoire qu'après avoir épuisé toutes les voies de recours, ordinaires et extraordinaires⁷⁷⁵.

En outre, la délégation italienne a adopté cette position en considérant la sentence comme obligatoire, à partir de l'épuisement de toutes les voies de recours ordinaires et extraordinaires, alors que la délégation turque a considéré la sentence comme obligatoire à partir du moment où elle est rendue⁷⁷⁶.

Les rédacteurs de la Convention de New York ont délibérément choisi l'expression « *non-obligatoire* », plutôt que « *finale* ». En effet, ils ont voulu simplifier et faciliter l'exécution de la sentence⁷⁷⁷. Pour cela, le double exequatur n'est pas exigé pour son exécution, conformément aux dispositions de la Convention de New York⁷⁷⁸.

Toutefois, le terme « *obligatoire* » est le résultat d'un compromis et de longs débats enregistrés au cours de la conférence de New York. Ces débats reflètent la confusion des délégations, quant au sens précis du terme « *obligatoire* ». En réalité, il existe un grand risque d'adoption d'interprétations différentes, selon les pays d'exécution de la sentence ; il est possible que le défendeur essaye de rapporter aux autorités compétentes la preuve que la sentence est « *non-obligatoire* »⁷⁷⁹. Quel est donc la définition de la sentence « *obligatoire* » (**Sous-Paragraphe 1**), et à partir de quel moment devient-elle obligatoire (**Sous-Paragraphe 2**)?

⁷⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p.213.

⁷⁷⁸ A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p.420.

⁷⁷⁸ Hamid G. Gharavi, « The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral award », *Kluwer Law International*, (2002), p.60.

⁷⁷⁹ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 2817.

Sous-Paragraphe 1 : La définition de la sentence obligatoire :

Selon la jurisprudence, il incombe à la partie contre laquelle l'exécution est recherchée de rapporter la preuve que la sentence est « *non-obligatoire* »⁷⁸⁰. Malheureusement, en pratique, le terme « *obligatoire* » a été la source d'une controverse et la Convention de New York n'a apporté aucune précision relative à ce terme⁷⁸¹.

Monsieur J. Robert expose qu' « *il est évident, après qu'on ait renoncé à exiger l'extinction des voies de recours dont était susceptible la sentence, qu'il ne faut pas comprendre le terme « obligatoire», comme signifiant qu'elle a acquis la force de chose jugée, mais seulement qu'elle lie les parties avec l'autorité de la chose jugée. « obligatoire» est seulement ici la traduction du terme anglais « binding » , dont le sens n'est pas douteux* »⁷⁸².

Ainsi, le terme obligatoire présente plusieurs définitions. A titre d'exemple, une sentence arbitrale peut être considérée comme obligatoire, conformément aux dispositions de la Convention de New York quand : (a) elle est adoptée par un tribunal arbitral, peu importe qu'il soit possible de suspendre son exécution ou de la réviser conformément aux dispositions d'une loi étrangère ; (b) elle est adoptée par un tribunal arbitral sans possibilité d'intenter un recours en appel, auprès d'une institution arbitrale compétente ; (c) elle est adoptée par un tribunal arbitral, sans qu'aucun recours juridictionnel ne soit intenté auprès d'une autorité arbitrale ; (d) elle est adoptée par un tribunal arbitral, soit que le délai pour intenter un recours ordinaire en annulation selon la loi locale a expiré, soit qu'un tel recours ait été intenté, mais sans succès ; (e) elle est adoptée par un tribunal arbitral alors, soit que le délai pour intenter un recours extraordinaire en annulation selon la loi locale a expiré, soit qu'un tel recours ait été intenté, mais sans succès ; (f) elle est adoptée par un tribunal arbitral et par un tribunal local ; (g) elle est adoptée par un tribunal arbitral alors, soit que toutes les options

⁷⁸⁰ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.310.

⁷⁸¹ *Ibid.*, p.311.

⁷⁸² Jean Robert, « La Convention de New York du 8 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *Dalloz, Chron.* (1958), p. 79.

juridictionnelles prévues dans les paragraphes (a)-(f) ont été épuisées, soit que le délai ait expiré⁷⁸³.

Il est donc clair que le terme obligatoire présente plusieurs acceptions, selon la loi applicable. La question qui se pose ici est celle de savoir si le terme obligatoire doit bénéficier d'une interprétation autonome conforme aux dispositions de la Convention de New York ou d'une interprétation conforme à la loi nationale applicable à la sentence arbitrale⁷⁸⁴ ?

Un certain courant doctrinal a encouragé l'adoption d'une interprétation autonome du terme « *obligatoire* », tout en permettant plusieurs interprétations⁷⁸⁵. De plus, certains arrêts jurisprudentiels ont même proposé une interprétation autonome de l'engagement même qu'implique la sentence. Ainsi, dans l'arrêt *Compagnie Inter-Arabe de Garantie des Investissements c./ Banque Arabe et Internationale des Investissements*⁷⁸⁶, la Cour de cassation française a affirmé que la nature obligatoire de la sentence arbitrale n'est pas déterminée en fonction de la loi du lieu où la sentence a été adoptée, mais conformément à une interprétation autonome de la Convention de New York.

D'autres juridictions ont adopté une approche autonome différente, en se référant à la convention d'arbitrage conclue entre les différentes parties, plutôt qu'à la loi nationale, en vertu de laquelle la sentence a été rendue. Dans l'affaire *Inter-Arab Investment Guarantee Corp c./ Banque Arabe et Internationale d'investments*⁷⁸⁷, la Cour suprême belge a retenu que la loi qui détermine la nature obligatoire de la sentence est la loi applicable à la convention d'arbitrage ; la loi prévue à cette fin est la loi du pays qui a adopté la sentence. En l'espèce, les parties avaient consenti de recourir à l'arbitrage en Jordanie. Selon la loi jordanienne, la sentence arbitrale devient obligatoire, après avoir obtenu la confirmation des juridictions jordaniennes. Or, la convention d'arbitrage considère la sentence arbitrale comme

⁷⁸³ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 2818.

⁷⁸⁴ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p.716.

⁷⁸⁵ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.312; Albert Jan van den Berg, « New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement », 18(2) *ICC International Court of Arbitration. Bulletin*15, (2007), p.29.

⁷⁸⁶ 4 *ASA Bulletin* 719 (1998) p.719.

⁷⁸⁷ Cour de cassation, 5 Juin 1998, 4 *Rev. Arb* 715 (1998).

obligatoire à partir du moment où elle est rendue. Afin de déterminer la nature obligatoire de la sentence, la Cour suprême belge a retenu la disposition contractuelle et a écarté celles de la loi jordanienne.

Toutefois, il est possible de dire que la nature obligatoire d'une sentence ne peut pas exister en soi, mais doit être attachée à un système juridique qui la reconnaît en tant que telle⁷⁸⁸. Cela implique que la nature obligatoire de la sentence arbitrale soit analysée à la lumière de la loi arbitrale applicable. De plus, il faut prendre en considération que la Convention de New York a été rédigée et signée dans les années 1950, une période pendant laquelle le siège arbitral avait une grande importance. Il est donc difficile d'admettre que la Convention de New York ait voulu accorder à la nature obligatoire de la sentence une interprétation autonome relevant uniquement de la Convention elle-même et indépendante du système juridique applicable⁷⁸⁹.

Une autre interprétation du terme « *obligatoire* » peut être avancée : il s'agit de considérer la sentence comme obligatoire, à partir du moment où elle est reconnue comme telle par la loi du pays d'origine. Certains juristes sont parvenus à cette conclusion en affirmant que l'article V al.1 (e) stipule expressément que l'annulation ou la suspension de la sentence dépend de la procédure du pays d'origine⁷⁹⁰. Le terme obligatoire apparaît dans le même article afférent à l'annulation et à la suspension (article V al.1 (e)), il est donc raisonnable de dire que tous les trois relèvent de la loi du pays d'origine.

Aussi, les différentes juridictions soutiennent l'idée que l'interprétation du terme « *obligatoire* » doit relever de la loi nationale, c'est-à-dire la loi du pays où la sentence a été adoptée. Ainsi, dans l'affaire *Saint Gobain c./ Fertilizer Corp of India Ltd*⁷⁹¹, le défendeur français s'est opposé à une requête d'exécution d'une sentence adoptée en Inde, tout en se fondant sur le fait que la sentence n'a pas été confirmée par les juridictions indiennes, elle

⁷⁸⁸ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.312.

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ *Ibid.*

⁷⁹¹ Cour d'appel de Paris, I Y.C.A. 184 (1976).

n'est donc pas obligatoire. La Cour a retenu que le défendeur n'a pas réussi à rapporter la preuve de la nature « *non-obligatoire* » de la sentence, dans le pays où elle a été adoptée (l'Inde).

Toutefois, certains arrêts se réfèrent à la loi du pays d'exécution de la sentence arbitrale. Dans l'affaire *Carters (Merchants) Ltd c./ Francesco Ferraro*⁷⁹², la Cour d'appel de Naples a retenu que la validité d'une sentence, ainsi que sa nature obligatoire sont déterminées en fonction de la loi du pays où l'exécution est recherchée. Néanmoins, on pourra s'interroger sur le moment à partir duquel la sentence devient obligatoire pour les parties à l'arbitrage (**Sous-Paragraphe 2**) ?

Sous-Paragraphe 2- Le moment à partir duquel la sentence devient obligatoire :

Les interprétations et la détermination de la nature obligatoire d'une sentence varient en fonction des juridictions nationales, d'autant plus que les critères applicables pour cette détermination changent selon les systèmes juridiques. Certaines législations suggèrent que la sentence soit obligatoire à partir du moment où elle est rendue, c'est par exemple le cas de la législation suisse qui estime que la sentence devient obligatoire, quand elle est adoptée. De même, la Cour suprême suédoise a décidé que la sentence devient susceptible d'exécution dès son adoption par le tribunal arbitral et elle s'impose donc aux parties⁷⁹³.

Toutefois, d'autres juridictions ont exigé beaucoup plus que la simple nature obligatoire de la sentence. Ainsi, dans l'affaire *Fertilizer Corporation of India c./ IDI Management Inc*⁷⁹⁴, la Cour américaine a considéré la sentence comme obligatoire, à partir du moment où un recours n'est plus possible auprès d'un autre tribunal arbitral. Le fait que le recours en appel auprès d'un tribunal juridictionnel soit possible, n'empêche pas la sentence de devenir obligatoire pour les parties. En outre, dans l'arrêt *Joseph Muller AG c./*

⁷⁹² Corte di Appello di Napoli, IV Y.C.A. 275 (1979).

⁷⁹³ *AB Gotaverken c./ Libyan General Maritime Transport Co*, V Y.C.A. 237(1981).

⁷⁹⁴ VII Y.C.A 382 (1982).

*Bergesen*⁷⁹⁵, une autre Cour américaine a affirmé que la sentence ne devient obligatoire qu'après l'expiration du délai du recours contre cette sentence.

En France, dans l'affaire *Saint Gobain c./ Fertilizer Corp of India Ltd*⁷⁹⁶, le TGI de Paris a affirmé que la sentence est obligatoire quand (a) il n'y a aucune irrégularité dans la sentence et (b) quand elle est conforme aux exigences formelles requises par la sentence arbitrale. La sentence devient donc obligatoire quand les deux conditions sont présentes et cela conformément aux dispositions de la Convention de New York.

Par ailleurs, en droit espagnol, dans l'affaire *Pavan S R L c./ Leng D'Or S A, Auto del Juzgado de Primera Instancia No 3 de Rubí de 11 de junio de 2007*⁷⁹⁷, la Cour espagnole a été amenée à décider si la sentence, objet d'une procédure d'annulation, pouvait être considérée comme obligatoire pour les parties, conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} (e) de la Convention de New York. Selon la Cour, le terme obligatoire ne signifie pas « exécutable » ou « insusceptible de recours ». Il doit être interprété comme étant une sentence « définitive », c'est-à-dire une sentence qui met fin à une procédure arbitrale. La Cour espagnole s'est référée à l'interprétation fournie par le TGI de Paris dans l'affaire *Saint Gobain c./ Fertilizer Corporation of India Ltd*⁷⁹⁸, qui a affirmé que la sentence peut être considérée comme obligatoire, dans le sens prévu par la Convention de New York, à partir du moment où elle a été dûment rendue, et où les formalités requises ont été appliquées dans le bon sens. La Cour espagnole a donc suivi la tendance générale des juridictions françaises, dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale annulée par les juridictions arbitrales⁷⁹⁹.

Aux Pays-Bas, la Cour néerlandaise a affirmé, dans l'affaire *SPP (Middle East) Ltd. c./ the Arab Republic of Egypt*⁸⁰⁰, qu'il est impossible de considérer une sentence comme

⁷⁹⁵ IX Y.C.A. 437 (1984).

⁷⁹⁶ Cour d'appel de Paris, I Y.C.A. 184 (1976).

⁷⁹⁷ Ana Morales, « Pavan S R L v Leng D'Or: The Spanish Position on the Enforcement of Foreign Awards When an Action to Set Aside the Award is Pending at the Seat of the Arbitration », 15(1) *IBA Arb. News* 138, (2010), p. 138

⁷⁹⁸ I Y.C.A. 184 (1976).

⁷⁹⁹ Ana Morales, « Pavan S R L v Leng D'Or: The Spanish Position on the Enforcement of Foreign Awards When an Action to Set Aside the Award is Pending at the Seat of the Arbitration », 15(1) *IBA Arb. News* 138, (2010), p. 139.

⁸⁰⁰ X Y.C.A. 487 (1985).

« *non-obligatoire* », dans la mesure où elle fait l'objet d'une procédure d'annulation auprès du tribunal arbitral. Elle a retenu que la sentence arbitrale n'est pas obligatoire, quand elle fait l'objet d'un recours en appel devant une autorité juridictionnelle.

En Belgique, dans l'affaire *Compagnie Inter-Arabe de Garantie des Investissements c./ Banque Arabe et Internationale des Investissements*⁸⁰¹, la Cour de cassation belge a clairement affirmé que la sentence devient obligatoire, au sens de l'article V al.1 (e) de la Convention de New York, quand il ne reste aucun recours susceptible de la modifier. Toutefois, ce critère n'est pas décisif, en ce que le recours peut être extraordinaire et aboutir à la modification de la sentence⁸⁰².

En Italie, la situation est complètement différente. Dans l'affaire *Carters (Merchants) Ltd c./ Francesco Ferraro*⁸⁰³, la Cour d'appel italienne a décidé que la loi italienne exige une autorisation juridictionnelle, comme condition préalable à la considération du caractère obligatoire de la sentence. D'après cette même Cour, la Convention de New York n'a pas fourni de définition spécifique au terme « *obligatoire* ». Toutefois, la majorité des jurisprudences considère la sentence comme obligatoire, à partir du moment où l'appel n'est plus possible⁸⁰⁴.

En guise de conclusion, le refus de l'exécution d'une sentence arbitrale en raison de sa nature non obligatoire a fait l'objet d'un grand débat. Il est vrai que le but de la Convention de New York était de simplifier la procédure par l'introduction du terme « *obligatoire* » et l'élimination du double exequatur. Toutefois, ni l'esprit de la Convention, ni les juridictions ne fournissent une interprétation uniforme de ce terme. De plus, les juridictions ont beaucoup débattu pour identifier la loi applicable au terme « *obligatoire* ». Elles sont parvenues à quatre hypothèses distinctes : la loi applicable peut être une loi autonome, elle peut être une loi prévue par la convention d'arbitrage, une loi du pays

⁸⁰¹ *Rev.arb.* 715 (1998).

⁸⁰² J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p.843.

⁸⁰³ *IV Y.C.A.* 275 (1979).

⁸⁰⁴ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p.212.

d'origine ou une loi du pays d'exécution de la sentence. Cela démontre le défaut d'uniformité dans les interprétations des juridictions nationales du terme « *obligatoire* ».

De plus, pour répondre à la question de savoir à partir de quel moment la sentence devient obligatoire, plusieurs réponses ont été avancées⁸⁰⁵. En effet, les juridictions étudiées ci-dessus ont tendance à employer différents critères pour décider du moment où la sentence devient obligatoire. Ainsi, la détermination du moment à partir duquel la sentence devient obligatoire peut aboutir à plusieurs résultats différents⁸⁰⁶. Que se passe-t-il quand la sentence est annulée (**Paragraphe II**) ?

Paragraphe II- L'annulation de la sentence :

L'article V al.1^{er} (e) de la Convention de 1958, exige que la juridiction d'exécution établisse trois éléments : selon la preuve soumise par la partie qui s'oppose à l'exécution de la sentence, que (1) la sentence arbitrale soit annulée par (2) l'autorité compétente, (3) du pays dans lequel ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue⁸⁰⁷.

La Convention présente beaucoup de critères pour la reconnaissance et l'exécution d'une sentence, quant à la question du réexamen ou de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine⁸⁰⁸. En réalité, les rédacteurs de la Convention de New York se sont intéressés aux relations internationales, à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, plutôt qu'à la question de l'annulation des sentences qui relève du droit interne⁸⁰⁹. En effet, chaque pays a le droit de contrôler des sentences arbitrales rendues sur son territoire. Pour les besoins de cette analyse, il est important de présumer la sentence comme annulée, et l'examen du droit interne concernant l'annulation ne relève pas du cadre de notre étude.

⁸⁰⁵ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.337.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 341.

⁸⁰⁷ Albert Jan van den Berg, « Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia », *27(2) Journal of International Arbitration* 179, (2010), p. 191.

⁸⁰⁸ Linda Silberman, « The New York Convention after Fifty Years: Some Reflections on the Role of National Law », *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 25, (2009), p. 27.

⁸⁰⁹ Ray Y. Chan, « The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of Chromalloy », *17 B.U. Int'l L.J.* 141(1999), p.151.

Monsieur Van Houtte considère qu' : « *il faut toutefois reconnaître que l'hypothèse de l'article V al.1^{er} (e), c'est-à-dire l'annulation par le juge du siège, n'est qu'un motif parmi d'autres pour refus de l'exequatur. Il ne s'agit certainement pas d'une condition d'application de la Convention. En outre, l'exequatur ne dépend jamais du contrôle du juge du siège, parce que la Convention a confié au juge de l'exequatur un contrôle parallèle ..., le fonctionnement de la Convention n'exige donc pas que le juge du siège puisse annuler la sentence; le contrôle du juge de l'exequatur est une garantie suffisante* »⁸¹⁰.

Il nous paraît nécessaire d'aborder dans un premier temps la question de l'autorité compétente du pays où la sentence a été rendue ou de la loi d'après laquelle la sentence a été rendue (**Sous-Paragraphe 1**), pour pouvoir examiner par la suite le champ d'application de la sentence annulée (**Sous-Paragraphe 2**), sa légitimité d'exécution, et les différentes approches dans ce domaine, à savoir l'approche territoriale, l'approche de la délocalisation, et l'approche du compromis (**Sous-Paragraphe 3**).

Sous-Paragraphe 1 : L'autorité compétente :

L'autorité compétente est la juridiction nationale qui dispose de la compétence d'annuler la sentence arbitrale⁸¹¹. L'article V al.1^{er} (e) de la Convention de 1958 accorde ce pouvoir à deux autorités : la juridiction du pays d'origine et la juridiction du pays dont la loi s'applique à la procédure arbitrale. En effet, l'article V al.1^{er} (e) précise que la sentence arbitrale peut être annulée en fonction de l'autorité compétente du pays (i) où la sentence a été adoptée, ou (ii) d'après la loi pour laquelle la sentence a été adoptée.

Les dispositions de l'article V al.1^{er} (e) constituent la source d'un problème d'interprétation, à moins qu'elles ne soient interprétées selon l'objectif général de la Convention de New York⁸¹². Si elles sont interprétées littéralement, il est possible de retenir la compétence des autorités juridictionnelles de deux pays, dans le cadre de l'annulation de la

⁸¹⁰ H. Van Houte, « La loi belge du 2 mars 1985 sur l'arbitrage international », *Rev. arb.*, (1986), p.39.

⁸¹¹ V.S. Deshpande, « Article V.1(e) of the 1958 New York Convention: A Plea for Harmonious and Purposive Interpretation », 8(3) *Journal of International Arbitration* 77, (1991), p.90.

⁸¹² *Ibid.*, p.86.

sentence : la juridiction du pays où la sentence a été adoptée et la juridiction du pays dont la loi a été appliquée pour l'adoption de cette sentence⁸¹³. Cela risque d'être la source d'un conflit de compétence entre les deux juridictions. En théorie, il se peut que les juridictions de plusieurs pays se déclarent comme compétentes. Elles peuvent même adopter des conclusions différentes. Une juridiction peut adopter une sentence et décider de l'exécuter, alors qu'une autre peut décider de l'annuler. Cela risque donc d'aboutir à plusieurs décisions contradictoires et vider la Convention de New York de son sens. Dans une telle hypothèse, le risque d'atteinte à l'objectif de la Convention de New York est réel. Il faut donc éviter toute interprétation littérale de ces dispositions.

De plus, la Convention de New York ne fournit aucun indice sur la détermination de la loi d'après laquelle la sentence a été rendue. Il existe néanmoins trois lois possible: (a) la loi qui s'applique à la procédure arbitrale, c'est-à-dire la loi arbitrale ; (b) la loi prévue par la convention d'arbitrage et (c) la loi matérielle applicable au conflit entre les parties⁸¹⁴.

Dans ce contexte, il est préférable que la juridiction ayant compétence pour annuler la sentence soit la juridiction du pays où la sentence a été rendue. L'exception à cette règle est de considérer comme compétente la loi d'après laquelle la sentence a été rendue. Cela s'applique dans des circonstances exceptionnelles, notamment dans le cas où les parties retiennent que la loi applicable à la procédure arbitrale est différente de la loi applicable où la sentence a été rendue⁸¹⁵. En théorie, il se peut qu'une sentence adoptée dans un pays fasse l'objet d'une opposition dans un autre pays. La République Fédérale allemande est l'un des rares pays, qui permette à ses juridictions internes d'annuler une sentence arbitrale, alors qu'elle a été adoptée dans un autre pays. En pratique, il semble que ce problème ne se soit jamais posé⁸¹⁶.

⁸¹³ *Ibid.*, p.77

⁸¹⁴ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto & Nicola Christine Port, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, P.321

⁸¹⁵ V.S. Deshpande, « Article V.1(e) of the 1958 New York Convention: A Plea for Harmonious and Purposive Interpretation », 8(3) *Journal of International Arbitration* 77, (1991), p.79; Vesna Lazic, « Enforcement of an Arbitral Award Annulled in the Country of Origin », 13 *Croat. Arbit. Yearb.* 179, (2006), p.198.

⁸¹⁶ V.S. Deshpande, « Article V.1(e) of the 1958 New York Convention: A Plea for Harmonious and Purposive Interpretation », 8(3) *Journal of International Arbitration* 77, (1991), p.80.

Plusieurs problèmes peuvent surgir en raison de l'application de critères différents pour la détermination de la juridiction compétente pour annuler une sentence arbitrale⁸¹⁷. Toutefois, les juridictions font de plus en plus attention à cette question. Plusieurs juristes et juridictions acceptent de se référer à la loi s'appliquant à la procédure arbitrale, plutôt qu'à la loi matérielle régissant les conflits entre les parties⁸¹⁸.

Aux Etats-Unis, dans l'affaire *Karaha Bodas Co. LLC c./ Pertamina*⁸¹⁹, l'entreprise Karaha Bodas (*KBC*) enregistrée aux îles Caïmans s'est jointe à trois entreprises américaines et à une entreprise locale d'Indonésie, afin de construire une centrale géothermale en Indonésie. En 1994, *KBC* a signé un contrat d'opération jointe avec *Pertamina*, une entreprise publique propriété de l'Etat indonésien, alors que *KBC* a été nommée comme contractante exclusive pour l'exploration et le développement de l'énergie géothermale dans l'Ouest de Java. En 1994, un contrat de vente d'énergie a été signé entre *P.T.PLN* (*Persero*), une entreprise publique d'électricité, propriété de l'Etat indonésien et *Pertamina* et *KBC*.

Les deux contrats étaient soumis à la loi indonésienne et comportaient une clause arbitrale selon laquelle l'arbitrage aurait lieu à Genève, selon les règles arbitrales de 1976 de la CNUDCI. Ils prévoyaient aussi la procédure de nomination des arbitres et considéraient le Secrétaire Général du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, comme l'autorité compétente. En conséquence du problème économique asiatique de 1997, le gouvernement indonésien a suspendu le projet par décrets de 1997 et 1998. Par ailleurs, *KBC* a eu recours à l'arbitrage, conformément aux dispositions de la clause arbitrale. Le tribunal a adopté une sentence en faveur de *KBC*, ordonnant à *Pertamina* de payer plus que 260 millions de dollars américains.

Pertamina a intenté un recours en annulation de la sentence en Suisse. Sa tentative a échoué, parce qu'elle n'a pas payé les frais de dépôt du recours dans les délais prévus par la

⁸¹⁷ Vesna Lazic, « Enforcement of an Arbitral Award Annulled in the Country of Origin », 13 *Croat. Arbit. Yearb.* 179 (2006), p.200.

⁸¹⁸ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.321.

⁸¹⁹ *Karaha Bodas Co c./ Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335 F.3d (5th Cir. 2003).

loi suisse. *KBC* s'est fondé sur la Convention de New York de 1958, pour exiger l'exécution de la sentence par la Cour américaine de Texas. Celle-ci a autorisé l'exécution de la sentence. *Pertamina* a intenté un recours en annulation de la sentence en Indonésie, elle a aussi cherché à obtenir une injonction contre *KBC* pour l'empêcher d'exécuter la sentence partout dans le monde. Par la suite, *KBC* a obtenu de la Cour américaine de Texas une injonction temporaire contre *Pertamina*, l'ordonnant ainsi de retirer sa requête d'injonction en Indonésie. La Cour indonésienne a émis une injonction interdisant à *KBC* d'exécuter la sentence partout dans le monde, sous astreinte de 500,000 dollars américains par jour. La Cour américaine de Texas a adopté une injonction préliminaire, prohibant *Pertamina* d'exécuter son injonction en Indonésie.

La Cour de Jakarta a par ailleurs retenu sa compétence, conformément aux dispositions de la Convention de New York de 1958 et a annulé la sentence. Elle a affirmé que celle-ci est contraire à la Convention de New York et à la loi arbitrale indonésienne. En même temps, l'injonction préliminaire a été transformée en une injonction permanente. La requête de *Pertamina* en annulation de la décision confirmant la sentence a été rejetée par la Cour américaine du Texas. Cette dernière a retenu que l'annulation de la sentence en Indonésie n'a rapporté aucune preuve contre la décision confirmant la sentence, en ce que la sentence a été adoptée conformément aux dispositions de la loi arbitrale suisse.

Pertamina a formé un recours en appel contre la décision de la Cour américaine de Texas. La Cour d'appel américaine du cinquième circuit a rendu un arrêt le 18 juin 2003 rejetant l'injonction préliminaire adoptée par la Cour américaine du Texas⁸²⁰. Dans sa décision du 23 mars 2004, la même cour a confirmé la décision de la Cour américaine du Texas autorisant l'exécution de la sentence⁸²¹. Le 4 octobre 2004, les Etats-Unis ont rejeté le recours de *Pertamina* contre l'arrêt de la Cour d'appel américaine du cinquième circuit. L'arrêt est alors devenu définitif et *KCB* a obtenu l'exécution de la sentence à Hong Kong et

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 357.

⁸²¹ *Karaha Bodas Co c./ Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F. 3d 274 (5th Cir. 2004)

aux Etats-Unis. La Cour de Hong Kong et les juridictions américaines ont autorisé l'exécution de la sentence, malgré son annulation en Indonésie⁸²².

Pertamina s'est opposée à l'exécution de la sentence, en affirmant que la sentence a été annulée par une autorité indonésienne compétente et que la sentence a initialement été adoptée conformément à la loi du pays d'origine de la sentence (l'Indonésie). Selon *Pertamina*, la référence à la loi indonésienne consistait en une référence à la loi procédurale arbitrale, plutôt qu'à la loi matérielle applicable au contrat. En plus de la détermination de la loi matérielle indonésienne applicable au contrat, certaines dispositions de la loi arbitrale indonésienne étaient clairement mentionnées dans le contrat. Au cours de la procédure américaine, auprès de la Cour du Texas, *Pertamina* a soumis un rapport sur l'interprétation de la Convention de New York. Selon ce rapport, quand les parties adoptent une loi arbitrale différente de la loi du lieu de l'arbitrage, les juridictions du pays, dont la loi a été choisie par les parties afin de s'appliquer à l'arbitrage, sont compétentes pour décider de l'annulation de la sentence. De plus, la référence des parties à certains articles du Code indonésien de procédure civile constitue une preuve suffisante de la volonté des parties de préciser la loi applicable à l'arbitrage. Ainsi, l'Indonésie est le pays d'origine conformément aux dispositions de l'article V al.1 (e).

La Cour de Hong Kong a rejeté l'argument de *Pertamina* et affirmé que la loi suisse s'applique à la procédure arbitrale pour les raisons suivantes⁸²³ : premièrement, la Suisse a été choisie par les parties comme un lieu neutre pour l'arbitrage. Si les parties avaient voulu l'application de la loi arbitrale indonésienne, elles auraient prévu de recourir à l'arbitrage en Indonésie ; deuxièmement, la loi suisse s'applique en raison de « *l'approche territoriale* », celle-ci étant la loi qui s'applique à l'arbitrage intervenant en Suisse. Généralement, *lex arbitri* signifie la loi du lieu de l'arbitrage, seule une solide preuve du contraire pouvant aboutir à un résultat différent ; troisièmement, au cours de la procédure arbitrale, *Pertamina* s'est référée à la loi suisse comme la loi *lex loci arbitri*, et a soulevé ce point à un moment assez tardif de la procédure (11^{ème} heure de la procédure) ;

⁸²² Vesna Lazic, « Enforcement of an Arbitral Award Annulled in the Country of Origin », 13 *Croat. Arbit. Yearb.* 179, (2006), p.194.

⁸²³ *Ibid.*, p.195.

quatrièmement, selon la Cour, il aurait été très difficile d'exécuter la sentence si elle avait été annulée par une autorité compétente.

La Cour d'appel américaine du cinquième circuit a, dans son arrêt du 23 mars 2004, confirmé le jugement de la Cour américaine du Texas pour autoriser l'exécution de la sentence. Ses raisons peuvent être résumées comme suit ⁸²⁴: en premier lieu, il faut distinguer entre « *jurisdiction primaire* » et « *jurisdiction secondaire* » : seules les juridictions du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue, ont une compétence primaire pour l'annuler ; en second lieu, la Suisse est le pays de l'arbitrage, il dispose donc de la compétence primaire ; en troisième lieu, *Pertamina* n'a invoqué l'application de la loi arbitrale indonésienne, qu'après l'échec de sa tentative d'annuler la sentence en Suisse. La doctrine de perclusion a empêché *Pertamina* de s'opposer à l'application de la loi arbitrale suisse ; en quatrième lieu, selon la Convention de New York de 1958, l'Indonésie ne disposait pas de la compétence primaire pour annuler la sentence. Ainsi, l'annulation de la sentence par les juridictions indonésiennes ne peut pas être un argument contre son exécution.

La Cour d'appel américaine a expliqué que l'expression « *la loi d'après laquelle la sentence a été rendue* » est afférente à la situation selon laquelle les parties ont accepté d'appliquer une loi arbitrale différente de la loi du pays où la sentence a été rendue. La Cour d'appel américaine a ajouté que le pays dont la loi matérielle a été appliquée, ne dispose pas, de ce seul fait, de l'autorité nécessaire pour annuler une sentence arbitrale. De plus, la nomenclature de l'article V al.1 (e) de la Convention de New York porte exclusivement sur la procédure et non pas sur la loi matérielle.

Récemment, la question de l'autorité compétente a été abordée dans l'affaire *International Trading and Industrial Investment Company c./ DynCorp Aerospace Technology et.al.*,⁸²⁵. En l'espèce, l'entreprise américaine *DynCorp* a signé un contrat selon lequel l'autre partie au contrat agit comme agent de service, dans le but d'établir, de gérer et de maintenir un bureau officiel de *DynCorp* dans l'Etat du Qatar. Un conflit a eu lieu entre

⁸²⁴ *Ibid.*, p.196.

⁸²⁵ http://www.jenner.com/files/tbl_s69NewsDocumentOrder/FileUpload500/9218/International%20Trading%20v%20Dyncorp.pdf.

les parties, portant sur la durée du contrat. Après avoir été saisie de l'affaire, la CCI de Paris a décidé d'adopter une sentence en faveur du demandeur « *International Trading* ».

DynCorp a décidé par la suite d'intenter un recours auprès de juridictions qataries et françaises. Ainsi, la Cour de cassation qatarie a renversé les décisions préalables rendues par la CCI et a conclu que l'arbitre a porté atteinte à la loi qatarie, en adoptant une fausse interprétation du contrat signé en 1998 et des intentions des parties. Pour cela, il faut annuler la sentence arbitrale. Toutefois, la Cour d'appel de Paris a rejeté le recours en annulation de la sentence intenté par *DynCorp*.

Afin d'exécuter la sentence rendue par la CCI aux Etats-Unis, la Cour américaine du district de la Colombie a exécuté la sentence, malgré l'annulation prononcée par la Cour de cassation qatarie. En effet, le tribunal a examiné la question de savoir si les autorités juridictionnelles qataries étaient compétentes afin d'annuler la sentence. Selon la Cour américaine, il faut prouver non seulement la compétence du tribunal pour annuler la sentence, mais aussi que le tribunal se trouve dans le pays ou relève la loi arbitrale d'après laquelle la sentence a été rendue. Selon les faits, les parties avaient décidé de recourir à l'arbitrage à Paris, que la procédure arbitrale serait gouvernée par les règles procédurales de la CCI et que la loi qatarie s'appliquerait pour les questions de droit matériel. Ainsi, le seul tribunal compétent pour agir et annuler la sentence arbitrale, selon les dispositions de la Convention de New York, est le tribunal situé en France et non pas au Qatar.

Malgré le souci théorique portant sur l'obscurité du texte déterminant la loi applicable et la possibilité d'avoir diverses solutions, la pratique diffère. En effet, la question portant sur la détermination de la loi applicable quant à l'identification du tribunal compétent ne s'est pas souvent posée, mais se pose toujours la question du champ d'application de la sentence annulée (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 2 : Le champ d'application de la sentence annulée :

Plusieurs juristes et arbitres internationaux se sont intéressés à la question des effets et de la nature de l'annulation d'une sentence arbitrale étrangère. Il est vrai qu'une sentence arbitrale a la même validité qu'une décision juridictionnelle. Toutefois, elle a besoin du soutien d'une autorité juridictionnelle pour être exécutée contre la volonté de la partie perdante, partie qui n'a pas exécuté ses obligations, telles que prévues dans la sentence⁸²⁶.

Il faut toutefois distinguer entre le refus d'exécuter la sentence et son annulation⁸²⁷. Le refus d'exécution produit des effets territoriaux, dans le sens où l'effet se limite surtout au pays dans lequel l'exécution est refusé. Il se peut que le tribunal d'un autre pays parvienne à une conclusion différente et autorise l'exécution de la même sentence. Il faut noter que l'annulation de celle-ci dans un pays la rend inexistante, pour être exécutée auprès d'une autre juridiction contre la partie perdante⁸²⁸. L'annulation fournit donc une certitude légale.

Il existe donc une règle générale dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale annulée : si la sentence arbitrale est annulée dans le pays d'origine, elle ne peut pas être exécutée dans d'autres pays⁸²⁹. Selon la coutume, le jeu arbitral prend fin quand la sentence est annulée. Toutefois, d'après la majorité des décisions juridictionnelles et des commentaires des juristes, les juridictions ne sont pas tenues de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence, même en cas de preuve de l'existence de l'un des motifs de refus ; les juridictions disposent donc toujours d'un pouvoir discrétionnaire⁸³⁰. Ainsi, le problème se pose en raison de l'expression « *peut-être* », applicable à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale, alors que cette dernière peut être annulée par le tribunal arbitral. Comme nous l'avons déjà mentionné, la version anglaise de l'article V al.1 (e) de la

⁸²⁶ O. Kazutake, « Confirmation, Annulment, Recognition and Enforcement of Arbitral Awards », 37 *The Seinan Law Review*1 (2005), p.1, <http://www.seinan-gu.ac.jp/jura/home04/pdf/3704/3704okuma.pdf>

⁸²⁷ Albert Jan van den Berg, « Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia », 27(2) *Journal of International Arbitration* 179, (2010), p.182.

⁸²⁸ O. Kazutake, « Confirmation, Annulment, Recognition and Enforcement of Arbitral Awards », 37 *The Seinan Law Review*1 (2005), p.2, <http://www.seinan-gu.ac.jp/jura/home04/pdf/3704/3704okuma.pdf>

⁸²⁹ Ray Y. Chan, « The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of Chromalloy », 17 *B.U. Int'l L.J.* 141, (1999), p.186.

⁸³⁰ Martina Prpic, « Setting Aside Recourse and Enforcement of Awards Annulled in the Country of their Origin », 10 *Croat. Arbit. Yearb.* 13, (2003), p.31.

Convention de New York stipule que la reconnaissance et l'exécution « *may* = peut) être refusée, alors que la sentence est annulée. Qu'en est-il alors de la légitimité d'exécution de cette dernière ? (**Sous-Paragraphe 3**).

Sous-Paragraphe 3 : La légitimité de l'exécution d'une sentence arbitrale annulée :

Il s'agit de savoir si une sentence arbitrale étrangère, annulée par l'autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, elle a été rendue, peut être exécutée dans un autre pays signataire de la Convention de New York. Quatre points de vue ont été donnés pour répondre à cette question⁸³¹.

Premièrement, les Professeurs Monsieur Fouchard et Monsieur Gaillard et Monsieur Goldman ont présenté une opinion radicale selon laquelle, les sentences arbitrales internationales sont tout simplement des sentences internationales. Leur validité dépend de la volonté des parties. Pour cela, le lieu d'adoption de la sentence et la question de son annulation ne sont pas très importants. Il s'agit d'une sentence arbitrale internationale qui doit être exécutée dans les pays, conformément aux dispositions de l'arbitrage international de ce pays.

Deuxièmement, Monsieur Paulsson affirme à l'occasion de l'affaire « *Local Standard annulment* » que les juridictions d'exécution doivent examiner les conditions d'annulation d'une sentence arbitrale et exercer leur pouvoir discrétionnaire⁸³². En d'autres termes, si un tribunal national annule une sentence pour une raison autre que celle reconnue par l'article V de la Convention de 1958, il incombe aux tribunaux des autres pays d'exécuter la sentence. Selon ce même auteur, l'annulation nationale d'une sentence n'est pas définitive. Seule l'annulation fondée sur des raisons internationales peut être acceptée dans les autres pays.

⁸³¹ O P Malhotra, « The Law and Practice of Arbitration and Conciliation », *Butterworths*, (2002), p.960.

⁸³² Jan Paulsson, « The Case for Disregarding LSAs (Local Standard Annulments) Under the New York Convention », *7 AM. REV. INT'L ARB.* 99, (1996), p. 114.

Troisièmement, Messieurs Karrer, Park et Fryer considèrent la sentence annulée comme « *non-existante* ». Cependant, ils acceptent qu'un tribunal d'exécution ressuscite une sentence arbitrale, en ce que le tribunal du pays d'origine l'a annulée par abus de pouvoir. Dans ce cas, si une sentence valable a été annulée par les pouvoirs publics du pays d'origine, elle peut être exécutée dans un autre pays.

Quatrièmement, les professeurs Albert Jan Van Den Berg et Eric Schwartz⁸³³ adoptent une position diamétralement opposée à celle du Professeur Fouchard. D'après eux, quand une sentence est annulée, rien n'existe pour être exécuté. L'affaire est donc terminée. C'est la seule façon afin d'éviter les conflits d'exécution des sentences dans différents pays, ce qui correspond exactement au but de la Convention de New York. Il n'existe par conséquent pas une unique solution pour répondre à la question de l'exécution des sentences arbitrales étrangères annulées, d'autant plus qu'il existe différentes approches : l'approche territoriale (**A**), l'approche de la délocalisation (**B**) et l'approche de compromis (**C**)⁸³⁴.

A- L'approche territoriale :

Selon l'approche traditionnelle ou territoriale, tout pays dispose du pouvoir nécessaire pour régler ce qui se passe au sein de ses frontières et pour choisir de procéder à l'arbitrage dans un autre pays. Les parties sont soumises aux mêmes lois et juridictions de ce pays.

Les défenseurs de cette théorie soutiennent que les juridictions d'un pays doivent avoir le pouvoir d'accorder à une décision d'annulation étrangère un effet « *définitif* », afin que la sentence n'existe plus après son annulation. En effet, cette approche accorde à la volonté des parties une grande importance, notamment dans leur choix de la loi arbitrale. Les parties auraient donc dû comprendre les risques qui découlent du choix d'une loi spécifique et de l'annulation de la sentence. Malgré le grand nombre de critiques, il faut noter que cette

⁸³³ O P Malhotra, « The Law and Practice of Arbitration and Conciliation », *Butterworths*, (2002), p.962.

⁸³⁴ Axel H. Baum, « International Arbitration: the Path toward Uniform procedures » dans G. Aksen, K. Bockstiegel, M. Mustill, P. Patocchi et A. Whitesell, *Global Reflections on International law, Commerce and Dispute Resolution*, ICC Publication 51, (2005), p.52.

approche demeure la plus applicable⁸³⁵. A cet effet, les questions qui se posent sont relatives au fait de savoir : quels sont les arguments qui sont favorables à cette approche (1) ? Quels sont les arguments qui sont contre cette approche (2) ? Et comment les juridictions étatiques l'ont appliquée (3) ?

1- Les arguments en faveur de l'approche territoriale :

Il existe au moins six arguments qui soutiennent l'approche territoriale. Premièrement, le point de départ de celle-ci consiste à considérer qu'après l'annulation d'une sentence arbitrale, cette dernière n'existe plus. Selon Monsieur Van Den Berg, une sentence arbitrale annulée n'existe plus, conformément aux dispositions de la loi arbitrale (en général, il s'agit de la loi arbitrale du siège de l'arbitrage)⁸³⁶. De plus, l'annulation de la sentence implique que cette dernière ait pris racine dans la loi arbitrale du pays d'origine. En d'autres termes, la sentence arbitrale doit son existence au système judiciaire du pays d'origine. Ce dernier est un pays souverain qui dispose du pouvoir d'annuler une sentence. Son annulation signifie donc l'extinction formelle de cette sentence. Comment est-il donc possible que les juridictions d'un autre pays la considèrent comme toujours valable ?⁸³⁷

Pour soutenir cette théorie, le Professeur Sanders affirme qu'une fois la sentence annulée dans le pays d'origine, les juridictions d'exécution doivent refuser son exécution, puisque cette dernière n'existe plus. Or, l'exécution d'une sentence inexistante serait impossible et même contraire à l'ordre public du pays d'exécution⁸³⁸.

Deuxièmement, les rédacteurs de la Convention de New York ont largement régleménté le principe de révision d'une sentence arbitrale rendue dans le pays d'origine et

⁸³⁵ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.326.

⁸³⁶ Ray Y. Chan, « The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of Chromalloy », 17 *B.U. Int'l L.J.* 141,(1999), p.187.

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ Pieter Sanders, « New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral awards », *Neth. Int'l L. Rev.* 6 (1959); A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p.443.

non pas dans le pays d'exécution⁸³⁹. Or, il semble que le mécanisme de révision d'une sentence arbitrale n'accorde pas au tribunal d'exécution le droit de renvoyer une sentence arbitrale annulée au pays d'origine.

Troisièmement, la loi du pays d'origine est la source, par principe, de la légalité de la sentence arbitrale⁸⁴⁰. En conséquence, l'annulation de la sentence arbitrale par les juridictions du pays d'origine doit priver la sentence de sa source de légalité dans tous les autres pays. Ainsi, l'annulation d'une sentence arbitrale dans un pays d'origine annule tout effet extraterritorial dans les pays signataires de la Convention⁸⁴¹. En d'autres termes, l'annulation de la sentence rend cette dernière sans valeur⁸⁴². Elle ne peut être exécutée dans aucun pays, puisqu'il n'y a rien à exécuter. De plus, la partie perdante a le droit d'avoir une sentence arbitrale valable reconnue comme telle par les autorités juridictionnelles. Dans le cas contraire, c'est-à-dire dans le cas où la sentence présente une validité douteuse, la partie perdante pourrait poursuivre l'autre partie en justice d'un pays à un autre pour enfin trouver une juridiction capable de lui autoriser l'exécution de la sentence⁸⁴³. Il est donc évident qu'une telle procédure n'aura pas lieu si la sentence annulée dans le pays d'origine ne pourra être exécutée dans aucun pays signataire de la Convention.

Quatrièmement, le respect de la décision d'annulation de la sentence arbitrale garantit le respect des autorités juridictionnelles de ce pays et permet d'éviter les conflits juridictionnels internationaux⁸⁴⁴. Sans aucun doute, ignorer la décision d'annulation d'une sentence dans un pays risque d'aboutir à une contradiction de décisions et de procédures dans plusieurs pays.

⁸³⁹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.327.

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ Albert Jan van den Berg, « The New York Convention of 1958: An Overview », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.43.

⁸⁴² A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p.441.

⁸⁴³ Albert Jan van den Berg, « Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia », *27(2) Journal of International Arbitration* 179, (2010), p.185.

⁸⁴⁴ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.328; Dana Freyer, « The Enforcement of Awards Affected by Judicial Orders of Annulment at the Place of Arbitration », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.766.

Cinquièmement, il est possible de dire que l'exécution d'une sentence arbitrale annulée risque d'affaiblir la Convention de New York et son principe imposant l'exécution de la sentence dans un pays étranger, à moins que cette dernière ne soit annulée par une autorité compétente du pays dans lequel ou par la loi d'après laquelle elle a été rendue⁸⁴⁵.

Sixièmement, les parties ont consenti de recourir à l'arbitrage dans un pays déterminé. Elles ont accepté de se soumettre aux lois arbitrales de ce pays et s'attendent à ce que les tribunaux d'exécution des autres pays respectent leur convention. Autoriser l'exécution d'une sentence arbitrale annulée porte atteinte aux attentes des parties qui ont choisi un pays précis, ainsi que ses lois comme siège de l'arbitrage⁸⁴⁶. Selon l'approche territoriale, l'exécution d'une sentence annulée ne devrait jamais être autorisée, cela constitue une atteinte à la volonté des parties. En conséquence, si les parties choisissent de recourir à l'arbitrage dans un pays, elles ne peuvent pas échapper à l'annulation de la sentence et se réfugier dans un autre pays. De plus, les juridictions étatiques sont connues pour être soit interventionnistes, soit protectionnistes. Les parties sont les seules responsables de leur choix de recourir à l'arbitrage dans un tel pays.

Toutefois, il se peut que le motif d'annulation ne soit pas existant, au moment où les parties avaient décidé de recourir à l'arbitrage dans tel pays. Dans ce cas, et pour répondre aux attentes des parties, il est préférable de limiter les effets internationaux de l'annulation, puisque les parties, au moment de leur décision de recourir à l'arbitrage, n'avaient pas pensé à l'annulation de leur sentence. Ainsi, plusieurs arguments existent pour critiquer le choix de l'approche territoriale (2).

2- Les arguments contre l'approche territoriale:

Plusieurs arguments peuvent être avancés contre l'approche territoriale.

⁸⁴⁵ Matthew D. Slater, « On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy », *25(2) Arbitration International* 271 (2009), p.286-7.

⁸⁴⁶ Pierre Lastenouse, « Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene », *16(2) Journal of International Arbitration* 25, (1999), p. 42 ; S. Bollée, « Les Méthodes du Droit International Privé à L'épreuve des Sentences Arbitrales : Recherches Juridiques », *Economica*, (2004), p. 264

Premièrement, l'exécution d'une sentence arbitrale annulée demeure possible, en ce que les dispositions de l'article V de la Convention de New York, accordent aux autorités juridictionnelles un pouvoir discrétionnaire pour exécuter une sentence, malgré l'existence d'un motif de refus de son exécution (sentence annulée, conformément aux dispositions de l'article V. al.1^{er} (e))⁸⁴⁷.

Deuxièmement, une sentence peut être annulée pour des raisons spécifiques à la loi du lieu de l'arbitrage. Or, cela ne correspond pas aux normes légales générales. Tout simplement, il n'existe aucune raison permettant de justifier le refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence dans un pays autre que celui qui l'a annulée⁸⁴⁸. De plus, accepter qu'une juridiction étrangère confirme la décision d'annulation d'une sentence adoptée par une juridiction nationale risque de limiter l'efficacité de l'arbitrage international, comme mécanisme de résolution des conflits⁸⁴⁹.

Troisièmement, le lieu de l'arbitrage est souvent choisi par l'institution arbitrale et ses lois arbitrales. Dans ce cas, les parties ne connaissent pas beaucoup les lois du pays choisi par l'institution arbitrale. Il faut aussi s'attendre à ce que les parties ne soient pas au courant de l'importance du lieu de l'arbitrage et n'y portent donc pas l'attention nécessaire au cours de la négociation du contrat⁸⁵⁰. Les parties peuvent être aussi de pays différents, le choix du lieu de l'arbitrage peut être une forme de compromis ou une question de commodité. Dans d'autres cas, la partie la plus faible peut être forcée de recourir à l'arbitrage dans le pays de l'autre partie au contrat. Il est donc difficile d'affirmer que le choix du lieu de l'arbitrage est un choix toujours éclairé, forgé par la volonté libre des parties.

⁸⁴⁷ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.327.

⁸⁴⁸ Pierre Lastenouse, « Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene », 16(2) *Journal of International Arbitration* 25, (1999), p. 38.

⁸⁴⁹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.327.

⁸⁵⁰ Pierre Lastenouse, « Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene », 16(2) *Journal of International Arbitration* 25, (1999), p. 42.

Quatrièmement, un temps très long s'écoule entre l'inclusion de la clause arbitrale dans le contrat, l'avènement du conflit et l'adoption d'une sentence arbitrale⁸⁵¹. Il se peut que les lois du pays choisi pour l'arbitrage changent, ce qui pourrait aboutir à l'annulation de la sentence arbitrale, conformément aux règles procédurales dans le pays où la sentence a été adoptée. Selon le mécanisme de la Convention de New York, aucune restriction n'existe pour limiter le droit des pays d'annuler les sentences arbitrales adoptées au sein même de leurs frontières (ou conformément à leurs lois).

Cinquièmement, en l'absence d'un accord des parties portant sur le siège d'arbitrage, il est impossible de dire que les parties avaient des attentes concernant les règles procédurales et l'annulation de la sentence arbitrale, par rapport au siège d'arbitrage. En effet, les parties ont tout simplement manifesté leur volonté d'éviter les autorités juridictionnelles⁸⁵².

Sixièmement, selon le droit international, les juridictions d'exécution ne sont pas tenues par les décisions étrangères, comme c'est le cas dans le cadre d'une décision d'annulation d'une sentence, à moins qu'il existe des traités bilatéraux ou multilatéraux imposant la reconnaissance et l'exécution de telles décisions⁸⁵³. Néanmoins, il faudra s'interroger sur la façon dont les juridictions étatiques appliquent l'approche territoriale (3) ?

3- L'application de l'approche territoriale par les juridictions étatiques :

La majorité des juridictions étatiques adopte l'approche territoriale. En effet, elles hésitent à exécuter une sentence arbitrale annulée dans le pays d'origine⁸⁵⁴. Un grand nombre de juridiction reconnaît donc l'approche territoriale⁸⁵⁵. Ainsi, selon l'article 840 du Code de procédure civile italien, l'annulation d'une sentence arbitrale par le tribunal arbitral aboutit à

⁸⁵¹ *Ibid.*

⁸⁵² Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.328.

⁸⁵³ Ray Y. Chan, « The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of Chromalloy », 17 *B.U. Int'l L.J.* 141, (1999), p.189.

⁸⁵⁴ Vesna Lazic, « Enforcement of an Arbitral Award Annulled in the Country of Origin », 13 *Croat. Arbit. Yearb.* 179, (2006), p. 202.

⁸⁵⁵ A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p.443.

l'obligation de refuser son exécution. Dans ce cas, les juridictions italiennes doivent refuser de reconnaître et d'exécuter la sentence arbitrale étrangère, si la partie contre qui la sentence est invoquée, réussit à prouver son inexistence et cela dans les circonstances suivantes : (5) quand la sentence n'est pas devenue obligatoire ou quand elle est annulée ou suspendue par l'autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue⁸⁵⁶.

De même, en République populaire de Chine, la sentence annulée par une juridiction étrangère ne peut pas être exécutée par les juridictions chinoises. Le 10 avril 1987, la Cour suprême chinoise a émis un avis par lequel elle a déclaré son adhésion à la Convention de New York relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁸⁵⁷. L'article 4 de cet avis d'adhésion stipule que les tribunaux sont tenus de rejeter l'exécution d'une sentence, si les conditions prévues à l'article V de la Convention sont réunies. Ainsi et conformément aux dispositions de l'article V al.1 (e) de cette Convention de 1958, les juridictions chinoises ne jouissent pas d'un pouvoir discrétionnaire et sont tenues de refuser l'exécution d'une sentence annulée.

Par ailleurs, la jurisprudence anglaise accorde beaucoup d'importance à la décision rendue par les juridictions du pays d'origine de la sentence arbitrale et considère le rejet du recours intenté contre cette sentence comme un signe en faveur de sa reconnaissance et de son exécution⁸⁵⁸. De plus, les juridictions anglaises reconnaissent souvent la décision d'annulation, de suspension ou même la nature non-obligatoire d'une sentence rendue dans le pays d'origine⁸⁵⁹. Ces juridictions refusent donc d'exécuter une sentence annulée par une autorité compétente.

En Allemagne, la Cour d'appel de Rostock a expressément affirmé que l'annulation prononcée par une juridiction étrangère rend la sentence arbitrale inexécutable, peu important

⁸⁵⁶ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.330.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, P.329

⁸⁵⁸ J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p.846.

⁸⁵⁹ D. Sutton, J. Gill et M. Gearing, « Russell on Arbitration », 23^{ème} Edition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p. 469.

que la décision d'annulation soit valablement reconnue et conforme aux conditions de reconnaissance prévues par la loi étrangère⁸⁶⁰. L'ancienne loi arbitrale allemande exigeait que la sentence arbitrale devienne obligatoire, pour qu'elle soit susceptible d'exécution. La Cour de Rostock a affirmé qu'une sentence n'est plus obligatoire, à partir du moment où elle est prononcée comme nulle par une autorité compétente ou par une institution arbitrale, et cela même si cette décision d'annulation n'est que temporaire. Ainsi, la décision d'annulation demeure susceptible d'un recours en appel.

Toutefois, selon la nouvelle loi allemande, notamment la Section 1061 al. 1 du Code de procédure civile, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères doivent intervenir conformément aux dispositions de la Convention de New York⁸⁶¹. En effet, la loi nationale allemande, portant sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ne comporte qu'une référence générale à la Convention de New York. Il s'avère donc que les juridictions allemandes disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour exécuter une sentence arbitrale annulée.

De surcroît, les juridictions américaines ont admis l'application de l'approche de délocalisation uniquement dans l'affaire *Chromalloy* qui sera analysée ultérieurement. Toutefois, la plus part des juridictions américaines ont adopté l'approche territoriale. Ainsi, l'affaire *Baker Marine (Nigeria) Ltd. c./ Chevron (Nigeria) Ltd.*⁸⁶² présente un retour à l'approche territoriale. La Cour d'appel américaine du deuxième circuit a confirmé la décision rendue en première instance, portant sur un refus d'exécution d'une sentence arbitrale annulée. En effet, cette sentence a été adoptée par une juridiction arbitrale au Nigeria, mais a été annulée par la suite par un tribunal étatique nigérian. Dans ses arguments relatifs à son recours en appel, le demandeur *Baker-Marine* a estimé que le tribunal de première instance a commis une erreur dans l'application de l'article VII de la Convention de New York. Selon lui, la sentence arbitrale a été annulée par le tribunal étatique nigérian pour des raisons non reconnues par la loi américaine, comme étant un motif valable pour

⁸⁶⁰ OLG Rostock, Betriebs-Berater [BB], 55 (Special Supp. 8, 2000), 20 (23) (le refus d'exécuter une sentence arbitrale rendue et annulée en Russie), 25 Y.C.A. 717 (2000).

⁸⁶¹ Felix Weinacht, « Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany », 19(4) *Journal of International Arbitration* 313, (2002), p. 319.

⁸⁶² 191 F.3d 194, 196 (2d Cir. 1999).

l'annulation de la sentence. Ainsi, il faut appliquer la loi arbitrale américaine et cela malgré la décision d'annulation de la sentence par le tribunal étatique nigérian.

La Cour d'appel américaine a rejeté ces arguments, notamment le motif selon lequel la loi fédérale américaine relative à l'arbitrage « *FAA* », doit s'appliquer. Selon la Cour, la convention d'arbitrage stipule clairement qu'en cas de conflit, les parties auront recours à la loi nigériane, d'autant plus qu'elle ne fait aucune référence à la loi américaine. La Cour a ajouté qu'il appartient à la juridiction du pays, dont la loi arbitrale s'applique, de suspendre ou d'annuler une sentence arbitrale. Dans ce cas, rien n'indique que le tribunal nigérian a manqué à ses devoirs dans l'application de la loi nigériane.

Baker-Marine a répondu que la Cour de première instance avait le pouvoir discrétionnaire d'exécuter la sentence arbitrale annulée, en ce qu'il aurait pu se fonder sur les dispositions de l'article V al.1^{er} de la Convention de New York. La Cour d'appel a réfuté ces arguments, en affirmant que le demandeur (*Baker Marine*) n'a pas rapporté de raison valable justifiant le refus de la reconnaissance de la décision du tribunal nigérian.

Deux mois après l'arrêt *Baker Marine* de la Cour d'appel américaine, la Cour de première instance du sud de New York, a rejeté une requête d'exécution d'une sentence arbitrale, en ce que celle-ci a été annulée dans son pays d'origine. Dans l'affaire *Spier c./ Calzaturificio Tecnica, S.p.A*⁸⁶³, la sentence a été rendue en Italie par des arbitres italiens.

En 1969, *Spier* ingénieur de nationalité américaine, a signé un contrat avec l'entreprise italienne *Tecnica*, afin de lui fournir son expertise dans le domaine de la production de chaussures et bottes de ski. Le contrat comportait une clause arbitrale, permettant aux arbitres d'utiliser leurs pouvoirs discrétionnaires, au lieu de la loi nationale, afin de résoudre les conflits entre les parties. Effectivement, un conflit est intervenu, *Spier* affirmait que *Tecnica* n'avait pas payé des frais de retard datant de 1969, ainsi que d'autres

⁸⁶³ 71 F. Supp.2d 279 (S.D.N.Y. 1999).

frais de mise en place du système de production. Dans ses arguments, l'entreprise italienne a estimé qu'elle avait développé le système de production, sans la contribution de *Spier*.

Le litige a été par la suite soumis à l'arbitrage. Les arbitres ont demandé l'avis d'un expert pour examiner la requête de *Spier*. L'expert a conclu que *Spier* a le droit d'être indemnisé pour les années 1969-1972, mais n'avait pas droit à une compensation pour l'emploi d'un nouveau système de production. Toutefois, les arbitres se sont éloignés des recommandations de l'expert, pour adopter une «*décision équitable*», exigeant l'indemnisation de *Spier* par *Tecnica* pour les frais de 1969 à 1972, ainsi que des dommages intérêts pour la rupture du contrat.

Tecnica s'est opposée à la sentence auprès des juridictions italiennes. Le tribunal de Treviso, premier à traité l'affaire, a annulé la sentence, en retenant qu'elle a accordé à *Spier* une sorte de «*service bonus*», ne dérivant pas du contrat. D'après le tribunal, les arbitres ont abusé de leurs pouvoirs. Au second recours, la Cour d'appel de Venise et la Cour de cassation italienne ont confirmé le jugement rendu en première instance. Par ailleurs, *Spier* a demandé au tribunal américain de première instance d'exécuter la sentence. Or, ce dernier a refusé. En effet, conformément aux dispositions de l'article V al.1 (e), le tribunal a relevé l'obligation de refuser l'exécution de la sentence arbitrale et de respecter l'arrêt de cassation de la Cour italienne. Il a refusé d'utiliser ses pouvoirs discrétionnaires, comme prévu par l'article V al.1 (e) de la Convention de 1958, pour exécuter la sentence arbitrale puisque *Spier* n'a donné aucune raison valable permettant au tribunal d'ignorer l'arrêt de cassation italien.

La décision américaine la plus récente, qui n'a pas suivi *Chromalloy*, est la décision *TermoRio S.A. E.S.P. c./ Electranta S.P.*⁸⁶⁴ En l'espèce, un conflit est intervenu entre *TermoRio* et *Electranta* suite à un contrat de vente. L'arbitrage a eu lieu dans l'Etat de la Colombie, une sentence arbitrale a été adoptée, portant sur plus de 60 millions de dollars en faveur de *TermoRio*. La Cour suprême administrative colombienne a annulé la sentence arbitrale, en affirmant que le contrat porte atteinte à la loi colombienne.

⁸⁶⁴ 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

TermoRio a recherché l'exécution de la sentence, auprès de la Cour de première instance de Washington DC. La Cour a refusé sa requête. *TermoRio* a intenté un recours en appel. La Cour d'appel américaine a affirmé que les juridictions colombiennes étaient, sans aucun doute, l'autorité compétente pour examiner l'affaire. De plus, rien n'indiquait une faute de procédure, la décision était donc « *authentique* ». Tout en se fondant sur le raisonnement de *Baker-Marine*, la Cour d'appel américaine a affirmé que *TermoRio* n'avait aucune raison pour demander l'exécution de la sentence auprès d'une juridiction secondaire.

La Cour d'appel de Washington DC a expliqué que, selon la Convention de New York, le tribunal américain n'est pas autorisé à réexaminer un jugement adopté par un autre tribunal étatique. Il a ajouté que, selon l'article V al.1^{er} (e) de cette Convention, son intervention exige beaucoup plus qu'une simple affirmation d'une atteinte à l'ordre public par le premier tribunal. De plus, il faut que la décision étrangère porte atteinte aux principes fondamentaux américains de « *décence* » et de « *justice* ». En appliquant ces critères, la Cour américaine n'a trouvé aucun fondement permettant d'écarter le jugement colombien d'annulation de la sentence. En conséquence, *TermoRio* a affirmé que lorsqu'une juridiction étrangère annule une sentence arbitrale, les juridictions américaines ne doivent pas se réfugier derrière cette décision en l'absence de circonstances extraordinaires⁸⁶⁵.

La Cour d'appel américaine de Washington DC a rejeté l'argument de *TermoRio*, selon lequel la sentence doit être exécutée dans la mesure où le moyen d'après lequel la juridiction colombienne a annulé la sentence n'est pas valable selon la loi américaine.

Ainsi, l'efficacité de la Convention de New York dépend de la réciprocité de son application. Son utilité réside dans la promotion d'une procédure arbitrale commerciale internationale, elle dépend aussi de la volonté des juridictions étatiques de ne pas élargir leurs compétences, en traitant des questions qui relèvent de la compétence de d'autres juridictions⁸⁶⁶. Mais, il demeure qu'à côté de cette approche territoriale qui implique qu'une sentence annulée ne présente plus aucune existence légale, il existe néanmoins une approche

⁸⁶⁵ Matthew D. Slater, « On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy », 25(2) *Arbitration International* 271, (2009), p.280.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p291

délocalisée, qui implique l'existence d'une sentence arbitrale annulée et ceux malgré cette annulation (B).

B- L'approche de la délocalisation :

Il semble que les origines et le champ d'application de la délocalisation présentent une définition large et générale. Cette dernière couvre l'intention d'éliminer ou de réduire l'importance du rôle des juridictions et de la loi du pays dans lequel la sentence a été rendue et la compétence des juridictions nationales dans le cadre de l'annulation d'une sentence⁸⁶⁷.

Par ailleurs, cette approche sépare l'existence de la sentence de la loi du pays d'origine. D'après elle, l'arbitrage international ne doit pas être rattaché au siège de l'arbitrage. Par conséquent, l'annulation de la sentence arbitrale par le tribunal arbitral ne doit produire aucun effet sur le statut même de la sentence⁸⁶⁸. Ainsi, la loi du lieu de l'arbitrage n'est pas la seule source de validité applicable à la sentence. Il serait donc injuste de permettre aux particularités de la loi du pays dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue, de bloquer l'annulation d'une sentence exécutable dans d'autres pays⁸⁶⁹. De plus, l'approche de délocalisation permet d'éviter l'intervention des juridictions nationales dans l'arbitrage international et de protéger la volonté des parties de recourir à l'arbitrage⁸⁷⁰, ce qui lui permet une meilleure application par les différentes juridictions étatiques. Dans cette perspective, les questions qui se posent sont relatives au fait de savoir : quels sont les arguments favorables à cette approche (1) ? Quels sont les arguments qui en sont contre (2) ? Et comment les juridictions étatiques ont-elles appliqué cette approche (3) ?

1- Les arguments en faveur de l'approche de délocalisation :

Il existe au moins six arguments qui soutiennent cette approche.

⁸⁶⁷ Hamid G. Gharavi, « The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral award », *Kluwer Law International*, (2002), p.110.

⁸⁶⁸ A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p.441.

⁸⁶⁹ Dana Freyer, « The Enforcement of Awards Affected by Judicial Orders of Annulment at the Place of Arbitration », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.766.

⁸⁷⁰ J. Paulsson, « Arbitration Unbound in Belgium », *2 Arbitration International*, (1986), p. 70.

Premièrement, la rédaction simple de l'article V al.1 (e) de la Convention accorde un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux d'exécution de la sentence arbitrale pour refuser l'exécution d'une sentence annulée. Le pouvoir discrétionnaire n'a pas beaucoup d'intérêt si les tribunaux étaient forcés de refuser l'exécution des sentences arbitrales annulées⁸⁷¹. Pour soutenir cet argument, Monsieur Pierre Lastenouse affirme que l'acceptation d'une sentence annulée par le pays dans lequel ou d'après la loi duquel elle a été adoptée par d'autres pays, n'est pas seulement conforme aux dispositions de la Convention de New York, mais aussi à son esprit⁸⁷².

Deuxièmement, l'arbitrage international se développe grâce ou avec la présomption que le pays d'origine, ne se retiendra pas d'exercer un contrôle rigide sur la procédure arbitrale⁸⁷³. Ainsi, les parties ne doivent pas être privées du résultat de l'arbitrage et des bénéfices de la sentence arbitrale, notamment dans le cas où les juridictions étatiques adoptent la « *mauvaise* » décision d'annulation de la sentence. Sur un plan international, il n'existe pas une liste de « *mauvaises raisons* » pour l'annulation d'une sentence arbitrale. Toutefois, un nombre d'arguments existe justifiant le refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale annulée⁸⁷⁴. Ainsi, la sentence arbitrale peut être annulée pour des raisons spécifiques, au pays dans lequel elle a été rendue. Par exemple, la sentence arbitrale peut être annulée pour une erreur de sexe ou de confession religieuse⁸⁷⁵. Dans un tel cas, rien ne justifie la transposition de cette particularité en dehors des frontières nationales. Par ailleurs, le juge saisi par un recours en annulation peut commettre une erreur dans l'application de la loi et annuler la sentence, alors qu'elle n'aurait pas dû l'être.

Troisièmement, les défenseurs de l'approche de la délocalisation se réfèrent souvent aux droits prévus à l'article VII al.1^{er} de la Convention de New York, pour soutenir

⁸⁷¹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.331.

⁸⁷² Pierre Lastenouse, « Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene », 16(2) *Journal of International Arbitration* 25, (1999), p. 29.

⁸⁷³ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.333.

⁸⁷⁴ Pierre Lastenouse, « Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene », 16(2) *Journal of International Arbitration* 25, (1999), p. 43.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, p44

l'idée que les sentences arbitrales annulées dans le pays d'origine peuvent toujours être exécutées ailleurs⁸⁷⁶. D'après eux, l'article VII al.1^{er} inséré dans la Convention de New York met en place un minimum de conditions pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères. De plus, si un pays présente un régime juridique favorable à l'exécution d'une sentence arbitrale annulée, celui-ci doit dominer.

Quatrièmement, la reconnaissance d'une sentence arbitrale annulée n'aboutit pas nécessairement à un désordre sur le plan international et ne porte pas nécessairement atteinte à l'harmonie entre les pays signataires⁸⁷⁷. Selon certains auteurs, le but principal de la Convention de New York n'était pas d'harmoniser les relations internationales, mais plutôt de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Elle ne cherchait pas non plus à imposer un régime uniforme de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères entre les pays signataires⁸⁷⁸. Si la Convention avait un tel but, l'article VII, qui ouvre la voie à une application de solutions nationales diversifiées, n'en aurait pas fait partie. Si la Convention avait pour but d'imposer un régime uniforme, elle aurait tenté d'imposer des règles communes, portant sur la procédure arbitrale applicable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Or, ce n'est pas le cas.

Cinquièmement, l'approche de délocalisation repose sur le principe selon lequel le choix du siège de l'arbitrage intervient pour des raisons de commodité, mais suppose aussi que les arbitres travaillent conformément à des principes internationaux détachés de toute réglementation nationale particulière. En effet, ils sont guidés essentiellement par la volonté des parties et par la convention arbitrale⁸⁷⁹. Cela suppose que la Cour d'exécution soit libre d'ignorer la décision du tribunal arbitral. Une conséquence en découle : la sentence peut être annulée dans le pays d'origine, alors que le tribunal d'exécution relevant d'un autre pays peut toujours l'exécuter.

⁸⁷⁶ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto & Nicola Christine Port, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* Kluwer Law International, 2010, P.333

⁸⁷⁷ Pierre Lastenouse, « Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene », 16(2) *Journal of International Arbitration* 25, (1999), p. 33.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.325.

Sixièmement, si l'intention des rédacteurs de la Convention de New York était d'interdire l'exécution d'une sentence arbitrale annulée, et par conséquent, l'approche de délocalisation, ils auraient clairement prévu cette interdiction au sein même de la Convention. Rien ne les empêchait de prévoir cette interdiction clairement dans le texte de la Convention⁸⁸⁰, ils auraient pu affirmer que : (i) les sentences annulées ne sont plus des sentences conformes aux objectifs de la Convention ; ou (ii) l'article VII ne s'applique pas aux sentences arbitrales annulées ; ou (iii) le pouvoir discrétionnaire accordé aux tribunaux de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales ne s'applique pas dans le cadre de la seconde partie de l'article V al.1^{er} (e) de la Convention de New York.

2- Les arguments contre l'approche de délocalisation :

L'histoire de la Convention de New York semble aller à l'encontre de l'approche de la délocalisation ; et l'esprit et le texte même de la Convention semblent s'opposer à une telle application⁸⁸¹. En conséquence, une sentence « *a-nationale* » n'est pas compatible avec un certain nombre de dispositions de la Convention de New York, dans la mesure où la délocalisation légale n'est pas possible⁸⁸². Par exemple, l'article I al.3 de la Convention de New York autorise les pays signataires à limiter le champ d'application de la Convention, sous la réserve de la réciprocité, aux sentences rendues sur le territoire d'un autre pays signataire. Cette option implique que la sentence présente déjà un lien juridique spécifique et des règles non liées à l'application des sentences « *a-nationales* » ou délocalisées. De plus, l'article V s'est référé à plusieurs reprises à la loi du siège de l'arbitrage, ce qui confirme que les sentences « *a-nationales* » ou délocalisées ne sont pas incluses dans la Convention⁸⁸³. Aussi, selon l'article V al.1^{er}(a), l'exécution d'une sentence peut être refusée si la convention d'arbitrage n'est pas valable selon la loi applicable aux parties, et à défaut d'indication, selon la loi du pays où la sentence a été rendue.

Les questions qui se posent donc ici sont celles de savoir d'une part si, la sentence délocalisée demeure existante, et si oui dans quel système juridique existe-t-elle ? Si ce n'est

⁸⁸⁰ *Ibid.*

⁸⁸¹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.37.

⁸⁸² J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p.815.

⁸⁸³ *Ibid.*

pas dans le pays où l'arbitrage a eu lieu, alors dans quel pays ? Si une sentence n'est pas enregistrée comme faisant partie intégrante d'un système juridique d'un pays, comment peut-elle être alors annulée ? Il n'y a donc pas une sentence à annuler⁸⁸⁴.

En plus, d'un point de vue pratique, l'arbitrage délocalisé peut faire face à plusieurs difficultés, dans la mesure où la convention d'arbitrage ne fournit pas les détails nécessaires, portant sur la composition du tribunal arbitral et sur la procédure arbitrale. L'exclusion de l'application de la loi arbitrale nationale aboutira à l'impossibilité de combler les lacunes de la convention d'arbitrage par la loi nationale. Qu'en est-il alors de l'application de cette approche par les juridictions étatiques (3) ?

3- L'application de cette approche par les juridictions nationales :

Très peu de juridictions ont appliqué l'approche de la délocalisation dans leur exécution d'une sentence arbitrale annulée. Jusqu'aujourd'hui, la France est le seul pays à avoir clairement affirmé que les sentences arbitrales annulées dans le pays d'origine pourraient être reconnues et exécutées par les tribunaux français⁸⁸⁵.

L'article 1520 du Code de procédure civile français fournit cinq motifs grâce auxquels il est possible de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale. Toutefois, l'annulation d'une sentence par le tribunal du pays où la sentence a été rendue n'y figure pas. Ainsi, il appartient aux juridictions françaises d'exécuter une sentence arbitrale, à moins que l'exécution ne soit pas affectée par l'un des cinq motifs expressément prévus par la loi⁸⁸⁶. Cette approche est autorisée par la Convention de New York, notamment par l'article VII qui autorise les juridictions d'exécution d'appliquer la loi la « *plus-favorable* » (dans ce cas la loi française), à l'exécution d'une sentence arbitrale annulée.

⁸⁸⁴ Ena-Marlis Bajons, « Enforcing Annulled Arbitral Awards - A Comparative View », 7 *Croat. Arbit. Yearb.* 55, (2000), p.59.

⁸⁸⁵ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.334.

⁸⁸⁶ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », Cambridge University Press, (2008), p.214-5.

La combinaison des dispositions du Nouveau Code de procédure civile français et de l'article VII al.1^{er} de la Convention de New York, permet donc aux tribunaux français de refuser l'application de l'article V al.1^{er} (e) et d'exécuter une sentence annulée ou suspendue dans le pays dans lequel ou d'après la loi duquel, elle a été rendue⁸⁸⁷. L'approche française crée beaucoup de problèmes, notamment dans le cas où une seconde sentence est adoptée après l'annulation de la première. D'autres pays risquent non seulement de respecter la décision d'annulation de la première sentence, mais aussi d'exécuter la seconde. Il y a donc un grand risque de diversité et de contradiction dans les solutions.

Dans l'affaire *Societe Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi c./ Societe Anonyme Norsolor*⁸⁸⁸, Palbak, une entreprise turque, a signé un contrat avec *Norsolor* selon lequel *Palbak* recevrait une commission pour la livraison de certains produits à une tierce partie. *Norsolor* a mis fin au contrat et a réclamé le paiement de commissions, ainsi que de dommages-intérêts. *Palbak* a eu recours à la CCI pour résoudre le conflit par voie arbitrale. Le tribunal de Vienne, nommé par la CCI, a rendu une sentence arbitrale en faveur de l'entreprise turque. Au cours de sa décision, le tribunal s'est éloigné de toute référence à la loi turque ou française. Il s'est fondé sur la nature internationale de la convention et a appliqué les principes internationaux « *lex mercatoria* ».

Palbak a cherché l'exécution de la sentence en France. Le 29 janvier 1982, la Cour d'appel de Vienne a annulé la partie principale de la sentence, dans la mesure où les arbitres avaient appliqué la « *lex mercatoria* », au lieu de la loi nationale. En conséquence, la Cour d'appel de Paris a refusé la requête de *Palbak*, tendant à l'exécution de la sentence. Toutefois, la Cour de cassation de Paris a censuré l'arrêt d'appel et affirmé que la sentence devait être exécutée contre *Norsolor*, malgré son annulation dans son pays d'origine (Vienne).

Selon la Cour de cassation de Paris, rien dans la loi française n'autorise le refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale annulée. La Convention de New York,

⁸⁸⁷ Hamid G. Gharavi, « Enforcing Set Aside Arbitral Awards: France's Controversial Steps Beyond the New York Convention », 6 *J. Transnat'l L. & Pol'y* 93, (1996), p. 97.

⁸⁸⁸ Judgment of Nov. 19, 1982, *Societe Pabalk Ticaret Sirketi c./ Societe Anonyme Norsolor*, Cour d'appel de Paris, 1983 *REV. ARB.* 472, XI *Y.C.A.* 487 (1986).

notamment l'article VII, ne prive pas les parties de leur droit de recourir à une loi nationale « *plus-favorable* », à l'exécution d'une sentence arbitrale. En définitive, le juge ne peut pas refuser l'exécution que son système législatif national autorise. Conformément aux dispositions de l'article 12 du NCPC français (de 1981), le juge doit *ex officio* rechercher si c'est le cas⁸⁸⁹. En effet, les juges français ont l'obligation et non seulement le droit, de juger en faveur des dispositions de l'article VII al.1^{er} de la Convention et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, même si l'exécution doit être normalement refusée, conformément aux dispositions de l'article V al.1^{er} (e) de la Convention de New York.

De même, dans l'affaire *Société Hilmarton c./ Société OTV*,⁸⁹⁰ un contrat a été signé le 12 décembre 1980 entre *Hilmarton Ltd.* (Hilmarton), une entreprise anglaise de conseils, et une entreprise française de Traitement et de Valorisation dénommée *Omnimum* (OTV). *Hilmarton* a accepté de fournir des conseils à *OTV*, pour qu'elle obtienne un contrat gouvernemental d'assainissement de la cité d'Alger en Algérie⁸⁹¹.

Selon le contrat entre les deux parties précitées en cas de conflit, les parties ont accepté de recourir à l'arbitrage auprès de la CCI de Genève (Suisse) et de se soumettre à la loi du canton de Genève. *OTV* a obtenu le contrat en 1983 et a payé 50 %, seulement du montant prévu par le contrat. *Hilmarton* a cherché le paiement du montant total et a initié la procédure arbitrale auprès de la CCI de Genève. Le 19 Août 1988, la CCI de Genève a rendu une sentence rejetant la requête de *Hilmarton*.

Le 17 novembre 1989, à la base de la requête de *Hilmarton*, la Cour de justice du canton de Genève, a annulé la sentence arbitrale en se fondant sur les dispositions de l'article 36 (f) de la loi inter-cantonale suisse, portant sur l'arbitrage. En effet, la Cour a affirmé que la convention d'arbitrage conclue entre *Hilmarton* et *OTV*, portait atteinte à la loi algérienne qui interdisait le recours à des intermédiaires, pour l'obtention d'un contrat gouvernemental. Toutefois, la Cour a statué en faveur de *Hilmarton* pour les raisons suivantes : d'une part, les

⁸⁸⁹Jugement du 9 octobre 1984, *Société Pabalk Ticaret Sirketi c./ Société Anonyme Norsolor*, 1985 *REV. ARB.*, p.432.

⁸⁹⁰ Cass. 1e civ., 23 mars 1994, 121(3) *J.D.I.* 701(1994).

⁸⁹¹ Jugement du 17 novembre 1989, *Société Hilmarton c./ Société OTV*, Cour de Justice de Canton de Geneve, 1993 *REV. ARB.* 315 ; XIX *Y.C.A.* 214 (1994).

activités d'un intermédiaire sont autorisées par la loi suisse, à partir du moment où aucun pot-de-vin n'a été avancé ; d'autre part, *Hilmarton* a exécuté ses obligations contractuelles envers *OTV*. En conséquence, *Hilmarton* a le droit de recevoir le montant entier du paiement de la somme d'argent prévue au contrat. Le tribunal fédéral suisse qui constitue la plus haute juridiction suisse, a confirmé l'arrêt d'appel.

Malgré l'annulation de la sentence arbitrale de la CCI de Genève par la Cour d'appel suisse, *OTV* a cherché l'exécution de la sentence en France. Le 27 février 1990, le TGI de Paris a autorisé l'exécution de la sentence. Le 19 décembre 1991, la Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement rendu par le TGI et autorisé l'exécution⁸⁹².

Enfin, le 23 mars 1994, la Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt d'appel, en confirmant ainsi l'approche française de la délocalisation. *Hilmarton* avait avancé que l'article V al.1^{er} (e) de la Convention de New York s'applique et que l'exécution d'une sentence arbitrale annulée par la CCI devait être refusée. La Cour de cassation a rejeté les arguments de *Hilmarton*, en affirmant que la sentence était de nature internationale, elle ne faisait pas partie intégrante du système juridique suisse. Son existence était établie, malgré son annulation. La reconnaissance de cette sentence par les juridictions françaises n'était pas contraire à l'ordre public international.

Après l'annulation de la sentence arbitrale de la CCI par le Tribunal fédéral suisse, le conflit a été soumis de nouveau à l'arbitrage en Suisse. Une nouvelle sentence a été adoptée le 10 avril 1992, en faveur de *Hilmarton*. En se fondant sur la Convention franco-suisse de coopération judiciaire du 15 juin 1869, *Hilmarton* a recherché en France la reconnaissance de la décision du Tribunal fédéral suisse en annulation de la sentence de la CCI. Le TGI de Nanterre a reconnu l'annulation par jugement du 22 septembre 1993. Tout en se référant au jugement de la Cour de justice du canton de Genève du 17 novembre 1989, le Tribunal a affirmé que le jugement n'était pas contraire à l'ordre public français. *OTV* a

⁸⁹² Jugement du 19 Décembre 1991, *Société Hilmarton c./ Société OTV*, Cour d'appel de Paris, 1re Ch. suppl., 1993 *REV. ARB.* 300, p.301.

intenté un recours en appel contre le jugement de première instance auprès de la Cour d'appel de Versailles⁸⁹³.

La Cour d'appel de Versailles a traité les deux recours conjointement. Le 29 juin 1995, elle confirma la décision d'exécution du 17 avril 1990, adoptée par le Tribunal fédéral suisse, ainsi que l'exequatur du 10 avril 1992. En conséquence, la Cour d'appel de Versailles a autorisé la coexistence de deux décisions contradictoires, portant sur les mêmes parties et le même sujet. Selon la Cour, une telle situation ne porte pas atteinte à l'ordre public international français. Elle proposa aux parties d'avoir recours à l'article 618 du CPC français qui permet à la Cour de cassation d'annuler l'une des deux décisions contradictoires, habituellement, la deuxième décision.

Cet arrêt, qui autorise la coexistence de deux sentences différentes, portant sur les mêmes parties et le même sujet, crée une situation dangereuse qui porte atteinte à l'uniformité juridique voulue par la Convention de New York ainsi qu'à l'image de l'arbitrage commercial international⁸⁹⁴.

La Cour d'appel de Paris a affirmé dans l'affaire *Chromalloy Aeroservices c./ Arab Republic of Egypt*⁸⁹⁵, que la sentence adoptée en Egypte avait un caractère international et ne faisait donc pas partie intégrante du système juridique de l'Etat. Il est vrai que la sentence a été annulée en Egypte. Toutefois, elle demeure valable et susceptible d'exécution en France, sans que cela ne porte atteinte à l'ordre public international.

Dans l'affaire *ASECNA c./ Mr. N'Doye*⁸⁹⁶, une partie sénégalaise a cherché l'exécution en France d'une sentence arbitrale adoptée au Sénégal. Selon celle-ci, il incombait à l'employeur (ASECNA) de payer une certaine somme d'argent à Monsieur N'Doye. ASECNA a intenté un recours en appel auprès des juridictions sénégalaises contre la

⁸⁹³ Jugement du 29 Juin 29, 1995, Société OTV c./ Société Hilmarton, Cour d'appel de Versailles, 1995 *REV. ARB.* 639.

⁸⁹⁴ Hamid G. Gharavi, « Enforcing Set Aside Arbitral Awards: France's Controversial Steps Beyond the New York Convention », 6 *J. Transnat'l L. & Pol'y* 93, (1996), p.103.

⁸⁹⁵ XXII *Y.C.A.* 691 (1997), (Cour d'appel).

⁸⁹⁶ Cass. 1e civ., 17 oct. 2000.

sentence. Entre temps, Monsieur *N'Doye* a cherché l'exécution en France. Malgré la décision de suspension adoptée par le tribunal sénégalais, la Cour de cassation française a soutenu la décision d'appel d'exécution de la sentence. Il faut noter que l'arrêt de cassation a été adopté contrairement aux dispositions de l'article V al.1^{er} (e) de la Convention de New York et de l'article 54 de la Convention bilatérale franco-sénégalaise du 29 mars 1974, qui impose aux juridictions de refuser l'exécution. Selon la Cour, il faut adopter une loi « *plus-favorable* » à l'exécution de la sentence arbitrale, conformément aux dispositions de l'article VII al.1^{er} de la Convention de New York, (la loi nationale française).

L'affaire *Cleric c./ Calaterra*⁸⁹⁷ de 2002 portait sur l'exécution d'une sentence arbitrale rendue en Italie. Le TGI de Paris a exécuté la sentence, qui, entre temps, faisait l'objet d'un recours en appel, auprès des tribunaux de Rome. L'une des parties au conflit a intenté un recours en appel auprès de la Cour d'appel de Paris. D'après cette partie, l'exécution portait atteinte à la Convention bilatérale entre la France et l'Italie, portant sur l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (la Convention de Rome). Selon l'article 1^{er} de la Convention de Rome, la sentence doit être finale et susceptible d'exécution au lieu où elle a été rendue, avant d'être susceptible d'exécution ailleurs. La Cour d'appel de Paris a retenu que, selon la loi française, il n'est pas nécessaire d'épuiser toutes les voies de recours avant que la sentence ne soit susceptible d'exécution. Les juridictions ont suivi le raisonnement de la Cour de cassation française dans l'affaire précitée (*ASECNA c./ N'Doye*), pour retenir que la loi française n'exige pas, pour l'exécution d'une sentence, qu'elle soit définitive au lieu où elle a été rendue.

L'affaire *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Emirat de Dubai (DGAC) c./ International Bechtel*⁸⁹⁸ constitue un autre cas français qui renforce l'approche de délocalisation. La Cour d'appel de Paris a confirmé un ordre d'exécution d'une sentence rendue à Dubaï. Or, cette sentence a été annulée par la haute Cour civile des Emirats Arabes Unis. Selon les faits, un conflit est intervenu entre les parties et l'arbitrage a eu lieu à Dubaï, conformément aux lois des Emirats Arabes Unis. La sentence a été rendue en faveur de *Bechtel*, elle lui a accordé le montant de 24.4 millions de dollars. Le demandeur s'y est

⁸⁹⁷ CA Paris, 10 oct. 2002.

⁸⁹⁸ CA Paris, 29 sept. 2005, (3) *Stockholm Int, Rev. Arb.* 151(2005).

opposé auprès du TGI de Dubaï. Ce dernier a contesté la sentence. Le 16 novembre 2002, la Cour d'appel de Dubaï confirma le jugement de première instance pour affirmer que, selon la loi locale, l'arbitre a commis une erreur dans la procédure de témoignage.

En conséquence, le 21 octobre 2003, le TGI de Paris exécute la sentence contre la Direction Générale de l'Aviation Civile (DGAC). Toutefois, le 25 mai 2004, la Cour de cassation de Dubaï confirme l'annulation de la sentence prononcée par les juridictions inférieures. Par la suite, la DGAC intente un recours en appel auprès de la Cour d'appel de Paris, pour s'opposer à l'exécution de la sentence, tout en se fondant sur l'arrêt de cassation de la Cour de cassation de Dubaï, annulant la sentence. Selon la DGAC, l'arbitre aurait abusé de ses pouvoirs en n'appliquant pas la loi locale. L'exécution d'une sentence insusceptible d'exécution à Dubaï, porte atteinte à l'ordre public international. La Cour, en rejetant cet argument, a affirmé que l'annulation prononcée à Dubaï, n'avait aucun effet international et concernait uniquement la souveraineté territoriale du lieu où elle est rendue.

Par ailleurs, dans un autre arrêt de la Cour de cassation rendu le 29 juin 2007, la société *PT Putrabali Adyamulia*⁸⁹⁹ avait vendu du poivre à la société *Rena Holdings*. En l'espèce, le contrat de vente entre les deux sociétés prévoyait que tout conflit sera soumis à l'arbitrage à Londres et serait résolu d'après les réglementations arbitrales de l'Association Internationale et Générale de Production (*IGPA*). Suite à un conflit, une sentence arbitrale a été adoptée le 10 avril 2001. A la requête de *Putrabali*, la Haute Cour anglaise a partiellement annulé la sentence. En conséquence, le 21 Août 2003, le tribunal arbitral de l'*IGPA* a adopté une nouvelle version de la sentence. Entre temps, *Rena Holding* a cherché l'exécution en France de la première sentence du 10 avril 2001. Malgré son annulation en Angleterre, la juridiction française a autorisé l'exécution.

En effet, la Cour de cassation a décidé 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*

⁸⁹⁹ *Société PT Putrabali Adyamulia c./ SA Rena Holdings*, Cour de cassation, 29 Juin 2007, XXXII Y.C.A. 299 (2007), voir aussi

<www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_no_10607.html>.

et son exécution sont demandées; qu'en application de l'article VII de la Convention de New-York du 10 juin 1958, la société Rena Holding était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2001 conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et 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. Que dès lors, c'est sans encourir les griefs du pourvoi que la Cour d'appel a décidé, à bon droit, que la sentence du 10 avril 2001 devait recevoir l'exequatur en France»⁹⁰⁰

Putrabali a alors cherché l'exécution de la seconde sentence du 21 août 2003. La Cour Française a rejeté cette demande en raison de l'autorisation d'exécution déjà accordée pour la sentence du 10 avril 2001 (celle qui a été partiellement annulée en Angleterre). Cela confirme la forte position française qui favorise l'exécution des sentences arbitrales, qu'elles soient l'objet d'un recours ou même annulées par une autorité compétente.

En ce qui concerne le Luxembourg, et comme les juridictions françaises, la Cour d'appel de Luxembourg s'est fondée sur l'article VII de la Convention de New York et sur l'article 1251 du Nouveau Code de Procédure civile luxembourgeois pour affirmer que la possibilité d'annulation d'une sentence arbitrale dans son pays d'origine n'empêche pas son exécution auprès des juridictions luxembourgeoises⁹⁰¹. Par ailleurs, dans l'affaire *Sovereign Participations International S.A. c./ Chadmore Developments Ltd.*⁹⁰², la Cour luxembourgeoise a affirmé que la loi nationale luxembourgeoise ne considère pas l'annulation d'une sentence arbitrale dans son pays d'origine comme un motif valable pour refuser son exécution. Pour cela, la Cour a décidé l'exécution de la sentence annulée.

En ce qui concerne les Etats-Unis, «*l'arrêt Chromalloy de la Cour fédérale de District pour le District de Columbia semblait être la seule décision publiée sur la reconnaissance aux Etats-Unis d'une sentence annulée dans l'Etat du siège de*

⁹⁰⁰ Voir <www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_no_10607.html>.

⁹⁰¹ Dana Freyer, « The Enforcement of Awards Affected by Judicial Orders of Annulment at the Place of Arbitration », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.773.

⁹⁰² XXIVa Y.C.A. 714 (1999).

l'arbitrage »⁹⁰³, ce qui approuve par conséquent l'approche de la délocalisation. Ainsi, dans l'affaire *Chromalloy*, la Cour américaine a appliqué l'approche de délocalisation dans son exécution d'une sentence annulée. Toutefois, la jurisprudence américaine présente de nouvelles décisions qui contredisent l'affaire *Chromalloy* et ne suivent pas l'approche de délocalisation.

Dans *Chromalloy Aeroservices c./ Arab Republic of Egypt*⁹⁰⁴, un contrat a été signé entre *Chromalloy Aeroservices Inc*, une entreprise américaine et l'armée de l'air de la République arabe d'Égypte. Selon le contrat, tout conflit sera résolu par voie arbitrale, conformément à la loi égyptienne. Le contrat prévoit par ailleurs que toute sentence arbitrale sera définitive, insusceptible de recours en appel ou de toute autre voie de recours.

Suite à un conflit, les parties ont eu recours à l'arbitrage en Égypte. Une sentence arbitrale a été adoptée contre la République d'Égypte, imposant le paiement d'une somme d'un montant de 17 million de dollars. *Chromalloy* a cherché à exécuter la sentence auprès de la Cour américaine de Washington DC. Toutefois, avant que cette Cour puisse trancher le conflit, la Cour d'appel égyptienne, suite à un recours intenté par la République d'Égypte, a annulé la sentence en ce qu'elle portait atteinte à la loi égyptienne. *Chromalloy* a demandé l'exécution de la sentence auprès de la Cour américaine de Washington DC et a exigé l'exécution de la sentence, malgré son annulation en Égypte.

La Cour américaine a, en premier lieu, examiné les conditions d'application de l'article Val.1^{er} (e) de la Convention de New York. Il est vrai que l'article V al.1^{er} (e) accorde aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire d'exécution d'une sentence arbitrale annulée dans son pays d'origine. Toutefois, la Cour américaine a décidé de suivre la voie précisée à l'article VII de la Convention de New York, un article permettant d'adopter une loi beaucoup plus favorable à l'exécution des sentences arbitrales. D'après cette Cour, les dispositions de la Convention ne doivent priver la partie intéressée d'aucun de ses droits, dans les limites prévues par la loi et les traités signés par le pays d'exécution de la sentence.

⁹⁰³ S. Besson, « Du nouveau sur la reconnaissance aux États-Unis d'une sentence annulée dans son État d'origine », 18(1) *ASA Bulletin* 60, (2000), p. 60-61.

⁹⁰⁴ 939 F Supp 907 (DDC).

Par ailleurs, la Cour américaine a répondu à la question de savoir s'il faut reconnaître la décision d'annulation de la sentence adoptée par la juridiction égyptienne. Elle a répondu par la négative. En effet, une décision étrangère doit être reconnue par les juridictions américaines, sauf si elle porte atteinte à l'ordre public américain. Or, la Cour égyptienne a violé l'ordre public américain, puisqu'elle privilégiait l'arbitrage tout en ignorant la convention d'arbitrage et la volonté explicite des parties, qui prohibait le recours en appel contre la sentence arbitrale. La Cour américaine a fini par affirmer que le principe de respect réciproque n'exige pas le consentement de la juridiction égyptienne, puisque l'annulation prononcée par cette dernière porte atteinte aux droits contractuels de *Chromalloy*. Selon certains juristes, le résultat de l'affaire *Chromalloy* est correct, et conforme à la législation américaine et pourrait se répéter aux Etats-Unis⁹⁰⁵. Il appartient donc aux juridictions américaines de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale annulée par une juridiction du lieu d'origine, à moins que ce refus ne porte atteinte à l'ordre public américain⁹⁰⁶.

En ce qui concerne les Pays Bas, il semble que la loi arbitrale hollandaise adopte une approche territoriale, dans la mesure où elle n'autorise pas l'exécution d'une sentence arbitrale annulée. Toutefois, dans l'affaire *Yukos Capital S.A.R.L. c./ OAO Rosneft*⁹⁰⁷, la Cour d'appel d'Amsterdam a affirmé que les juridictions hollandaises sont prêtes à abandonner l'approche territoriale. Dans cette affaire, le Président du Tribunal d'Amsterdam a confirmé qu'il incombe aux juges d'exécution de respecter la décision d'annulation, adoptée par l'autorité compétente du lieu de l'arbitrage. Toutefois, il appartient au juge hollandais, dans des circonstances exceptionnelles, d'exécuter aux Pays-Bas une sentence arbitrale annulée⁹⁰⁸. Dans cette affaire, l'entreprise luxembourgeoise *Yukos Capital S.A.R.L (Yukos)* a cherché l'exécution aux Pays-Bas de quatre sentences arbitrales rendues en sa faveur et contre l'entreprise russe *O.J.S.C Rosneft (Rosneft)*. En effet, les sentences ont été annulées par les

⁹⁰⁵ D. W. Rivkin, « The Enforcement of Awards nullified in the Country of Origin: The American Experience », dans Albert Jan van den Berg, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, (ICCA congress series no.9), *Kluwer Law International*, (1999), p.529.

⁹⁰⁶ John Fellas, « Transatlantic Commercial Litigation and Arbitration », *Oceana Publication inc.*, (2004), p.650.

⁹⁰⁷ No. 200.005.269/01, rendue 28 avril 2009.

⁹⁰⁸ *Yukos Capital S.à.r.l. c./ O.J.S.C. Rosneft, N.I.P.R.* 117, No. 119 (No. 2, 2008).

juridictions russes en première et seconde instance. Entre temps, un recours en cassation a été intenté auprès de la Cour Suprême russe.

Au cours de la procédure d'exécution, le débat s'est concentré sur les différentes dispositions de l'article V de la Convention de New York. *Yukos* s'est fondé sur la version anglaise, espagnole, russe et chinoise (d'après lesquelles la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées si la sentence a été annulée dans le pays d'origine), pour affirmer que le juge d'exécution a abusé de son pouvoir dans sa décision d'octroyer l'exequatur à une sentence arbitrale annulée. De plus, *Yukos* a ajouté que les juridictions russes ont annulé la sentence; cette annulation ne doit pas être prise en compte, dans la mesure où les juridictions russes n'étaient pas impartiales dans leurs décisions, puisque dépendante de l'Etat. En revanche, *Rosneft* s'est fondé sur la version française de l'article V, qui prévoit que « *ne seront refusées que si* », pour affirmer que le juge d'exécution ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour exécuter une sentence annulée.

Selon le Président de la Cour d'Amsterdam, la Convention de New York permet à l'autorité compétente du pays dans lequel la sentence a été rendue, d'annuler cette sentence. En principe, il incombe au juge hollandais de respecter cette décision et de refuser l'exécution de la sentence annulée, à moins que des circonstances exceptionnelles ne se présentent. La Cour a ajouté que des circonstances extraordinaires se présentaient en ce que la Cour, ayant annulé la sentence, a porté atteinte aux règles procédurales par sa partialité et par l'insuffisance de ses arguments. Tout en retenant que *Yukos* n'a pas rapporté la preuve nécessaire, portant sur les atteintes commises par les juridictions russes, le Président de la Cour a refusé l'exécution de la sentence.

Le 28 février 2008, le Président de la Cour d'Amsterdam a refusé la requête de *Yukos*, tout en se fondant sur l'article V al.1 (e) de la Convention de New York. Le 28 avril 2009, la Cour d'appel d'Amsterdam a renversé le jugement refusant l'exécution de la sentence, pour ordonner l'exécution des quatre sentences annulées par les juridictions russes, à cause de la présence de circonstances exceptionnelles.

Ainsi, les juridictions françaises, luxembourgeoises, américaines et hollandaises sont prêtes pour reconnaître et exécuter des sentences arbitrales annulées dans le lieu où elles ont été adoptées⁹⁰⁹. Elles se fondent sur l'article V de la Convention de New York et le considèrent comme adoptant une approche plutôt permissive et non pas obligatoire. Il faut noter qu'aucune des deux approches territoriale ou de délocalisation n'a pas eu un grand succès dans le domaine de l'exécution des sentences arbitrales annulées. Il existe donc un besoin pour une solution de compromis entre les deux approches (C).

C- L'approche du compromis :

Une approche de compromis permet de réduire la distance qui existe entre les partisans de l'approche territoriale et les partisans de l'approche de délocalisation. Le compromis provient de l'essence même de l'arbitrage, il s'agit du mécanisme contractuel pour la résolution des conflits. Plusieurs juristes ont présenté des approches différentes pour résoudre le problème afférent à la diversité des approches, quant à l'exécution des sentences arbitrales annulées.

Monsieur Paulsson a suggéré que les juridictions d'exécution ignorent la décision d'annulation, dans la mesure où cette dernière intervient conformément à une disposition légale spécifique au pays d'origine et non pas à une disposition internationale. Elles doivent refuser l'exécution uniquement quand l'annulation est fondée sur une règle reconnue par la loi internationale et quand il y a une atteinte à cette règle internationale, permettant la proclamation de l'annulation⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4^{ème} Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, (2004), p.539.

⁹¹⁰ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.328.

Cela permet aux juristes de se référer aux dispositions des quatre premiers alinéas de l'article V de la Convention de New York⁹¹¹. Selon Monsieur Paulsson, l'effet d'annulation interne basé sur un principe national doit avoir un effet limité ne dépassant pas les limites des frontières nationales. Sinon, il doit être ignoré en dehors du pays d'origine.

Le texte de la Convention européenne de Genève de 1961,⁹¹² s'éloigne de la Convention de New York et s'approche plutôt de la proposition de Monsieur Paulsson. Selon l'article IX al.1^{er} de cette Convention de Genève, il est possible de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale annulée quand : l'annulation est intervenue dans le pays ou d'après la loi duquel la sentence a été adoptée ; l'annulation est fondée sur les motifs prévus aux articles IX al.1^{er} (a-d) de cette Convention, (notamment les motifs prévus aux articles V al.1^{er} (a-d) de la Convention de New York).

Selon l'article IX al.1^{er} de la Convention européenne de Genève de 1961, une décision judiciaire d'annulation d'une sentence arbitrale n'aboutit pas nécessairement au refus de reconnaissance, si la décision repose sur un motif spécifique à la juridiction ou à l'ordre public national.

En revanche, un autre courant doctrinal suggère que le critère applicable à l'exécution des décisions financières étrangères, s'applique aussi à l'exécution des décisions d'annulation⁹¹³. D'après cette approche, une juridiction est tenue de respecter une décision d'annulation à moins que cette décision ne soit touchée par la fraude ou qu'elle ne porte atteinte à l'ordre public national ou à un principe fondamental de l'ordre public international.

Il semble enfin que la Convention de New York ait laissé un pouvoir discrétionnaire d'annulation au pays où la sentence a été rendue. Cette Convention n'a donc pas traité la question de l'annulation des sentences arbitrales ; c'est ce qui explique qu'il

⁹¹¹ Ray Y. Chan, « The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of Chromalloy », 17 *B.U. Int'l L.J.* 141, (1999), p.194.

⁹¹² Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, du 21 avril 1961).

⁹¹³ 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.* 43, (2002), p.83.

n'existe pas une approche uniforme de l'annulation de la sentence⁹¹⁴. Le terme autorité compétente pour l'annulation d'une sentence arbitrale, peut aboutir à une confusion théorique. En pratique, les juridictions semblent fournir une interprétation uniforme et une application commune de l'application de cette expression. En revanche, la Convention ne précise pas la solution à adopter après l'annulation d'une sentence par son pays d'origine. Demeure-t-elle exécutable ? La réponse à cette question dépendra de la législation nationale. Pour cela, il se peut qu'une sentence annulée dans un pays soit susceptible d'exécution dans un autre.

Les juridictions et les juristes de différents pays ont adopté des approches diversifiées pour résoudre le problème de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale annulée. De plus, les deux approches générales (l'approche territoriale et l'approche de la délocalisation), présentent leurs propres lacunes. L'existence même de deux approches réduit les chances d'une solution uniforme, et cela risque de porter atteinte au but de la Convention de New York.

Pour respecter ce but et parvenir à une application uniforme, il faut adopter une solution de compromis comme celle suggérée par Monsieur Paulsson. Ces suggestions encouragent la communauté internationale à adopter une solution uniforme dans le contexte de l'exécution des sentences arbitrales annulées. Voyons ce qu'il en est des, en est-il sentences suspendues (**Paragraphe III**).

Paragraphe III- La suspension d'une sentence arbitrale :

La Convention de New York ne définit pas le terme « *suspendue* », d'autant plus que l'intention des rédacteurs n'est pas claire dans les travaux préparatoires de cette Convention⁹¹⁵. En revanche, plusieurs définitions ont été avancées pour préciser le terme

⁹¹⁴ Linda Silberman, « The New York Convention after Fifty Years: Some Reflections on the Role of National Law », *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 25, (2009), p.28.

⁹¹⁵ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.342.

« *suspendu* ». Il est possible de présumer que ce terme porte sur la suspension de l'exécution d'une sentence dans son pays d'origine⁹¹⁶. D'autres juristes affirment que ce terme s'applique quand la validité de la sentence est « *défectueuse* ». Dans ce cas, la juridiction suspend l'exécution, jusqu'à ce que le problème soit jugé par la juridiction compétente pour annuler une sentence⁹¹⁷.

Selon Monsieur Van Den Berg, pour que l'ordre de suspension d'une sentence aboutisse au refus d'exécution, il incombe au défendeur de rapporter la preuve que l'ordre de suspension a été adopté par l'autorité compétente du pays d'origine. En effet, cette règle est clairement prévue à l'article V al.1^{er} (e) de la Convention de New York. Il ne suffit donc pas que la sentence soit suspendue d'office par la loi du pays d'origine⁹¹⁸. Si une suspension d'office était suffisante pour aboutir au refus d'exécution d'une sentence, une procédure en annulation aurait été aussi suffisante pour refuser l'exécution dans un pays signataire de la Convention⁹¹⁹.

En 1979, la Cour Suprême suédoise a affirmé que la suspension d'exécution qui, dans certains pays comme la France, intervient d'office, suite au déclenchement d'une procédure en annulation, ne peut pas être considérée comme conforme aux dispositions de l'article V al.1^{er} (e) de la Convention de New York⁹²⁰. En effet, le texte de la Convention exige que la sentence soit suspendue par une autorité compétente, ce qui exclut la suspension d'office prévue par la loi nationale du pays d'origine⁹²¹. Suite à ce raisonnement, il est possible de dire que l'intention de la Convention de 1958 était de retenir la suspension adoptée par une décision judiciaire, en ce que seule cette dernière peut chasser le doute, et peut ainsi éviter des sentences contradictoires.

⁹¹⁶ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.351.

⁹¹⁷ Fouchard, Gaillard et Goldman, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (1999), p. 980.

⁹¹⁸ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.352.

⁹¹⁹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.342-3.

⁹²⁰ Fouchard, Gaillard et Goldman, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (1999), p. 980.

⁹²¹ *Ibid.*

Cependant, l'affaire *Creighton Limited c./ the Government of the State of Qatar*⁹²² a abouti à l'adoption d'une solution étrange. Selon celle-ci, une suspension d'office d'une sentence a été considérée comme suffisante, pour que les juridictions américaines en refusent l'exécution. La sentence a été adoptée en France et la Cour américaine s'est référée au Code de procédure français pour déterminer si la sentence est suspendue ou non. Selon ces textes, la sentence est suspendue d'office, à partir du moment où elle est annulée par les juridictions françaises. Par la suite, les juridictions américaines ont appliqué leur pouvoir discrétionnaire prévu à l'article V al.1^{er} (e) de la Convention, pour refuser l'exécution d'une sentence. En réalité, la suspension d'office d'une sentence arbitrale, conformément aux dispositions légales françaises⁹²³, ne répond pas nécessairement aux conditions prévues à l'article V al.1^{er} (e). Il faut souligner que le nouveau décret français du 13 janvier 2011, introduit au Code de procédure civile l'article 1526, selon lequel la requête en annulation d'une sentence arbitrale internationale n'aboutit plus nécessairement à la suspension d'office de son exécution⁹²⁴.

Enfin, ni le texte de la Convention de New York, ni son application par les juridictions nationales n'ont permis de clarifier le terme de « *suspension* ». Cela démontre la diversité de l'interprétation de la Convention de New York, en ce que les tribunaux se réfèrent souvent aux législations nationales. De plus, il n'existe aucune précision quant à la démarche à adopter en cas de suspension d'office. En conséquence, il est impossible de parvenir à une application uniforme de la Convention de New York.

⁹²² XXI Y.C.A. 752 (1996).

⁹²³ NCPC, Art 1506.

⁹²⁴ Jean-Pierre Harb et Christophe Lobier, « New Arbitration Law in France: The Decree of January 13, 2011 », 26(3) *MEALEY'S International Arbitration Report* 26, (2011), p.30; Charles Jarrosson et Jacques Pellerin, « Le droit Français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », 1 *Revue de l'arbitrage*, 5, (2011), p74-75.

Conclusion du premier Chapitre :

Dans ce chapitre relatif aux motifs de refus d'exécution des sentences arbitrales étrangères, demandée par la partie désirant s'opposer à son exécution, l'on a remarqué l'existence de cinq motifs de refus différents :

Premièrement, l'invalidité de la convention d'arbitrage pour incapacité des parties ou illicéité de la convention d'arbitrage. Bien que ces deux motifs restrictifs favorisent l'exécution de la sentence arbitrale, ils restent néanmoins variés, puisqu'ils dépendent des législations étatiques. Certaines juridictions peuvent ainsi les adopter, tandis que d'autres peuvent ne pas les prendre en considération. Il n'y a donc pas une application uniforme des dispositions de l'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York.

Deuxièmement, l'atteinte au principe du contradictoire abordé par la Convention de New York, qui a dans ce sens retenu deux aspects : le droit des parties d'être dûment notifié et leur droit de présenter leurs moyens. La Convention n'a pas déterminé ce que recouvraient exactement ces deux aspects, ni même précisé la loi applicable. Il appartient donc aux juridictions internes de les interpréter et de préciser les lois applicables. Cela ne peut qu'aboutir à une diversité dans l'application de la Convention de 1958.

Troisièmement, la sentence prises sans ou en dehors du cadre de la convention d'arbitrage. Ainsi, l'article V al.1^{er} (c) ne précise pas la loi applicable à la convention d'arbitrage, pour déterminer si l'arbitre s'est bien conformé à sa mission. Il est donc possible de parvenir à des résolutions diverses dans ce domaine. Cette diversité couvre deux cas : les sentences « *ultra petita* » et les sentences « *infra petita* ». Tandis que l'objectif de la Convention est de garantir une application uniforme du principe d'exécution des sentences arbitrales, la sentence « *ultra petita* » se distance de cet objectif et ce, d'autant plus que les juridictions nationales adoptent des approches diverses dans ce domaine.

Quatrièmement, le défaut de conformité de la composition du tribunal arbitral ou de la procédure à la convention des parties ou au droit du pays où la sentence a été rendu.

Dans ce cadre, les dispositions de l'article V al.1^{er} (d) de la Convention de New York prévoient la suprématie de la volonté des parties sur la loi étatique, en déterminant la procédure arbitrale. Cependant, il n'existe pas de consensus entre les différentes juridictions nationales en la matière. De nombreux conflits existent donc en ce qui concerne les différentes procédures à suivre par les parties et par la loi du lieu de l'arbitrage.

Enfin, la sentence non-obligatoire, ou annulée ou suspendue dans son pays d'origine. Il faut souligner dans ce cadre que le but de la Convention de New York est de simplifier la procédure par l'introduction du terme « *obligatoire* » et l'élimination du double « *exequatur* ». Toutefois, ni l'esprit de la Convention, ni les juridictions ne fournissent pas une interprétation uniforme de ce terme. Par ailleurs, la Convention de New York semble avoir laissée un pouvoir discrétionnaire d'annulation au pays où la sentence a été rendue. En outre, il semble également que cette Convention n'a pas traité la question de l'annulation des sentences arbitrales, c'est ce qui explique qu'il n'existe pas une approche uniforme dans le cadre de l'annulation des sentences arbitrales étrangères⁹²⁵. D'ailleurs, ni le texte de la Convention de New York, ni son application par les juridictions nationales n'ont permis de clarifier le terme de « *suspension* ». Cela démontre la diversité de l'interprétation de la Convention de New York, en ce que les tribunaux se réfèrent souvent aux législations nationales.

⁹²⁵ Linda Silberman, « The New York Convention after Fifty Years: Some Reflections on the Role of National Law », *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 25, (2009), p.28.

Chapitre II :

Les motifs de refus d'exécution soulevés d'office par les juridictions étatiques

L'article V al. 2 prévoit que : « *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 ...* »

Selon les dispositions de l'article V al.2 de la Convention de New York, la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère peuvent être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées constate que d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ou que la reconnaissance ou l'exécution de cette sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

Ainsi, l'article V al.2 prévoit deux cas dans lesquels la juridiction étatique peut refuser l'exécution d'une sentence arbitrale. Le premier cas porte sur l'arbitrabilité du litige. La seconde touche aux questions d'ordre public. L'arbitrabilité du litige visée à l'article V al.2(a) soulève la question de la compétence du tribunal arbitral, tandis que l'exigence de respect de l'ordre public visée à l'article V al.2(b), implique l'appréciation de la sentence arbitrale adoptée par le tribunal arbitral⁹²⁶.

En conséquence, les alinéas (a) et (b) appellent deux domaines d'études distinctes. Le premier (relatif à l'arbitrabilité du litige) fonde le rejet de la compétence de l'arbitre pour résoudre le litige et constitue un obstacle procédural absolu à la reconnaissance de la sentence arbitrale, indépendamment du contenu de celle-ci. Inversement, le second (relatif à l'exception de l'ordre public) ne rend pas le litige inarbitrable, mais porte sur le contenu de la sentence et impose des règles aux arbitres et aux sentences arbitrales qu'ils rendent.

⁹²⁶ Homayoon Arfazadeh, « In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception », *Am. Rev. Int'l Arb.* 43, (2004), p.56.

Selon les législations nationales, il est possible de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, en se fondant sur la contrariété à l'ordre public ou l'inarbitrabilité du litige. Par exemple, la section 1060 al.2 du CPC allemand « Zivil Prozess Ordnung (ZPO) » autorise toujours le tribunal étatique à refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, lorsqu'elle est contraire à l'ordre public ou que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage. En Belgique, l'article 1710 al.3 du Code judiciaire belge autorise également le président de la juridiction compétente à refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence dans les mêmes circonstances précitées.

On reconnaît le succès d'une convention internationale, principalement lorsque l'interprétation qui en est faite par les juridictions étatiques est uniforme et autonome⁹²⁷. En ce qui concerne la Convention de New York, le texte n'a pas explicitement précisé le rôle du droit national, contribuant ainsi largement à l'impossibilité d'établir une base internationale commune, en matière d'arbitrage commercial international. C'est ce qui ressort clairement des dispositions de l'article V al.2 de la Convention, qui donne au droit national un rôle important en matière d'exécution des sentences arbitrales.

Les dispositions de l'article V al.2 accordent donc à la juridiction compétente du lieu d'exécution de la sentence un pouvoir discrétionnaire, afin de vérifier que la sentence arbitrale est conforme aux exigences de base, de justice et d'équité du pays d'exécution et que l'objet du litige est susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage, d'après les lois de ce pays⁹²⁸. L'article V al.2 tient donc compte de la loi nationale et des juridictions du lieu d'exécution et leur offre un minimum de sécurité, en leur donnant le moyen d'éviter l'exécution d'une sentence arbitrale qui violerait les règles relevant de sa propre compétence⁹²⁹.

⁹²⁷ Linda Silberman, « The New York Convention after Fifty Years: Some Reflections on the Role of National Law », *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 25, (2009), p.26.

⁹²⁸ A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p.423.

⁹²⁹ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p.134.

Cependant, en l'absence d'une définition uniforme de l'arbitrabilité et de la notion d'ordre public commune à tous les Etats Signataires de la Convention de New York, il est possible qu'un Etat A, refuse la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, par exemple en raison de sa contrariété à l'ordre public, tandis que l'Etat B l'aurait reconnue ou aurait accordé l'*exequatur*. Il est d'ailleurs significatif que la Convention n'ait pas défini la notion d'ordre public, ni précisé ses limites⁹³⁰. Au lieu de cela, elle a laissé les Etats Signataires entièrement libres de définir ces notions et donc de refuser l'exécution des sentences arbitrales.

Il serait préférable de limiter l'application des concepts de l'article V al.2, aux cas non visés par l'article V al.1^{er}, en raison de la nature différente de l'article V al.2 qui permet au juge étatique d'agir de sa propre initiative, alors que l'article V al.1^{er} nécessite une requête d'une des parties. Selon la Cour suprême suisse, l'atteinte de la sentence à l'ordre public ne peut pas être invoquée, dès lors que l'article V al.1^{er} est applicable. L'objectif de cette exception d'ordre public est justement de couvrir les cas qui ne sont pas visés par l'article V al.1^{er}⁹³¹.

Pour autant, cette approche doit être nuancée, dans la mesure où il arrive souvent qu'une même situation puisse relever à la fois des dispositions de l'article V al.1^{er} et de l'article V al.2⁹³². L'approche suisse est plus favorable par rapport à celle prévue par la Convention de New York, en ce que cette dernière impose des conditions de preuve différentes dans les articles V al.1^{er} et al.2. Bien que dans les deux cas visés par l'article V al.2, la juridiction étatique peut refuser d'office la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence, sans qu'une partie en fasse la demande⁹³³, c'est au défendeur que revient la charge

⁹³⁰ Pierre Lastenouse, « Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene », 16(2) *Journal of International Arbitration* 25, (1999), p.34.

⁹³¹ Tribunal Federal, XI Y.C.A. 538 (1986).

⁹³² Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.367.

⁹³³ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p.720.

de prouver que la situation correspond à l'une des deux hypothèses de l'article V al.2⁹³⁴, relatives à l'inarbitrabilité du litige (**Section I**), ou à l'atteinte à l'ordre public (**Section II**).

Section I : L'inarbitrabilité du litige :

L'article V al. 2 (a) prévoit que : « [...] d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ». L'arbitrabilité est une condition spécifique afférente à l'aspect juridictionnel des conventions d'arbitrage, elle constitue une condition préalable à l'intervention du tribunal pour résoudre le conflit (une condition juridictionnelle), plutôt qu'une condition de validité de la convention d'arbitrage (une condition contractuelle). Sur le plan international, l'arbitrabilité signifie que lorsque le litige porte sur certaines matières spécifiques, il ne peut pas être soumis à l'arbitrage, soit parce que la matière est d'ordre public, soit parce que leur objet ne relève pas de la convention d'arbitrage. L'arbitrabilité permet donc d'identifier les conflits portant sur une matière susceptible d'être soumise à l'arbitrage, et qui ne relève pas exclusivement de la compétence des juridictions étatiques.

En général, les limites à l'arbitrabilité reposent sur deux concepts imposés par les juridictions étatiques. D'une part, les conflits susceptibles ou non d'être soumis à l'arbitrage doivent être déterminés dans le respect des obligations prévues par la loi locale. D'autre part, certains litiges, en raison de leur nature, ne peuvent pas être réglés par voie d'arbitrage et doivent être soumis aux juridictions étatiques. Ces deux limites reposent sur la conception selon laquelle seuls les tribunaux étatiques peuvent interpréter correctement la loi applicable au litige (**Paragraphe I**), pour bien déterminer par la suite les matières qui sont susceptibles d'être réglé par voie d'arbitrage (**Paragraphe II**).

⁹³⁴ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.348.

Paragraphe I- La loi applicable :

L'arbitrabilité d'un conflit peut être envisagée en deux étapes différentes de la procédure de résolution du conflit. La décision varie selon les systèmes juridiques⁹³⁵. Le début de la procédure constitue la première étape. Une juridiction nationale peut être saisie dans le cadre d'une procédure judiciaire, initiée en violation d'une convention d'arbitrage. La suspension de la procédure peut être refusée sur le fondement de l'inarbitrabilité du litige, conformément aux dispositions des législations nationales.

A cette étape de la procédure, la juridiction étatique pourrait encore être saisie pour déclarer la force exécutoire de la convention d'arbitrage, par exemple, par une ordonnance. La phase d'exécution constitue la seconde étape, pendant laquelle la question de l'arbitrabilité du litige peut se poser. Elle peut être soulevée dans un ou plusieurs pays, dans lesquels la sentence arbitrale pourrait être exécutée. En effet, selon la législation nationale du pays en question, l'exécution peut être refusée, en ce que l'objet même du conflit n'est pas susceptible d'être résolu par voie d'arbitrage⁹³⁶. Lors de cette étape, il est donc possible que chaque régime législatif national présente des réponses différentes.

Ainsi, la pratique de l'arbitrage international montre que la question de l'arbitrabilité du litige n'est pas facile à résoudre, dans la mesure où elle dépend des législations nationales et de l'étape où elle sera invoquée⁹³⁷. En d'autres termes, dans quelle mesure la question doit être tranchée par le tribunal arbitral, ou par la juridiction étatique saisie par les parties, ou au cours de la procédure d'exécution⁹³⁸. En effet, les tribunaux risquent de prendre en considération des critères différents, pour déterminer l'arbitrabilité d'un litige, en raison des exigences des lois applicables, ou en fonction de l'étape de la procédure, à laquelle ils sont examinés, que ce soit à une étape antérieure ou postérieure de la sentence arbitrale.

⁹³⁵ Andrew Rogers, « Arbitrability », 10(3) *Arbitration International* 263, (1994), p.263.

⁹³⁶ *Ibid.*

⁹³⁷ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p.188.

⁹³⁸ Bernard Hanotiau, « What Law Governs the Issue of Arbitrability? », 12(4) *Arbitration International* 391, (1996), p. 393.

Selon les dispositions de l'article V al.2(a), la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale peuvent être refusées, dès lors que l'objet du différend n'est pas arbitral d'après la loi du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises. Ainsi, l'article V al.2(a) précise clairement que la loi du pays dans lequel l'exécution de la sentence est demandée est la loi sur laquelle il faut se fonder pour juger l'arbitrabilité de l'objet du litige. Cette conception semble avoir été unanimement adoptée par les différentes juridictions qui ont eu à examiner la question de l'arbitrabilité, à la lumière des dispositions de la Convention de New York⁹³⁹. Il appartient ainsi à une juridiction étatique de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence, quand l'objet du différend ne peut pas être réglé par voie d'arbitrage sur son territoire national⁹⁴⁰. La loi du lieu de l'arbitrage ne présente pas un grand intérêt, en ce que l'arbitrabilité ou non de l'objet du litige dépend de la loi nationale du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées, et non pas la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu⁹⁴¹. En effet, l'arbitrabilité d'un différend relève du pouvoir d'un Etat d'autoriser ou non la résolution des conflits par voie d'arbitrage.

Ainsi, la Convention de New York fait une distinction claire entre la loi applicable à l'arbitrabilité (à l'article V al.2) et la loi applicable à la validité de la convention d'arbitrage (à l'article V al.1^{er}). Tandis que la seconde dépend de la volonté des parties ou, en absence de choix explicite des parties, du lieu de l'arbitrage ; il appartient à la juridiction étatique de déterminer l'arbitrabilité du conflit, en conformité avec sa propre loi.

Cette conception a été retenue par la Cour d'appel de Gênes dans l'affaire *Fincantieri c./ Iraq*⁹⁴². La question posée était de savoir si les conflits portant sur l'embargo onusien sur l'Iraq étaient susceptibles d'être réglés par voie d'arbitrage. La Cour a retenu qu'en matière d'arbitrage étranger, la loi italienne est applicable, lorsque l'objection à l'arbitrage étranger est soulevée dans le cadre d'une procédure engagée devant les juridictions étatiques, portant sur un litige contractuel. L'arbitrabilité du litige doit être

⁹³⁹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.369.

⁹⁴⁰ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p.721.

⁹⁴¹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.369.

⁹⁴² XXI Y.C.A 594 (1996).

déterminée en fonction de la loi italienne, qui constitue la loi du pays d'exécution de la sentence, puisque ce choix influence directement la compétence juridictionnelle, et le tribunal saisi de cette affaire ne peut se déclarer incompétent, qu'en se fondant sur son propre système juridique. Cette position est conforme aux dispositions de l'article V al. 2 de la Convention de New York. Selon la législation italienne sur l'embargo, l'affaire ne pouvait être soumise à l'arbitrage.

Cependant, une partie de la doctrine s'est opposée à cette conception⁹⁴³. Ainsi, plusieurs arguments peuvent être avancés contre l'idée de soumettre la détermination de l'arbitrabilité d'un conflit à la loi nationale du pays où la sentence sera exécutée⁹⁴⁴. D'une part, l'exécution de la sentence arbitrale peut intervenir dans plusieurs pays. D'autre part, tenter de déterminer le pays ou les pays d'exécution de la sentence arbitrale, serait tenter de deviner l'issue définitive même de l'affaire, notamment quand les parties disposent de plusieurs biens dans différents pays. Cela ne peut, à l'évidence, pas être considéré comme une méthode acceptable de détermination de la loi applicable à l'arbitrabilité du différend.

De surcroît, comme l'arbitrage représente une institution autonome, on peut supposer que le tribunal arbitral n'est en principe soumis à aucun système judiciaire national et n'est lié à aucun Etat en particulier. A partir du moment où les parties décident de soumettre leur différend à l'arbitrage, ce tribunal est tenu de traiter l'affaire, indépendamment du fait que la sentence pourrait être remise en cause pour défaut d'arbitrabilité du litige.

Par conséquent, la question de l'arbitrabilité devrait être tranchée sans référence au droit interne, sur le fondement d'une règle internationale de droit matériel. Ainsi, aux Etats-Unis, dans l'affaire du *Meadows Indemnity Co. Limited c./ Baccala and Shoop Insurance Services*, la décision de la Cour Américaine, rendue le 29 mars 1991⁹⁴⁵ a retenu que la référence à la loi interne d'un pays, ou du pays où l'exécution de la sentence est demandée,

⁹⁴³ Fouchard, Gaillard et Goldman, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (1999), p. 993.

⁹⁴⁴ Antoine Kirry, « Arbitrability: Current Trends in Europe », 12(4) *Arbitration International* 373, (1996), p.380.

⁹⁴⁵ 760 F. Supp. 1030 (1991); *Y.C.A.* 686 (1992).

ne résout pas la question de l'arbitrabilité du différend. La détermination de l'arbitrabilité doit se faire conformément au droit international.

Toutefois, ce cas n'est pas conforme aux dispositions de l'article V al.2 de la Convention de 1958, et il n'est pas représentatif de la position actuelle de la majorité des juridictions des Etats signataires. En effet, la loi interne demeure généralement la loi applicable à la question de l'arbitrabilité d'un litige, mais, serait-il de même pour le sujet de l'arbitrage (**Paragraphe II**)

Paragraphe II- Le sujet de l'arbitrabilité :

Bien que le pouvoir judiciaire représente l'une des plus importantes prérogatives d'un Etat, les parties peuvent, si elles en expriment le souhait, recourir à l'arbitrage, afin de résoudre leur différend⁹⁴⁶. Cependant, il appartient à l'Etat de prohiber l'arbitrage dans certaines matières qui doivent être soumises aux juridictions étatiques. Dans ces cas, le litige n'est pas arbitral et si une convention d'arbitrage portant sur ces sujets est conclue, elle ne sera pas valable. Ainsi, « *le caractère arbitral d'un litige tient en effet, non à la nature, abstraitement considérée, des règles qui peuvent être applicables au fond, mais à la matière, laquelle tient à l'objet des règles et au domaine dans lequel elles interviennent* »⁹⁴⁷. L'arbitrabilité est donc la condition de validité de la convention d'arbitrage et, en conséquence, de la compétence des arbitres.

Sur un plan international, il n'existe pas de définition claire de ce qui relève de l'arbitrabilité⁹⁴⁸. Néanmoins, l'exception d'inarbitrabilité du litige prévoit qu'en raison de « leur importance publique ou de la nécessité de procédures judiciaires encadrées et de garanties », certaines matières ont été considérées comme inarbitrables et réservées à la

⁹⁴⁶ Bernard Hanotiau, « What Law Governs the Issue of Arbitrability? », 12(4) *Arbitration International* 391, (1996), p. 391.

⁹⁴⁷ Jeqn- Michel Jacquet, Philippe Delebecque et Sabine Corneloup, « Droit Du Commerce International », 2^e Edition, *Dalloz*, (2010), p.818, n° 1056

⁹⁴⁸ A. Tweeddale et K. Tweeddale, « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007), p.424.

compétence des juridictions étatiques⁹⁴⁹. Ainsi, lorsqu'un sujet n'est pas considéré comme arbitral, cela reflète un intérêt particulier de l'Etat d'exécution pour ce sujet et son désir de le soumettre aux juridictions internes. C'est pour cette raison que les sujets en question varient selon les pays. Chaque pays à sa propre conception des litiges qui relèvent de l'arbitrage et de ceux qui doivent être soumis aux tribunaux étatiques⁹⁵⁰.

La principale divergence entre les systèmes nationaux et internationaux porte sur la définition même de l'arbitrabilité. Les juridictions étatiques, afin de limiter leur contrôle de l'arbitrabilité d'un différend et de se conformer aux dispositions de la Convention de New York, distinguent entre l'inarbitrabilité nationale et internationale des litiges⁹⁵¹. En effet, cette distinction permet de considérer un différend comme inarbitral, selon les dispositions légales nationales, sans que cela n'empêche ce même pays de reconnaître une sentence arbitrale étrangère tranchant un litige portant sur le même sujet.

Si le conflit est international, les juridictions étatiques tendent à éviter l'utilisation de leur pouvoir discrétionnaire pour refuser l'exécution d'une sentence arbitrale, dont le sujet est considéré comme inarbitral selon la législation nationale⁹⁵². C'est ce qu'a affirmé la Cour Suprême américaine dans l'affaire *The Bremen c./ Zapata*⁹⁵³. Selon cet arrêt, l'expansion de l'industrie et du commerce américain serait lourdement freinée, si les juridictions américaines insistaient pour résoudre tous les conflits strictement et conformément aux lois nationales et devant les juridictions étatiques. Les Etats-Unis ne peuvent pas s'engager et conclure des contrats commerciaux, relevant des marchés mondiaux, tout en se fondant uniquement sur les législations internes et les voies juridictionnelles nationales de résolution des litiges.

⁹⁴⁹ Abby Cohen Smutny et Hansel T. Pham, « Enforcing Foreign Arbitral Awards in the United States: The Non-Arbitrable Subject Matter Defense », 25(6) *Journal of International Arbitration* 657, (2008), p. 657.

⁹⁵⁰ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4^{ème} Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, (2004), p.541.

⁹⁵¹ Fouchard, Gaillard et Goldman, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (1999), p. 994.

⁹⁵² Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p.178.

⁹⁵³ (1972) 407 US 1

En effet, un grand nombre de décisions de juridictions internes distingue, soit expressément, soit tacitement, entre l'arbitrabilité interne et internationale, conformément aux dispositions de la Convention de New York⁹⁵⁴. Dans l'affaire *Fritz Scherk c./ Alberto-Culver Co.*⁹⁵⁵, la Cour suprême américaine a affirmé que, s'il est vrai que les conflits portant sur les actions en bourse ne peuvent pas être soumis à l'arbitrage, notamment lorsque le contrat est national, les conflits qui se situent en dehors de ces domaines sont arbitrables, dans la mesure où le contrat est international.

Ainsi, les juridictions nationales se sont avérées d'une grande flexibilité pour juger l'arbitrabilité de certaines matières, notamment lorsque ces dernières présentent des aspects socio-économiques, relevant des transactions internationales⁹⁵⁶. Malgré la tendance générale d'élargissement du champ de l'arbitrabilité des litiges, aucun consensus international n'existe sur la définition même de cette arbitrabilité.

Les législations nationales diffèrent largement les unes des autres. Certains conflits considérés arbitrables dans un pays ne le seront pas sous la législation nationale d'un autre pays, en ce que les intérêts en jeu sont considérés comme moins importants⁹⁵⁷. En raison des différentes législations nationales, la question de l'arbitrabilité d'un différend risque d'être problématique⁹⁵⁸, surtout en matière du droit social, des contrats administratifs, et de la nationalisation (**Sous-Paragraphe 1**), ou en matière de faillite, des contrats de consommation, du droit boursier et du droit de la concurrence (**Sous-Paragraphe 2**), ou encore dans d'autres domaines différents (**Sous-Paragraphe 3**).

⁹⁵⁴ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p. 362.

⁹⁵⁵ 417 U.S. 506 (1974).

⁹⁵⁶ Homayoon Arfazadeh, « In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception » *Am. Rev. Int'l Arb.* 43, (2004), p. 53.

⁹⁵⁷ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p. 188.

⁹⁵⁸ Serhat Eskiyyoruk, « Harmonisation on the Performance of International Arbitral Awards », 3 *Ankara B. Rev.* 61, (2010), p.70.

**Sous-Paragraphe 1 : L'arbitrabilité en matière du droit social, des contrats
administratifs et de nationalisation :**

A- Le droit social :

Dans plusieurs pays européens, la clause compromissoire est prohibée dans les contrats de travail. Bien que la raison de cette prohibition ne soit pas explicitement mentionnée, on peut penser qu'elle est liée à l'idée que les législations nationales, portant sur le droit social ont pour objectif de protéger l'individu et que tout litige relatif à cela doit donc relever de la compétence des juridictions nationales⁹⁵⁹.

En Italie, en 1980, la Cour de Gênes⁹⁶⁰ est intervenue pour résoudre un conflit entre un citoyen italien et un employeur allemand, portant sur un contrat de travail. Ce dernier comportait une clause compromissoire. Cependant, la Cour a refusé de soumettre le conflit à l'arbitrage, en retenant que selon les articles 806 et 808 du CPC italien, les litiges portant sur le travail ne peuvent être résolus par voie d'arbitrage.

La France a connu une affaire similaire tranchée par un arrêt de la Cour de cassation en 1985⁹⁶¹. Un ressortissant français avait conclu un contrat de travail avec une entreprise italienne. Ce contrat comportait une clause compromissoire, mais pas de clause de choix de la loi applicable au fond. Après la résiliation du contrat de travail, le salarié français a déposé une requête en indemnisation devant la juridiction interne compétente. L'entreprise italienne a demandé que l'affaire soit tranchée par voie arbitrale. L'affaire fut portée devant la Cour de cassation. Cette dernière a affirmé que le contrat avait été conclu selon le droit français et que nonobstant le fait qu'il puisse être qualifié de contrat international, la clause compromissoire demeurait non valable en droit français.

⁹⁵⁹ Antoine Kirry, « Arbitrability: Current Trends in Europe », 12(4) *Arbitration International* 373, (1996), p.386.

⁹⁶⁰ *Pretoire* of Genoa, 30 avril 1980, VII *Y.C.A.* 342 (1982).

⁹⁶¹ Cour de Cassation, 12 fev. 1985, *Chauzy*; [1986] *Rev. Arb.* 47, commentary by M.A. Moreau-Bourles; [1986] *Revue Critique de Droit International Privé* 469, commentary by M.L. Niboyet-Hoegy.

Toutefois, il semble que la position française devienne plus flexible en matière de contrat de travail international. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble rendu en 1993⁹⁶². Un ressortissant français avait vendu la majorité de ses actions dans une entreprise française à un acheteur allemand. Selon le contrat de cession, le vendeur devait rester membre de la direction générale de l'entreprise. A l'expiration de son mandat comme directeur, l'acheteur allemand devait inciter l'entreprise française à conclure un contrat de travail avec le vendeur. L'entreprise française a respecté ses obligations. Toutefois, à l'expiration du mandat du directeur, elle a refusé de signer un contrat de travail avec le vendeur. Ce dernier intenta une demande d'indemnisation contre l'entreprise française devant la juridiction française compétente.

En appel, la Cour d'appel de Grenoble a retenu que la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail individuel international était valable ; le salarié, de même que toute personne engagée dans des relations commerciales, peut avoir un intérêt à l'application des règles arbitrales, qui lui permettront de participer à la nomination des arbitres, plutôt que d'être jugé par une juridiction nationale et un juge n'ayant pas les mêmes références juridiques que lui.

Aux Etats-Unis, les tribunaux semblent rejeter le débat sur l'inarbitrabilité des litiges de droit du travail. Dans l'affaire *Gilmer c./ Interstate/Johnson Lane Corporation*⁹⁶³, la Cour américaine a affirmé qu'une requête portée sur le fondement de la loi sur la discrimination au travail, fondée sur l'âge pouvait être soumise à un arbitrage obligatoire. Selon l'opinion majoritaire, cette loi protège non seulement les intérêts de l'individu, mais aussi « *d'autres principes essentiels de l'ordre social* ».

A la suite de l'affaire *Gilmer*, plusieurs juridictions américaines ont affirmé que tous les litiges de droit du travail, autres que les requêtes fondées sur les discriminations illégales, doivent être soumis à l'arbitrage. Selon la Cour d'appel américaine du deuxième circuit, dans l'affaire *Bird c./ Shearson Lehman/American Express* (rendue peu de temps

⁹⁶² Cour d'appel de Grenoble, 13 sept. 1993; [1994] *Rev. Arb.* 337, commentary by M.A. Moreau; (1995) XX *Y.C.A.* 656(1995).

⁹⁶³ 500 US (1991).

après *Gilmer*⁹⁶⁴), la convention d'arbitrage conclue sous la loi portant sur le revenu de l'employé retraité est arbitrable. Voyons notamment ce qu'il en est des contrats administratifs **(B)** ?

B- Les contrats administratifs :

La question de l'arbitrabilité du litige se pose dans un autre domaine : les contrats administratifs. En droit français, après avoir été prévu pendant une longue période par les articles 83 et 1004 du Code de procédure civile de 1806, et repris à l'article 2060 du Code civil, le principe de l'interdiction de l'arbitrage pour les personnes publiques aurait en réalité le caractère d'un principe général, de nature organique, propre au droit administratif. Ainsi, dans son avis du 6 mars 1986, le Conseil d'Etat a confirmé le principe qui interdit de recourir à l'arbitrage pour les personnes morales de droit public⁹⁶⁵. En l'espèce, lors de la conclusion du contrat signé entre la Société américaine Walt Disney Productions d'un côté, et de l'autre l'Etat français, la région Ile-de-France, le département du Val-de-Marne et l'établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Marne-la-Vallée. La partie américaine a insisté sur le fait d'obtenir l'insertion d'une clause d'arbitrage, c'est ce qui a conduit le Ministre français compétent à interroger le Conseil d'Etat sur la possibilité d'avoir une convention d'arbitrage dans le contrat.

Mais, il faut souligner que le décret français n° 2006.975 du 1^{er} août portant Code des marchés publics en son article 28 permet à l'Etat, aux collectivités locales territoriales ou les établissements publics locaux à recourir à l'arbitrage tel qu'il est prévu par le livre IV du Code de procédure civile. Ce qui implique ainsi que les personnes publiques ne peuvent pas échapper à la juridiction des tribunaux établis par elles.

Dans d'autres pays, la soumission d'un contrat administratif à une convention d'arbitrage doit faire l'objet d'une autorisation préalable d'une juridiction administrative

⁹⁶⁴ 926 F 2d 116 (2eme Cir.) (1991).

⁹⁶⁵ Avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1986, Eurodisneyland, *Rev. Arb*, 1992, 397.

compétente, à peine de nullité⁹⁶⁶. Ainsi, selon la législation iranienne, dans ses articles 77 et 139 de sa Constitution, quasiment toutes les conventions d'arbitrage conclues entre les autorités ou institutions publiques et des organismes étrangers requièrent l'autorisation du Conseil des Ministres et du Parlement.

Au Koweït, les tribunaux ont interprété l'article 173 du Code civil (n° 38 de 1980) comme interdisant l'arbitrage dans le cas de contrats administratifs. Selon la Cour de cassation du Koweït, un contrat est considéré comme administratif quand les trois conditions suivantes sont réunies : d'une part, le gouvernement doit faire partie au contrat ; d'autre part, le contrat est lié aux services publics, et enfin le gouvernement ou l'administration conserve certains droits exceptionnels et conditions qui lui permettent d'intervenir dans le cadre de l'exécution du contrat⁹⁶⁷. Il est donc possible de conclure que, devant certaines juridictions, les contrats administratifs ne sont pas susceptibles d'arbitrage, mais, la situation est tout autre en matière de nationalisation (C).

C- La nationalisation :

L'arbitrabilité des questions de nationalisation suscite un débat intéressant. Une nationalisation "*est un transfert de la propriété privée à l'Etat*"⁹⁶⁸. L'inarbitrabilité de la nationalisation a été invoquée avec succès dans l'affaire *Libyan American Oil Co. ("LIAMCO") c./ Socialist Peoples Libyan Arab Jamahirya*⁹⁶⁹ dans laquelle le Tribunal arbitral a rejeté l'exécution d'une sentence arbitrale en Libye. En 1973, la Libye avait nationalisé les biens de *LIAMCO*. Par conséquent, *LIAMCO* a initié une procédure arbitrale sur le fondement de la clause arbitrale insérée dans le contrat de concession. La Cour américaine de première instance a refusé d'exécuter la sentence rendue, dans la mesure où la nationalisation constituait un acte public, ne pouvant être soumis à l'arbitrage. Il ajoute que si la question avait été soumise à cette Cour, cette dernière n'aurait pas pu ordonner le recours à l'arbitrage, puisque cela l'aurait contrainte à statuer sur la validité de la loi libyenne, réglementant les nationalisations et donc à violer le droit administratif de l'Etat. Par ailleurs,

⁹⁶⁶ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.351.

⁹⁶⁷ Décision 444/98 et 450/98, CPRCC 1, 297 (cours de cassation, Kuwait).

⁹⁶⁸ <http://fr.wikipedia.org/wiki/Nationalisation>.

⁹⁶⁹ 684 F.2d 1032 (D.C. Cir. 1981).

et après avoir abordé la question de l'arbitrabilité en matière de nationalisation, il nous paraît nécessaire de traiter la question de l'arbitrabilité en matière de faillite, des contrats de consommation, du droit boursier et du droit de la concurrence (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 2 :

L'arbitrabilité en matière de faillite, des contrats de consommation, du droit boursier et du droit de la concurrence :

A- La faillite :

Dans plusieurs pays, les conflits portant sur la faillite, tels que la procédure de liquidation, nécessitent la décision d'une autorité, en ce qu'ils pourraient avoir des effets sur les tiers. Souvent, ces questions ne sont pas considérées comme arbitrables. En effet, le droit interne n'autoriserait pas aux parties privées de partager les pouvoirs exclusifs des juridictions étatiques et autres autorités compétentes⁹⁷⁰.

Une partie à une convention d'arbitrage internationale peut se trouver en situation de faillite ou d'insolvabilité, soit devant les juridictions nationales, soit à l'étranger. Dans la plupart des législations, seules les juridictions étatiques (souvent spécialisées) ont le pouvoir de déclencher ou de traiter les litiges relatifs à la faillite, qui concernent les procédures de liquidation, de rééchelonnement des dettes, de redressement judiciaire, de distribution au *pro rata* des paiements aux différents créanciers⁹⁷¹.

Tous les conflits relatifs à la faillite doivent donc être soumis à une autorité juridictionnelle étatique. L'objectif est d'éviter que certains créanciers n'obtiennent des privilèges et des droits de la part des parties à l'arbitrage et *vice-versa*⁹⁷². C'est pour cette

⁹⁷⁰ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.355.

⁹⁷¹ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 809.

⁹⁷² Ilya Nikiforov, « Interpretation of Article V of the New York Convention by Russian Courts », 25(6) *Journal of International Arbitration* 787, (2008), p. 792.

raison que le tribunal arbitral ne peut pas prononcer la faillite ou déclarer l'insolvabilité d'une partie. En est-il de même en matière des contrats de consommation (B) ?

B- Les contrats de consommation :

En ce qui concerne les contrats de consommation, les systèmes législatifs nationaux présentent des approches différentes, en ce qui concerne les litiges impliquant des « consommateurs »⁹⁷³, qui sont définis comme des différends opposant un consommateur (non professionnel) et un vendeur ou un commerçant, avec un montant en jeu parfois limité.

Aux Etats-Unis, les dispositions de la *FAA* ont été interprétées comme s'étendant aux contrats conclus entre consommateurs et commerçants. En effet, la Cour suprême américaine a souvent retenu la validité de ces contrats et le caractère arbitral des requêtes des consommateurs⁹⁷⁴. Plus généralement, la législation américaine reconnaît aujourd'hui la validité d'une convention d'arbitrage intervenue entre consommateurs et commerçants, d'autant plus qu'elle autorise l'arbitrage des conflits existants et futurs.

En Europe, les protections légales prohibent ou règlementent le recours aux clauses compromissaires dans le cadre des litiges futurs, en matière de consommation. Selon la directive européenne sur les clauses contractuelles abusives⁹⁷⁵, les stipulations des contrats-types obéissent à des règles qui visent à préserver l'équilibre contractuel. En outre, la directive considère une clause comme abusive et donc non valable, quand elle impose au consommateur le recours exclusif à l'arbitrage en l'absence de dispositions légales⁹⁷⁶.

La législation suédoise retient, dans la section 6 de la loi relative à l'arbitrage de 1999, que l'inarbitrabilité des conventions d'arbitrage en matière de consommation et dans le cadre de catégories spécifiques de litiges futurs. Toutefois, cette exception est inapplicable

⁹⁷³ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 820.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 821.

⁹⁷⁵ Directive du Conseil Européen, 93/13/EEC du 5 avril 1993 relative aux clauses abusive dans les contrats de consommation.

⁹⁷⁶ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 824.

lorsqu'elle porte atteinte aux obligations internationales de la Suède, et notamment, la Convention de New York⁹⁷⁷.

Le droit anglais adopte une approche différente. Les conventions d'arbitrage en matière de consommation (qu'elles concernent des conflits existants ou futurs) ne sont pas valables, si elles portent sur un montant inférieur à une certaine somme monétaire (environ 10,000 \$), ou lorsqu'elles sont abusives⁹⁷⁸. Ainsi, dans l'affaire *Heifer Int'l Inc. c./ Christiansen*⁹⁷⁹, la société *Heifer Int'l Inc. c./ Christiansen île virgin de Bretagne* a signé un contrat avec cinq parties danoises, pour la réhabilitation de plusieurs maisons. Une convention d'arbitrage a été prévue dans le cas de conflit. Un litige est né au sujet des plans de réhabilitation. La partie danoise a considéré que la convention d'arbitrage n'existe pas, et que même si elle existait, elle aurait un caractère abusif et non-obligatoire conformément à la réglementation sur les contrats de consommation. Le juge Anglais a considéré que les prétentions de la partie danoise ne sont pas fondées, en considérant que la convention d'arbitrage existe et que la clause n'est pas abusive. La Haute Cour d'Angleterre a affirmé que la détermination du caractère abusif d'une convention d'arbitrage en matière de contrat de consommation impliquait une analyse de l'équilibre contractuel existant entre les différentes parties à la clause compromissoire et les conditions dans lesquelles elle a été imposée au consommateur.

En France, une règle stricte prohibe l'arbitrage en matière de contrats de consommation. En effet, une interdiction générale touche l'arbitrage pour les contrats conclus entre des commerçants ou des personnes exerçant des activités commerciales et de simples particuliers. Toutefois, selon un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 1994, un contrat international de consommation doit être traité comme tout autre contrat international, notamment en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige qui y est relatif ; ce qui signifie que la prohibition de l'arbitrage posée par le droit interne ne doit pas s'appliquer⁹⁸⁰. Ainsi, l'article 2061 du Code de procédure civile prévoit que : « *sous réserve des dispositions législatives*

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ [2007] *EWHC* 3015 (Q.B.)

⁹⁸⁰ Antoine Kirry, « Arbitrability: Current Trends in Europe », 12(4) *Arbitration International* 373, (1996), p.388; Cour d'appel de Paris, 7 Dec. 1994; [1995] *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique* 401.

particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

En outre, dans un arrêt rendu le 30 mars 2004, une consommatrice ayant accepté une offre de produits financiers, s'est vu opposer l'incompétence des juridictions françaises au profit d'un arbitrage institutionnel dont le siège était à Chicago. La Cour de cassation a considéré qu' : « il importait peu, dans ces conditions, que l'une des parties ne fut pas commerçante⁹⁸¹.

Par conséquent, il apparaît que même les législations qui n'autorisent pas l'arbitrage en matière de contrats de consommation, présentent des réponses assez diverses⁹⁸². Mais, le droit de la consommation n'est pas le seul droit touché par l'inarbitrabilité, il y a également le droit boursier (C).

C- Le droit boursier :

Il apparaît historiquement que les Etats-Unis sont plutôt hostiles à l'arbitrage en matière de droit boursier. La ratification de la Convention de New York et la réforme de la loi fédérale sur l'arbitrage ont largement influencé le champ d'application de l'arbitrage, comme l'illustre l'évolution de la position de la Cour suprême américaine en matière d'arbitrage en droit boursier⁹⁸³.

Pendant plusieurs années, l'arbitrabilité des différends s'élevant en dehors du champ d'application du droit boursier a fait débat aux Etats-Unis. La décision de la Cour suprême rendue en 1953 dans l'affaire *Wilko c./ Swan*⁹⁸⁴ représente l'approche classique de la question de l'arbitrabilité en matière de droit boursier américain. En effet, la Cour a expressément reconnue que « *la loi d'arbitrage fédérale établissait légalement le choix du*

⁹⁸¹ Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, D. 2004, *Jur.* 2458, note I. Najjar.

⁹⁸² Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p.821.

⁹⁸³ Abby Cohen Smutny et Hansel T. Pham, « Enforcing Foreign Arbitral Awards in the United States: The Non-Arbitrable Subject Matter Defense », 25(6) *Journal of International Arbitration* 657, (2008), p. 658.

⁹⁸⁴ 346 U.S. 427 (1953).

recours à l'arbitrage comme une alternative à l'aggravation du litige »⁹⁸⁵. La Cour a retenu néanmoins que « l'attitude favorable des lois et des juridictions envers l'arbitrage » ne modifiaient pas cependant son opinion quand à l'inarbitrabilité du litige en l'espèce.

Pourtant, dans l'affaire *Fritz Scherk c./ Alberto-Culver Co.*⁹⁸⁶, la Cour Suprême a affirmé que, bien que les conflits s'élevant en dehors de litiges boursiers ne peuvent faire l'objet d'un arbitrage, lorsque le contrat est de droit interne, ils sont susceptibles d'être soumis à l'arbitrage, lorsque le contrat est international. Ainsi, la nature internationale du conflit boursier a joué un rôle considérable dans la décision *Sherk*, portant sur l'exécution de la convention d'arbitrage. Selon la Cour suprême américaine : l'adoption et la ratification de la Convention de New York et le Chapitre 2 de la loi arbitrale américaine relative à l'arbitrage (*FAA*), fournissent assez de preuves que la décision prise est conforme à la politique du Congrès. Au regard de ces développements, la Cour suprême a considéré que les conflits en droit boursier étaient susceptibles d'être soumis à l'arbitrage. Il semble donc que les juridictions américaines ont évolué vers une approche plus flexible, en reconnaissant l'arbitrabilité des litiges en droit boursier, notamment des litiges de droit international. Mais en est-il de même en droit de la concurrence (**D**) ?

D- Le droit de la concurrence (antitrust) :

Jusqu'à récemment, le domaine de l'antitrust et de la concurrence n'était susceptible d'être soumis au droit de l'arbitrage. En effet, le droit de la concurrence n'a pas vocation à protéger uniquement les individus, mais aussi le public dans son ensemble. Pour cette raison, les différends en matière de concurrence n'étaient pas susceptibles d'être réglés par voie arbitrale, dans la mesure où les arbitres sont supposés trancher les litiges survenus entre deux parties privées, sans nécessairement représenter l'intérêt général⁹⁸⁷.

Toutefois, l'évolution de la position des juridictions américaines en matière de droit boursier s'est retrouvée en matière de droit de la concurrence. Avant la ratification de la

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 431.

⁹⁸⁶ 417 U.S. 506 (1974).

⁹⁸⁷ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p.217.

Convention de New York, la Juridiction américaine avait expressément refusé l'arbitrage en matière d'antitrust dans l'affaire *American Safety Equipment Corp. c./ J.P. Maguire & Co.*⁹⁸⁸ de 1968. En effet, dans cette affaire, la Cour a retenu que l'arbitrage privé est interdit dans les conflits antitrust, parce qu'une requête sur le fondement du droit de la concurrence ne relève pas d'une matière privée. La Cour a considéré le cumul par un plaignant privé de dommages-intérêts, dont le montant a triplé, comme un argument fondamental pour interdire l'arbitrage. Selon la Cour, les conflits antitrust sont souvent complexes et les preuves qui leurs sont liées sont très nombreuses et variées; ce qui rend donc préférable le recours aux procédures juridictionnelles étatiques plutôt qu'à la juridiction arbitrale. La Cour est allée jusqu'au point de douter de la neutralité des arbitres traitant un litige relatif au droit de la concurrence.

En 1985, dans l'affaire *Mitsubishi Motors Corp. c./ Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*⁹⁸⁹, la Cour suprême a soulevé la question de l'arbitrabilité des conflits antitrust en matière d'opération commerciale internationale. Il s'agissait de savoir si la demande du concessionnaire d'automobiles pouvait être soumise à l'arbitrage. Selon le concessionnaire, les trois entreprises automobiles (dont une est une propriété américaine), étaient membres d'un cartel international qui avait restreint la concurrence sur le marché américain, en interdisant l'importation des véhicules en surplus de *Puerto Rico* ou de tout autre concessionnaire sur le marché américain. La Cour d'appel a jugé que l'affaire ne pouvait pas être réglée par voie d'arbitrage. Selon la Cour : la requête fondée sur les lois antitrust ne relevait pas uniquement du domaine privé. Le *Sherman Act* tend à protéger les intérêts nationaux dans une économie concurrentielle. Dans cette perspective, la requête du demandeur visant à protéger ses droits, doit être soumise au procureur général chargé de protéger les intérêts publics.

La Cour suprême a cassé l'arrêt d'appel portant sur l'arbitrabilité des requêtes fondées sur le droit antitrust, relatives à un différend international. Dans son analyse, la Cour suprême américaine souligne « la forte présomption en faveur de l'exécution des clauses contractuelles négociées en toute liberté » et relève que : cette présomption est renforcée par la réglementation fédérale qui défend le recours à l'arbitrage pour la résolution des litiges. La

⁹⁸⁸ 391 F.2d 821 (1968).

⁹⁸⁹ 473 U.S. 614 (1985).

Cour ajoute que : depuis la ratification de la Convention de New York en 1970 et son insertion en droit interne au cours de la même année par l'amendement de la loi fédérale arbitrale, la réglementation fédérale (en faveur de l'arbitrage) s'applique spécialement au domaine de commerce international⁹⁹⁰. Elle retient qu'il est donc nécessaire que les juridictions nationales soumettent les notions internes d'arbitrabilité aux règles internationales qui privilégient l'arbitrage commercial⁹⁹¹.

La Cour suprême a également constaté que le principe du respect réciproque international, la volonté de respecter la compétence des juridictions étrangères et la nécessité pour le commerce international d'avoir un système prévisible de résolution des litiges, l'ont contrainte à appliquer la convention d'arbitrage. De plus, il n'y avait aucune raison pour présumer que l'arbitrage international ne fournirait pas le mécanisme adéquat de résolution des litiges en matière d'antitrust. Les requêtes antitrust soulevées dans le cadre de contrats internationaux sont donc susceptibles d'arbitrage.

De la même façon, la Cour a rejeté l'idée selon laquelle les arbitres sont hostiles par essence à l'application du droit de la concurrence, parce qu'ils appartiennent à la même communauté des affaires soumise à ce droit de la concurrence. En rappelant que les arbitres internationaux sont des juristes et des hommes d'affaires, la Cour a refusé de présumer que les parties ne seraient pas capables de nommer des arbitres compétents, consciencieux et impartiaux.

Parallèlement à cette évolution jurisprudentielle aux Etats-Unis, une série de décisions rendues au cours des trois dernières décennies en Europe a retenu l'arbitrabilité des litiges en matière de concurrence⁹⁹². Ainsi, dans l'affaire *Eco Swiss China Time Ltd c./ Benetton Int'l NV*⁹⁹³, la Cour de Justice Européenne a retenue, incidemment, qu'une convention d'arbitrage pourrait valablement produire ses effets dans le cadre d'un recours en droit européen de la concurrence (soumis à un contrôle judiciaire quelle que soit la sentence).

⁹⁹⁰ 473 U.S. 614 (1985), p.631.

⁹⁹¹ *Ibid.*, p.639.

⁹⁹² Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p.793.

⁹⁹³ C-126/97 [1999] E.C.R. I-3055 (E.C.J.).

Plus explicitement, les juridictions nationales de la France, de la Suisse, de l'Allemagne, de l'Italie, de la Suède et de l'Angleterre ont retenu que les litiges en droit de la concurrence de l'Union européenne et des Etats membres peuvent valablement faire l'objet d'une convention d'arbitrage international. Dans l'affaire *ET Plus SA c./ Jean-Paul Welter*⁹⁹⁴, une Cour anglaise a affirmé qu'il n'y a aucun doute réel portant sur la nature arbitrable d'un recours exercé en matière de concurrence ou d'antitrust.

En plus, la Section 1(3) de la loi suédoise sur l'arbitrage de 1999, dispose que les arbitres peuvent juger des effets du droit civil en matière de concurrence. Ainsi, en Europe, les lois et les recours antitrust et ceux fondés sur le droit de la concurrence peuvent être soumis à l'arbitrage⁹⁹⁵, mais, la situation est tout autre dans les autres domaines (**Sous-Paragraphe 3**).

Sous-Paragraphe 3 : Les autres domaines d'arbitrabilité :

Ces domaines sont principalement relatifs aux contrats de mandat et de licence (**A**), La fraude, la corruption et autres délits (**B**), le droit des sociétés (**C**), et de la propriété intellectuelle (**D**).

A- Les contrats de mandat et de licence :

La question qui se pose est celle de savoir si les litiges relatifs aux contrats de mandat et de licence sont arbitrables. Une conception surprenante d'un différend inarbitrable a été adoptée par la Cour de cassation belge, dans une affaire impliquant le fabricant allemand de voitures, *Audi*⁹⁹⁶. En l'espèce, l'entreprise allemande avait mis fin au contrat de distribution signé avec le distributeur belge, et avait initié une procédure arbitrale à Zurich, en se fondant sur la clause compromissoire insérée dans le contrat. Selon le Tribunal arbitral, le contrat était dûment résilié et le distributeur n'avait aucun droit à des dommages-intérêts de la part de l'entreprise *Audi*. Cependant, la Cour de cassation belge a retenu que le conflit ne

⁹⁹⁴ [2005] *EWHC* 2115 (Comm.) (Q.B.).

⁹⁹⁵ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p. 217.

⁹⁹⁶ *Audi-NSU Auto-Union AG (Germany) c./ Adelin Petit Cie (Belgium)*, V Y.C.A. 257 (1980).

pouvait être soumis à l'arbitrage. En effet, selon la loi belge, la résiliation unilatérale des contrats de concession et de distribution exclusive à durée illimitée relève de la compétence des juridictions belges. La Belgique n'est pas seule à adopter cette position. En effet, de nombreux pays arabes ont une législation similaire, afin de protéger les contrats de mandat et de rendre les différends qui y sont relatifs inarbitrables⁹⁹⁷.

En outre, les législations de plusieurs Etats ne permettent pas de recourir à l'arbitrage, lorsqu'un contrat de mandat est en cause. Plus précisément, l'arbitrage est prohibé, lorsque le mandat intervient sur leur territoire national, comme le prévoit, par exemple, l'article 20 du Décret jordanien numéro 44 de 1985. La Cour de cassation jordanienne a affirmé en ce sens que, même si le recours à l'arbitrage était prévu par le contrat de mandat, la procédure ne pourrait être initiée en raison de l'inarbitrabilité de la matière même du litige, et l'exécution de la sentence arbitrale serait également refusée⁹⁹⁸.

En ce qui concerne le contrat de licence, une décision des juridictions australiennes a retenu que le contrat de licence conclu entre deux parties était abusif et constituait une violation de l'article 106 de la loi australienne de 1986, portant sur les pratiques commerciales, et ne pouvait être soumis à l'arbitrage⁹⁹⁹. Selon cette décision (adoptée par un tribunal administratif d'appel) : d'après l' « *Industrial Relations Act* », l'objet de la procédure est l'équité du contrat de licence, notamment aux clauses portant sur la résiliation du contrat. La Cour s'est satisfaite du fait que le sujet ne soit pas susceptible d'arbitrage. La Cour a également défini le contrat abusif comme étant un contrat « *injuste, dur et excessif* », mais comprenant aussi ceux qui sont « *contraires à l'intérêt public* », ou qui prévoient une rémunération inférieure à celle offerte à un salarié, ou qui tendent à éviter un acte industriel, ou qui ne peuvent pas être soumis aux juridictions arbitrales. Ainsi, il semble que certaines juridictions étatiques considèrent toujours le contrat de mandat et le contrat de licence comme inarbitrables. Il convient d'examiner maintenant les questions de fraude, de corruption et de délits **(B)**.

⁹⁹⁷ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « International Arbitration », *Oxford University Press*, (2009), n°10-50.

⁹⁹⁸ RLAAI 1, 108.

⁹⁹⁹ *Metrocall Inc. c./ Electronic Tracking Sys. Pty Ltd*, [2000] NSW IR Comm. 136.

B- La fraude, la corruption et autres délits :

La question de l'arbitrabilité des litiges portant sur la corruption, les commissions illégales et toutes autres activités délictuelles similaires se pose depuis plusieurs années. Pendant longtemps, le simple conflit fondé sur la corruption ou autre activité délictuelle était considérée comme inarbitrable et ne pouvait donc être examinée par un tribunal arbitral¹⁰⁰⁰.

Cependant, dans plusieurs pays, bien qu'un contrat soit vicié par la corruption, les litiges qui y sont relatifs sont arbitrables. Dans d'autres pays, la corruption est un acte illégal et ne peut être légitimé par aucun accord. Le recours exercé en cas de corruption ne peut être soumis à l'arbitrage¹⁰⁰¹. Comme dans le cas du droit de la concurrence et du droit boursier, le champ de la prohibition de l'arbitrage en matière de corruption s'est progressivement réduit au cours des dernières décennies. Aujourd'hui, les recours fondés sur la corruption, les commissions illégales et toutes autres infractions, sont susceptibles d'être soumis à l'arbitrage dans tous les systèmes légaux développés.

Cette évolution en matière de corruption peut être illustrée par l'affaire *The Hub Power Co. Ltd c./ Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan*¹⁰⁰². Le conflit est né dans le cadre d'un contrat de vente d'énergie d'une centrale électrique construite et dirigée par le demandeur. Selon le défendeur pakistanais, plusieurs clauses contractuelles avaient été modifiées de manière frauduleuse et en corrompant des représentants du gouvernement pakistanais, ce qui a abouti à l'augmentation des prix. La Cour suprême du Pakistan a affirmé que la simple allégation de corruption et de fraude ne suffisait pas pour rendre le litige inarbitrable. En revanche, lorsque l'examen *prima facie* des preuves conclut à l'existence de telles pratiques, le différend ne peut alors pas être soumis à l'arbitrage.

La même approche fut adoptée par les Etats-Unis en faveur de l'arbitrabilité des recours fondés sur la corruption. Aux Etats-Unis, la Cour est compétente pour examiner les conflits portant sur un contrat considéré frauduleux. Ainsi, dans l'affaire *Prima Paint*

¹⁰⁰⁰ Loukas A. Mistelis, « Legal Issues Arising out of Disputes Involving Fraud, Bribery, Corruption and other Illegality and Illicitness Issues » ; dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.573.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, p.578.

¹⁰⁰² 15(7) *Int'l Arb. Rep.* A-1(2000).

*Corporation c./ Flood & Conklin Mfg Co*¹⁰⁰³, la Cour suprême devait statuer sur la question de savoir si un recours pour fraude par incitation dans un contrat était arbitrable en vertu d'une clause compromissoire ordinaire qui prévoit l'arbitrage pour toute controverse ou requête soulevée en dehors ou en relation avec le contrat ou en raison de l'atteinte à ce contrat. La Cour a affirmé que, selon la loi fédérale arbitrale américaine, à défaut de preuve de l'intention des parties de refuser l'arbitrage, ce litige devait y être soumis.

Ainsi, aujourd'hui, la pratique majoritaire en arbitrage international permet le recours à l'arbitrage en cas de corruption. Malgré les exigences de l'ordre public international, il semble que les tribunaux devraient être autorisés à décider s'il y a eu ou non des actes de corruption. Il est ici permis de se demander ce qu'il en serait en matière du droit des sociétés (C) ?

C- Le droit des sociétés :

La question de l'arbitrabilité se pose également en droit des sociétés. Dans l'affaire *Pressindustria S.p.A. c./ O.J.S.C. Tobolsky Neftehimichesky Combinat*¹⁰⁰⁴, en 2003, le *Presidium* de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération russe a confirmé que les questions portant sur la réorganisation des sociétés en participation, devaient être soumises aux règles impératives et obligatoires de la législation russe. Ainsi, les personnes concernées par la réorganisation de la société en participation devaient résoudre leur différend en se fondant sur les règles et les procédures fournies par la législation russe et ne pouvaient pas recourir à l'arbitrage. Le *Presidium* de la Cour Suprême d'arbitrage a donc refusé la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale.

Par ailleurs, dans plusieurs pays, les conflits entre actionnaires d'une entreprise privée sont considérés comme susceptibles d'arbitrage. Toutefois, de nombreuses restrictions s'imposent aux sociétés anonymes, aux sociétés cotées et aux actionnaires¹⁰⁰⁵. L'Allemagne

¹⁰⁰³ 87 S Ct 1801, 18 L Ed 2d 1270.

¹⁰⁰⁴ Ilya Nikiforov « Interpretation of Article V of the New York Convention by Russian Courts », 25(6) *Journal of International Arbitration* 787, (2008), p.799.

¹⁰⁰⁵ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.349-50.

considère certains différends entre actionnaires et sociétés anonymes comme inarbitrables¹⁰⁰⁶. C'est aussi le cas en Inde où le droit des sociétés limite la possibilité du recours à l'arbitrage en cas de conflits entre les actionnaires et la société et en attribue la compétence aux juridictions commerciales¹⁰⁰⁷. Voyons ce qu'il en est de la propriété intellectuelle (D).

D- La propriété intellectuelle :

La question de l'arbitrabilité s'est posée dans le cadre des brevets, des droits d'auteur et des marques déposées. Le droit de la propriété intellectuelle est essentiellement réglementé par les législations étatiques¹⁰⁰⁸. De nombreux pays d'Amérique Latine, la Corée du Sud et l'Afrique du Sud, considèrent que la propriété intellectuelle ne doit pas être soumise à la libre volonté des parties, mais doit relever de la compétence des autorités étatiques, qui garantissent le développement économique et culturel du pays¹⁰⁰⁹.

Toutefois, la position moderne consiste à permettre l'arbitrage en matière de propriété intellectuelle. Cette approche a été suivie dans un certains nombres de pays dont la Suisse, les Etats-Unis et le Canada. Ainsi, en Suisse, l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle a accepté en 1975 d'enregistrer les sentences portant sur la validité des brevets¹⁰¹⁰. Aux Etats-Unis, les litiges portant sur les brevets ne pouvaient être soumis à l'arbitrage. En 1983, une loi fédérale inversa cette position, en disposant que ces conflits (portant notamment sur des questions de validité, d'atteinte et de propriété intellectuelle) sont susceptibles d'arbitrage¹⁰¹¹.

En outre, la Cour américaine du septième district a affirmé, dans l'affaire *Saturday Evening Post Co. c./ Rumbleseat Press, Inc.*¹⁰¹², que la loi fédérale ne prohibe pas l'arbitrage en matière de validité des droits d'auteur, notamment lorsque cette question se pose dans le

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁰⁷ Section 10e of the Companies' Act 1956.

¹⁰⁰⁸ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 804.

¹⁰⁰⁹ Francois Dessemontet, « Arbitration of Intellectual Property Rights and Licensing Contracts », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 554.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 805.

¹⁰¹² 816 F 2d 1191 (7th Cir. 1987).

cadre plus général d'un différend contractuel soumis à l'arbitrage. La Cour a également constaté qu'il ne fait aucun doute que les parties peuvent recourir à l'arbitrage en matière de violation de droits d'auteur. Au Canada, l'approche est la même. La Cour suprême canadienne a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Québec, en retenant que les litiges portant sur la propriété intellectuelle, notamment les droits d'auteur, pouvaient être soumis à l'arbitrage¹⁰¹³.

Il semble qu'il n'existe pas de position commune quant à l'arbitrabilité des litiges en matière de propriété intellectuelle. La question reste réservée à la compétence des juridictions nationales, qui peuvent choisir de permettre ou non à ces conflits d'être réglés par voie d'arbitrage.

En guise de conclusion, on pourra en déduire de tout ce qui précède qu'il y a une tendance favorable au recours au droit de l'arbitrage, au regard des récentes évolutions sur la question de l'arbitrabilité, y compris dans des domaines qui sont traditionnellement exclus du champ de l'arbitrage¹⁰¹⁴. Toutefois, la détermination de l'arbitrabilité d'un litige ne relève pas de la volonté des parties, mais des prérogatives étatiques, certains conflits relevant de la compétence exclusive des tribunaux nationaux. Seules les législations nationales peuvent définir si un différend est arbitrable ou non¹⁰¹⁵. En conséquence, les critères de détermination de l'arbitrabilité d'un litige varient selon les lois nationales applicables.

En raison de la diversité des positions des Etats signataires de la Convention de New York et afin d'éviter les mauvaises surprises en matière d'arbitrabilité des conflits, certains juristes ont suggéré d'annexer une liste à la Convention de New York, au moment de sa révision, qui mentionnerait toutes les matières pour lesquelles l'arbitrage est exclu¹⁰¹⁶. Cependant, en raison des nombreuses difficultés qu'il implique, ce projet ne semble pas

¹⁰¹³ *Editions Chouette Inc. c./ Desputeaux*, 2003 SCC 17 (Canadian S.Ct.) ; 20 *J. Int'l Arb.* 507 (2003).

¹⁰¹⁴ Antoine Kirry, « Arbitrability: Current Trends in Europe », 12(4) *Arbitration International* 373, (1996), p. 386.

¹⁰¹⁵ Piero Bernardini, « The Problem of Arbitrability in General », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.510.

¹⁰¹⁶ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.375.

réalisable. Dans de nombreux pays, les contours de l'arbitrabilité ne sont pas clairement définis. En outre, il est difficile de répertorier tous les détails propres à chaque litige.

Ainsi, la diversité entre tous les pays signataires de la Convention de New York dans l'application de la notion d'arbitrabilité, en fonction des matières sur lesquelles porte le litige, qui sert de fondement aux juridictions étatiques pour exécuter ou refuser la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, va continuer d'exister. La seule position commune entre tous ces Etats est celle qu'ils adoptent lorsque la convention d'arbitrage intervient dans une matière inarbitrable. Dans ce cas, ils considèrent tous que la convention est nulle, car contraire à la loi¹⁰¹⁷. La compétence des arbitres est également nulle et la sentence ne peut être exécutée¹⁰¹⁸. Mais, que ce passe-t-il dans le cas où un pays reconnaît et exécute une sentence arbitrale qui porte atteinte à l'ordre public (**Section 2**) ?

Section II :

L'atteinte à l'ordre public

L'article V al. 2(b) dispose que : [...] la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du pays dans lequel elles sont demandées. L'exception de la contrariété à l'ordre public est prévue dans presque toutes les conventions ou traités internationaux, portant sur la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale. Elle a pour objectif de préserver les convictions morales fondamentales ou les principes généraux sur le territoire. La raison pour laquelle le concept même de l'ordre public est difficile à cerner et que les convictions morales fondamentales ou les principes en question diffèrent d'un pays à un autre.

Auparavant, l'article 1^{er} de la Convention de Genève comportait un alinéa sur l'ordre public. Il stipulait que, pour obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence

¹⁰¹⁷ Piero Bernardini, « The Problem of Arbitrability in General », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p. 504.

¹⁰¹⁸ Julian D M. Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p. 188.

arbitrale, il est nécessaire : « [...] que la reconnaissance ou l'exécution ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux principes généraux du pays où la sentence doit produire ses effets ».

A la différence de la Convention de Genève, l'exception de la contrariété à l'ordre public prévue dans la Convention de New York ne mentionne pas « *les principes généraux* ». Cette omission est généralement interprétée comme la volonté de limiter le champ de l'ordre public à certains principes fondamentaux, afin que la simple violation ou incompatibilité de la sentence avec les lois internes ne soit pas considérée comme une atteinte à l'ordre public¹⁰¹⁹. Les juridictions étatiques sont donc invitées à adopter une approche plutôt « *restrictive* » dans leur examen du contenu de la sentence. Ainsi, la juridiction compétente du lieu d'exécution ne doit pas rechercher si la sentence porte atteinte à l'ordre public, mais plutôt si l'exécution en soi-même de cette sentence conduirait à des situations contraires à l'ordre public¹⁰²⁰.

En effet, les travaux préparatoires relatifs à la Convention de New York de 1958, portant sur l'arbitrage commercial international a considéré l'ordre public comme une disposition garantissant aux Etats une marge d'autonomie dans leur application de cette Convention. Cette concession est apparue nécessaire dans les négociations qui ont abouties à l'adoption de la Convention de New York. Il existe donc une tension considérable entre, d'une part, l'objectif principal de la Convention qui tend à créer un régime commun et uniforme en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales et, d'autre part, les pouvoirs réservés aux juridictions compétentes du lieu d'exécution et prévus à l'article V al.2(b) de la Convention.¹⁰²¹ En ce qui concerne l'exécution, il appartient aux juridictions d'exercer un contrôle souverain sur les procédures arbitrales internationales¹⁰²².

L'ordre public peut donc jouer un rôle important dans l'arbitrage international, dans la mesure où peuvent y porter atteinte :

¹⁰¹⁹ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p. 365.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 366

¹⁰²¹ James D. Fry, « Désordre Public International under the New York Convention : Wither Truly International Public Policy », 8 *Chinese J. Int'l L.* 81, (2009), p. 22.

¹⁰²² *Ibid.*

- La convention d'arbitrage
- La procédure arbitrale
- La loi appliquée par les arbitres
- L'exécution de la sentence¹⁰²³.

C'est ce dernier sujet qui a généré le plus de discussions et de conflits. Souvent, il rejoint les questions portant sur l'article V al.1^{er}(b) (régularité de la procédure), article V al.1^{er}(d) (procédure irrégulière ou composition du tribunal arbitral) et l'article V al.2(a) (inarbitrabilité)¹⁰²⁴. Le concept de l'ordre public est suffisamment large pour couvrir différents sujets. Souvent, les parties soulèvent l'atteinte de l'ordre public auprès des juridictions du lieu d'exécution de la sentence, afin d'éviter cette exécution. Ainsi, de nombreux commentateurs ont qualifié cette atteinte de « *clause échappatoire* » ou de « *souape de sécurité de la Convention de New York* »¹⁰²⁵. En plus B. Oppetit a écrit que « *la Convention de New York marque nettement la distinction des deux niveaux d'intervention de l'ordre public: celui du compromis (et il s'agit alors de l'arbitrabilité du différend) et celui de la sentence ... , il semble bien résulter d'un rapprochement des paragraphes 1 et 2 de l'article V que l'ordre public n'intéresse plus désormais la procédure arbitrale ... car, à ce stade, la conformité à l'ordre public prend la forme du respect des droits de la défense ; l'intervention de l'ordre public ne se manifeste qu'au niveau de la sentence à strictement parler; or si l'on envisage la seule sentence sous l'angle de la contrariété, qu'elle peut présenter avec l'ordre public, la question ne peut guère se poser qu'à propos de sa motivation* »¹⁰²⁶.

Pour autant, la question qui se pose ici est celle relative au fait de définir généralement le contenu de ce concept de l'ordre public (**Paragraphe I**), afin de déterminer

¹⁰²³ Hans Smit, « Comments on Public Policy in International Arbitration », 13 *Am. Rev. Int'l Arb.* 65, (2002), p. 65.

¹⁰²⁴ R. D. Bishop, E. Martin, « Enforcement of Foreign Arbitral Awards », <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop6.pdf>, p. 32.

¹⁰²⁵ M. Lu, « The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England », 23 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 747, (2006), p.770-1.

¹⁰²⁶ B. OPPETIT, « Le refus d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère dans le cadre de la Convention de New York 1958 », *Rev. Arb.* 101 (1971) p.105.

son domaine d'application dans le cadre de la Convention de New York (**Paragraphe II**), et d'aborder enfin son éventuelle révision (**Paragraphe III**).

Paragraphe I- La définition de l'ordre public :

Autrefois, l'ordre public fut désigné comme « *le cheval indiscipliné* ». En 1824, c'est le juge Burrough d'Angleterre, dans l'affaire *Richardson c./ Mellish*¹⁰²⁷, qui a employé cette expression, la justifiant par l'image suivante : une fois dessus, il est impossible de savoir où est-ce qu'il va vous emporter¹⁰²⁸. De plus, Lord Denning, dans l'affaire *Enderby Town Football Club c./ Football Association Ltd*¹⁰²⁹ de 1971, a affirmé à propos de l'affaire *Richardson c./ Mellish*, que les difficultés relatives à l'ordre public étaient gérables. Il a ainsi déclaré qu'avec un bon homme en selle, le cheval indiscipliné peut être contrôlé. Il peut sauter les obstacles. Le concept de l'ordre public ne constitue donc pas un sujet indéfiniment ouvert et incontrôlable.

Il y a eu plusieurs tentatives de définition du concept de l'ordre public dans le passé. Selon le droit commun, l'ordre public constitue une entité abstraite, indéterminée et malléable et il est très difficile de le restreindre à une seule définition. En effet, le concept de l'ordre public est utilisé pour décrire plusieurs situations légales considérées comme relevant de la justice, de l'équité et de l'intérêt public¹⁰³⁰. La définition la plus utilisée est celle qui a été fournie par le système juridique anglais en 1853, par la Chambre des Lords, dans l'affaire *Egerton c./ Brownlow*¹⁰³¹. Dans cette affaire, la Chambre a défini l'ordre public comme étant un principe de droit qui interdit à tout individu de commettre un acte qui porterait atteinte au public ou qui serait contraire à l'intérêt public.

L'ordre public reflète donc les fondements économiques, légaux, moraux, politiques, religieux et sociaux de tout Etat et communauté internationale. L'ordre public

¹⁰²⁷ (1824) 2 Bing 229.

¹⁰²⁸ *Ibid.*

¹⁰²⁹ [1971] Ch 591.

¹⁰³⁰ Duncan Miller, « Public Policy in International Commercial Arbitration in Australia », 9(2) *Arbitration International* 167, (1993), p.172.

¹⁰³¹ (1853) 4 HLCL.

diffère naturellement selon les caractéristiques et les structures de l'Etat ou de la communauté en question. Le concept de l'ordre public couvre tous les principes « *sacro-saints* » dont la protection s'avère nécessaire et auxquels on ne peut déroger¹⁰³².

Certains considèrent l'ordre public comme un concept vague et fluctuant qui varie d'un pays à un autre. Le concept demeure flou y compris au sein d'un même pays. En effet, son contenu varie dans le temps, notamment en fonction des questions politiques, économiques et sociales, et en fonction de la volonté de ses dirigeants¹⁰³³.

D'autres considèrent l'ordre public comme le paramètre légal final qui non seulement reflète les principes prévus par les lois et la Constitution, mais exprime également un consentement ou une interdiction sur des sujets non prévus par les textes de loi¹⁰³⁴.

En matière d'arbitrage international, il convient de distinguer au moins entre quatre aspects différents de l'ordre public. En premier lieu, l'ordre public couvre une intention judiciaire qui cherche à promouvoir et à renforcer l'arbitrage international, comme une véritable institution internationale. En deuxième lieu, l'ordre public protège les principes juridiques fondamentaux d'équité qui doivent s'appliquer aux contrats et transactions internationaux et qui doivent être respectés par les arbitres, quelles que soient les circonstances. En troisième lieu, il convient de prendre en considération les lois dites « *lois de police* ». Ces dernières tendent à protéger les intérêts publics dans les domaines nationaux et internationaux. En quatrième lieu, l'ordre public peut être le résultat d'un traité ou tout autre instrument international, tel que la résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU de prohiber notamment le trafic de stupéfiants, d'armes, d'héritage culturel volé ou encore la corruption des représentants étrangers¹⁰³⁵.

¹⁰³² Duncan Miller, « Public Policy in International Commercial Arbitration in Australia », 9(2) *Arbitration International* 167, (1993), p.176.

¹⁰³³ Anil Changaroth, « International Arbitration — A Consensus on Public Policy Defences? », 4(2) *Asian International Arbitration Journal* 143, (2008), p.148.

¹⁰³⁴ Mark A. Buchanan, « Public Policy and International Commercial Arbitration », 26 *AM. BUS. L.J.* 511, (1988), p.513.

¹⁰³⁵ Homayoon Arfazadeh, « In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception » *Am. Rev. Int'l Arb.* 43, (2004), p. 46.

Selon un autre courant doctrinal, l'ordre public est encadré par des conditions juridiques de fond et de forme. La condition de fond de l'ordre public porte sur le contenu de la sentence, tandis que la condition de forme de l'ordre public s'assure de la procédure suivie pour trancher le litige¹⁰³⁶. Les principes de l'ordre public peuvent donc être divisés en deux catégories : les principes procéduraux et les principes substantiels¹⁰³⁷.

En ce qui concerne les aspects procéduraux, deux auteurs ont classé les types de violations procédurales à l'ordre public selon trois catégories, en fonction des étapes de la procédure arbitrale¹⁰³⁸. Au début de la procédure arbitrale, la nomination des arbitres doit répondre à des conditions d'impartialité et d'indépendance. A ce stade de la procédure, le traitement équitable des parties, la notification de la procédure et l'opportunité de présenter sa requête ou de se défendre sont considérés comme des questions procédurales, qui pourraient relever de l'ordre public. En ce qui concerne la sentence arbitrale, la question de l'ordre public peut se poser en cas d'interprétation erronée de la loi, d'absence de motifs ou d'irrégularités de forme dans la sentence.

En ce qui concerne le contenu, l'ordre public protège les principes fondamentaux qui s'appliquent aux contrats et aux transactions internationaux. Ces principes sont nécessaires pour la protection du contrat comme instrument distributif dans le commerce international. Sans ces principes, le contrat serait privé de ses qualités légales et pratiques, aussi importantes les unes que les autres. En raison du développement de l'harmonisation des pratiques contractuelles internationales, on pourrait s'attendre à une convergence, voire même une unification, des principes de l'ordre public applicables aux pratiques contractuelles internationales.¹⁰³⁹

¹⁰³⁶ Vesselina Shaleva, « The 'Public Policy' Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia », 19(1) *Arbitration International* 67, (2003), p.76.

¹⁰³⁷ Homayoon Arfazadeh, « In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception » *Am. Rev. Int'l Arb.* 43, (2004), p. 49

¹⁰³⁸ Stephen M. Schwebel et Susan G. Lahne, « Public Policy and Arbitral Procedure » dans *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ed. Pieter Sanders, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, (1986), p. 209.

¹⁰³⁹ Homayoon Arfazadeh, « In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception » *Am. Rev. Int'l Arb.* 43, (2004), p. 50.

Les deux degrés, procéduraux et substantiels, n'ont pas permis de définir les limites du concept de l'ordre public dans la mesure où ils portent sur des principes qui varient selon les juridictions. Il apparaît donc qu'il n'y a pas généralement d'uniformité de définition de l'ordre public, mais, la question qui se pose ici est celle relative au fait de savoir si la Convention de New York a définie ce concept d'ordre public (**Paragraphe II**) ?

Paragraphe II :

L'ordre public à travers la Convention de New York :

La Convention de New York n'a pas expressément définie le concept d'ordre public, mais il semble qu'elle l'a laissé à la prérogative des juridictions du lieu d'exécution de la sentence. Ainsi, l'article V al.2 (b) permet explicitement aux pays d'exécution de définir l'ordre public, comme mesure de contrôle de l'arbitrage international¹⁰⁴⁰.

Il n'est donc pas possible de déterminer le champ d'application de l'ordre public à la seule lecture de la Convention de 1958, puisqu'elle renvoie au pays d'exécution de la sentence pour le définir, ce qui crée une lacune juridique considérable, et par conséquent une porte béante pour les refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ainsi, l'article V al.2 (b) de la Convention constitue une sorte de « *fourre-tout* » englobant tous les manquements procéduraux et substantiels des sentences arbitrales internationales et tout ce qui n'est pas couvert par les six autres motifs. Ce fondement qui permet de refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale constitue un droit étatique par lequel l'Etat et les autorités juridiques compétentes exercent un contrôle sur la procédure arbitrale¹⁰⁴¹. En outre, si le texte même de la Convention est identique dans tous les pays signataires, son interprétation diffère et le concept de l'ordre public relève de la compétence des juridictions compétentes du lieu d'exécution¹⁰⁴². Néanmoins, s'il n'existe pas de définition expresse de l'ordre public dans la Convention de New York, en serait-il de

¹⁰⁴⁰ Duncan Miller, « Public Policy in International Commercial Arbitration in Australia », 9(2) *Arbitration International* 167, (1993), p.180.

¹⁰⁴¹ Julian D M.Lew, Loukas A Mistelis et Stefan M Kroll, « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003), p.722.

¹⁰⁴² Ti Seng Wei Edward, « Why Egregious Errors of Law May Yet Justify a Refusal of Enforcement Under the New York Convention », *Sing. J. Legal Stud.* 592 (2009), p. 600.

même en matière de droit interne (**Sous-Paragraphe 1**) ? Ce qui pourra nous permettre d'examiner le cas échéant l'hypothèse d'une éventuelle atteinte ou violation de l'ordre public (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1 : La définition de l'ordre public en droit interne :

Il est plus pertinent d'examiner la manière dont les législations nationales et les juridictions étatiques ont défini le champ de l'ordre public dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Dans ce cadre, l'ordre public est un concept « *fluide* », qui varie dans le temps et dans l'espace pour répondre à des besoins sociaux¹⁰⁴³. Il reflète les valeurs changeantes des différentes sociétés¹⁰⁴⁴. Il est impossible de donner une interprétation uniforme et commune de l'ordre public, notamment en raison de la grande diversité des décisions de justice internes¹⁰⁴⁵. En Nouvelle Zélande, dans l'affaire *CBI NZ Ltd. c./ Badger Chiyoda*¹⁰⁴⁶, la Cour d'appel a retenu que le contenu de l'ordre public devait changer d'un pays à un autre, d'une ère à une autre, puisque le concept reflétait les valeurs fondamentales propres à chaque nation. Cela ne signifie pas que les décisions antérieures fondées sur l'ordre public doivent être abandonnées, mais seulement que la Cour ne doit pas systématiquement présumer que le concept de l'ordre public est un concept sacro-saint.

De surcroît, selon la Cour suprême suisse, il n'existe pas de concept « *universel* » de l'ordre public. Il s'agit plutôt d'un concept qui reflète les valeurs fondamentales et morales d'une civilisation, et la Suisse adhère à ces valeurs¹⁰⁴⁷. Quand bien même, tous les Etats adopteraient l'article V al.2 (b) de la Convention de New York dans sa forme initiale, la

¹⁰⁴³ S. I. Strong, « Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns », 30 *U. Pa. J. Int'l L.* 1, (2008), p. 65.

¹⁰⁴⁴ Serhat Eskiyyoruk, « Harmonisation on the Performance of International Arbitral Awards », 3 *Ankara B. Rev.* 61, (2010), p.71.

¹⁰⁴⁵ Patricia Nacimiento et Alexey Barnashov, « Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in Russia », 27(3) *Journal of International Arbitration* 295, (2010), p. 301.

¹⁰⁴⁶ [1989] 2 NZLR 669, p. 674.

¹⁰⁴⁷ Elliott Geisinger, « Implementing the New York Convention in Switzerland », 25(6) *Journal of International Arbitration* 691, (2008), p.702.

définition de l'ordre public continuerait de varier entre les pays, dans la mesure où ce concept est défini en fonction de la loi, de la morale et de la justice propres à chaque pays¹⁰⁴⁸.

Ainsi, en France, l'ordre public international se réfère aux principes d'égalité des parties, notamment la possibilité de désigner son arbitre¹⁰⁴⁹, et aux circonstances dans lesquelles l'arbitre a pris sa décision, surtout dans le cas où cette décision n'avait pas été influencée par les manoeuvres frauduleuses d'une partie¹⁰⁵⁰.

L'Arabie Saoudite est un parfait exemple du « *flou* » qui entoure le champ de l'ordre public. En effet, l'Arabie Saoudite, comme d'autres pays islamiques, fait face à de difficiles questions relatives à l'abandon de son histoire culturelle. Ce pays était traditionnellement hostile à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, puisqu'elle la considère comme contraire aux lois saoudiennes et à l'ordre public interne¹⁰⁵¹. La ratification par l'Arabie Saoudite de la Convention de New York indique un réel assouplissement de sa réticence historique, vis-à-vis de l'arbitrage commercial international. Cependant, selon les dispositions de l'article V al.2 (b) de la Convention de New York, l'Arabie Saoudite n'est pas contrainte de reconnaître ou de permettre l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère qui serait contraire à son ordre public¹⁰⁵².

Ainsi, la ratification par l'Arabie Saoudite de la Convention de New York ne modifie pas concrètement sa réticence à l'arbitrage international¹⁰⁵³. En effet, la Convention de New York fournit les éléments nécessaires à la reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales internationales commerciales, permettant à l'Arabie Saoudite d'atteindre son objectif de modernisation de ses modes de résolution des conflits. L'article V al.2 (b) de la Convention de New York exonère l'Arabie Saoudite de son obligation de reconnaître une sentence arbitrale étrangère, si celle-ci porte atteinte à son ordre public. L'article V al.2 (b)

¹⁰⁴⁸ James D. Fry, « Désordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy », 8 *Chinese J. Int'l L.* 81, (2009), p.22.

¹⁰⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1992, *Rev. Arb.*, 1992, 470, note P. Bellet.

¹⁰⁵⁰ CA Paris, 30 septembre 1993, *European Gas turbines*, *Rev. Arb.*, 1994, 359, note D. Bureau.

¹⁰⁵¹ Kristin T. Roy, « The New York Convention and Saudi Arabia: Can a Country Use the Public Policy Defense to Refuse Enforcement of Non-Domestic Arbitral Awards? », 18 *Fordham Int'l L.J.* 920, (1995), p.922.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p923.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p953.

permet donc à l'Arabie Saoudite de rejoindre la communauté internationale et les règles internationales de résolution des conflits et d'exécution des sentences arbitrales, sans pour autant rejeter sa propre histoire et son ordre public interne¹⁰⁵⁴. Ainsi, l'article V al.2 (b) de la Convention de New York permet à l'Arabie Saoudite de répondre à deux besoins : celui de se moderniser pour s'intégrer dans la communauté internationale, et celui de maintenir son histoire et ses croyances religieuses.

Aux Pays-Bas, l'article 1063 (1) de la WBR dispose que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale peut être refusée si celle-ci ou sa procédure d'élaboration sont contraires à l'ordre public, à la morale ou aux bonnes mœurs.

En Corée du sud, dans l'affaire *Adviso NV (Netherlands Antilles) c./ Korea Overseas Construction Corp*¹⁰⁵⁵, les juridictions sud-coréennes ont eu l'occasion de se prononcer sur la définition de l'ordre public. Ainsi, dans le cadre d'une licence de savoir-faire portant sur un centre de traitement des déchets, la CCI de Zurich a rendu une sentence en faveur d'*Adviso*. Ce dernier cherchait à faire exécuter la sentence et la Cour d'appel coréenne avait accueilli cette demande. La Cour suprême a confirmé l'arrêt d'appel. En effet, selon la Cour, l'article V al.2(b) de la Convention de 1958, permet aux juridictions étatiques de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale, lorsque cette dernière est contraire à l'ordre public du pays en question. La Cour considère que l'objectif de cet article est de protéger les principes moraux fondamentaux et l'ordre social du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées.

En Angleterre, la définition de l'ordre public a été établie par la décision rendue dans l'affaire *Deutsche Schachtbau-undTiefbohrergesellschaft M.B.H. (D.S.T.) c./ Ras Al Khaimah Nat'l Oil Co. (Rakoil)*¹⁰⁵⁶, dans laquelle un conflit était né entre *D.S.T* et *Rakoil* dans le cadre d'un contrat d'exploration pétrolière. Ce dernier comportait une clause de recours à la CCI. *D.S.T* a donc déposé une requête auprès de la CCI, alors que *Rakoil* a

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵⁵ XVII Y.C.A. 186 (1992).

¹⁰⁵⁶ (1987) 2 Lloyd's Rep. 246 (CA).

déposé un recours devant la Cour de Ras Al Khaimah. Aucune des deux parties ne participa à la procédure déclenchée par l'autre partie. Les deux recours aboutirent alors.

La CCI s'est référée à la pratique de l'arbitrage international, en matière de concession de forage pétrolier et à l'arbitrage suisse. Selon *Rakoil*, le recours à des principes de droit imprécis et peut-être même indéfinis sur le plan international est contraire à l'ordre public anglais, ce dernier privilégiant le recours aux lois étatiques au contour précis.

Le juge Sir John Donaldson a affirmé que le concept de l'ordre public ne serait jamais établi de façon définitive, et qu'il convenait de l'aborder avec une extrême précaution, en prenant en considération le caractère illégal de la sentence, la menace aux biens publics que représenterait l'exécution de la sentence arbitrale, ou encore l'atteinte qu'elle pourrait porter aux intérêts du public, aux noms desquels les pouvoirs étatiques sont exercés¹⁰⁵⁷. En effet, le Tribunal arbitral doit se fonder sur les principes juridiques qui constituent une base commune aux différents systèmes juridiques nationaux, gouvernant les relations contractuelles, d'autant plus que les parties n'avaient pas précisé le système juridique applicable en cas de litige. En outre, la partie qui cherche à écarter l'exécution de la sentence arbitrale, en se fondant sur la violation de l'ordre public, doit prouver l'illégalité de la sentence, que ce soit parce que son exécution porte clairement atteinte à l'ordre public, ou qu'elle constitue une offense envers le public au nom duquel les pouvoirs étatiques sont exercés. Ainsi, la Cour anglaise a rattaché le champ de l'ordre public à l'illégalité.

Selon la Cour suprême du Kazakhstan, l'atteinte à l'ordre public soulevé dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale ne peut intervenir que dans le cadre de circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'une telle exécution porte atteinte aux fondements de la loi et de l'ordre de la République du Kazakhstan¹⁰⁵⁸. En effet, la Cour a défini l'ordre public comme le fondement des lois et de l'ordre.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p.1036.

¹⁰⁵⁸ Noah Rubins et Gorsha Sur, « Application of Article V of the New York Convention », 25(6) *Journal of International Arbitration* 809, (2008), p. 813.

En Russie, la Cour suprême d'arbitrage développe une forte tendance interventionniste et adopte une définition souple de l'ordre public qui constitue le fondement du refus de l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹⁰⁵⁹. Dans cette affaire, le consortium russe et l'un de ses membres (un organisme russe) devaient payer 20 millions de dollars à un membre étranger pour compenser son retrait du consortium. Les 20 millions de dollars correspondaient au montant de sa contribution au capital de l'entreprise.

La Cour suprême d'arbitrage a refusé l'exécution de la sentence rendue, en retenant que le Tribunal arbitral n'avait pas pris en considération le fait que l'apport en capital, sous forme d'équipements, n'avait été importé en Russie qu'après le rendu de la sentence arbitrale. La Cour suprême d'arbitrage a renvoyé l'affaire devant la juridiction interne de premier degré, afin qu'elle détermine, entre autres, si la possibilité de reverser à un membre d'un consortium, son apport en capital était conforme à l'ordre public, malgré l'atteinte portée aux intérêts de l'entreprise, ainsi qu'à ses membres. La Cour suprême a ordonné à la juridiction inférieure de trancher l'affaire, en prenant en compte le droit de toutes les parties à la protection juridique. Cette juridiction, statuant sur renvoi, a refusé l'exécution de la sentence arbitrale, au motif de la contrariété de cette dernière à l'ordre public russe, fondé sur les principes d'égalité entre les parties civiles, et sur le principe de bonne foi et de proportionnalité du droit civil, notamment en cas de faute¹⁰⁶⁰. La juridiction russe a donc défini l'ordre public comme un principe d'égalité, et pris en considération le facteur de la faute.

Aux Etats Unis, dans l'affaire *Parsons and Whittemore Overseas Co. c./ RAKTA*¹⁰⁶¹, le demandeur a demandé aux juridictions américaines de refuser l'exécution de la sentence, considérée comme contraire à l'ordre public américain. Ainsi, l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère peut être refusée uniquement lorsque cette exécution porte atteinte aux pouvoirs étatiques et aux notions fondamentales de moralité et de justice du pays.

¹⁰⁵⁹ Daniel J Rothstein, « An introduction to Enforcement in Russia of Foreign Arbitral Awards, and Barriers to Entry to American Courts », 21 *Int'l L. Practicum* 109, (2008), p.110.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p.111.

¹⁰⁶¹ 508 F 2d 969 (2d Cir)(1974).

De même, dans l'arrêt *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. et al. c./ STET International, S.p.A. et al.*,¹⁰⁶² les juridictions américaines ont retenu que pour qu'une partie puisse invoquer l'exception de l'ordre public, il fallait que la sentence porte atteinte aux notions fondamentales de la morale et de la justice. Il semble donc que les juridictions américaines se soient intéressées particulièrement aux notions fondamentales de la morale et de la justice, notamment dans le cadre de la définition de l'ordre public.

En Allemagne, les juridictions ont adopté des approches différentes pour définir l'ordre public. En effet, la diversité des approches existe au sein même du système juridique interne et dépend des circonstances de chaque affaire. Les juridictions se sont essentiellement concentrées sur le caractère sérieux et sur la gravité de l'atteinte à l'ordre public. Elles ont, en outre défini l'atteinte à l'ordre public comme une atteinte aux droits civils, aux principes économiques et aux droits politiques. Ainsi, dans l'arrêt *German Seller c./ German Buyer*¹⁰⁶³, rendu le 20 juin 1978, une des parties a refusé l'exécution de la sentence, en soutenant que le délai avait expiré et qu'en conséquence, le tribunal arbitral n'était plus compétent pour examiner l'affaire. Selon le TGI de Munich, cette atteinte sérieuse à la procédure légale fondait le refus de l'exécution de la sentence par la Cour, en vertu de l'article V al.2(b) de la Convention de New York. L'exécution de la sentence a ainsi été refusée, au motif que le tribunal arbitral n'avait pas vérifié l'étendue de sa propre compétence pour trancher le litige.

La Cour d'appel de Cologne a affirmé que pour refuser l'exécution, la sentence devait porter atteinte aux règles minimales de procédure et de justice¹⁰⁶⁴. En réalité, seule la partie victime de cette violation peut l'invoquer, au cours de la procédure de demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence.

La Cour fédérale suprême allemande a adopté la même position, mais en des termes différents¹⁰⁶⁵. Selon la loi procédurale allemande, la reconnaissance et l'exécution de la

¹⁰⁶² *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. et al. c./ STET International, S.p.A. et al.*, (2000) 49 O.R. (3d) 414, [2000] 136 O.A.C. 113.

¹⁰⁶³ V Y.C.A. 260 (1980).

¹⁰⁶⁴ Cour d'appel de Cologne (OLG Köln), 23 avril, 2004, 9 Sch 01/03, 560; 30 Y.C.A. (2005).

¹⁰⁶⁵ XII Y.C.A. 489 (1987).

sentence arbitrale étrangère peut être refusée, si la procédure arbitrale est entachée d'un grave défaut, qui touche aux fondements mêmes de l'Etat ou à ses fonctions économiques.

De surcroît, la Cour d'appel de Hambourg a volontairement adopté une définition de l'ordre public, comme étant les droits civils et principes politiques et économiques fondamentaux du pays, indépendamment des concepts allemands de justice¹⁰⁶⁶.

Les difficultés posées par la diversité des définitions de l'ordre public se sont accentuées, dans la mesure où le droit civil accorde à cette notion une définition beaucoup plus large que celle adoptée par la jurisprudence¹⁰⁶⁷. Mais, les deux définitions sont utilisées de façon interchangeable.

Le droit chinois a adopté le concept de « *l'intérêt public et social* », en interprétant l'article V al.2 (b), différent de l'ordre public prévu par la jurisprudence et par le droit civil. La loi chinoise se réfère à « l'intérêt public et social », qui constitue un concept moins direct que celui prévu par l'ordre public. L'exécution de la sentence arbitrale peut être refusée, si la partie contre laquelle l'exécution elle est demandée, parvient à prouver que la sentence est contraire à l'intérêt public et social ou que la juridiction devant laquelle l'exécution est revendiquée, soulève d'office le fait que la sentence arbitrale est contraire à cet intérêt public et social.

Dans l'affaire *Dongfeng Garments Factory of Kai Feng City and Tai Chu International Trade (HK) Company Ltd. c./ Henan Garments Import & Export (Group) Company (China)*¹⁰⁶⁸, la Cour intermédiaire de Zhengzhou a, dans un arrêt du 28 septembre 1992, refusé l'exécution d'une sentence arbitrale, en retenant qu'une telle exécution porterait une sérieuse atteinte à l'économie de l'Etat, à l'intérêt public de la société et au commerce de l'Etat étranger.

¹⁰⁶⁶ Cour d'appel de Hambourg. 26 Janvier 1989, *Y.C.A.* 491 (1992).

¹⁰⁶⁷ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.359.

¹⁰⁶⁸ Li Hu, « Enforcement of the International Commercial Arbitration Award in the People's Republic of China », 16(4) *Journal of International Arbitration* 1, (1999), p.21.

Pour cette raison, la Cour suprême a donné sa propre interprétation du concept d'« *intérêt public et social* », en précisant les circonstances dans lesquelles ce principe est applicable, à savoir, en cas d'atteinte aux principes fondamentaux prévus par la loi chinoise, à la souveraineté nationale, à la sécurité intérieure, et aux principes fondamentaux d'éthique sociale et de morale¹⁰⁶⁹.

En réalité, la définition de « *l'intérêt public* » en matière d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère a été largement critiquée en Chine¹⁰⁷⁰. Le concept « *d'intérêt public* » prévu en droit chinois interne est différent du concept de « l'ordre public » prévu par l'article V al.2 (b) de la Convention de New York ou même par le droit international coutumier. Il est vrai que la loi arbitrale chinoise de 1994 n'inclut pas l'intérêt public comme un motif pour les juridictions internes de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Cependant, selon la loi de procédure civile de 1991, ce concept n'est pas écarté¹⁰⁷¹. Ainsi, l'intérêt public demeure un fondement légal, permettant aux juridictions étatiques de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère.

De même, en Inde, dans l'affaire *Renusagar Power Co Ltd c./ General Electric Co*¹⁰⁷², l'exécution d'une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCI a été sollicitée auprès des juridictions indiennes. La Cour suprême indienne a donné une définition de l'ordre public, en affirmant que l'affaire touchait aux biens et à l'intérêt public. Mais, le contenu de ces notions d'ordre public, de bien et d'intérêt public, de ce qui porte atteinte à l'intérêt public, a changé au fil du temps.

Aussi, il est très difficile de parvenir à une interprétation uniforme de la définition de l'ordre public. Le seul élément commun entre les différentes approches réside dans la considération de l'atteinte sérieuse aux fondements de la société, qui peut justifier le refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Par ailleurs, pour

¹⁰⁶⁹ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby et C. Partasides, « International Arbitration », *Oxford University Press*, (2009), p.660.

¹⁰⁷⁰ Jian Zhou, « Judicial Intervention in International Arbitration: A Comparative Study of the Scope of the New York Convention in U.S. and Chinese Courts », *15 Pac. Rim L. & Pol'y* 403, (2006), p.448.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, p.449.

¹⁰⁷² XX Y.C.A.681(1995).

remédier à toutes ces divergences relatives à la définition de l'ordre public, certaines juridictions ont accordé une interprétation stricte à cette notion d'ordre public (A), alors d'autres juridictions ont accordé une interprétation internationale (B).

A- L'interprétation stricte de l'ordre public

Il incombe aux juridictions nationales d'encadrer strictement l'interprétation de l'ordre public, afin de protéger l'arbitrage international et d'assurer son efficacité, en évitant que cette atteinte ne soit systématiquement invoquée pour refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère. Dans cette perspective, l'objectif général de la Convention de New York invite à une lecture stricte de cette notion.

C'est ce qui ressort clairement du rapport de l'ONU élaboré dans le cadre de la préparation de la Convention de New York. La volonté était de restreindre le recours à l'atteinte de l'ordre public aux seuls cas dans lesquels la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère est manifestement contraire aux principes du système juridique du pays où l'exécution de la sentence est demandée¹⁰⁷³.

Cette interprétation stricte de l'ordre public correspond mieux aux termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En effet, cette dernière exige que la Convention de New York soit interprétée 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 but¹⁰⁷⁴. Pour déterminer l'objet et l'objectif du traité, il convient d'examiner le texte même du Traité, en ce compris le préambule et les annexes. Au regard de ce texte, on peut conclure que la Convention de New York tend à faciliter l'exécution des sentences étrangères, qui invite à adopter une interprétation stricte de l'ordre public.

Ainsi, l'ordre public constitue un sujet de débat entre les différentes doctrines et juridictions étatiques. De nombreuses juridictions ont considéré, qu'au regard des travaux

¹⁰⁷³ Ti Seng Wei Edward, « Why Egregious Errors of Law May Yet Justify a Refusal of Enforcement Under the New York Convention », *Sing. J. Legal Stud.* 592. (2009), p.601.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

préparatoires de la Convention de New York, l'atteinte à l'ordre public devait être interprétée de manière « restrictive »¹⁰⁷⁵. Dans l'affaire *IPCO Nigeria Ltd c./ Nigerian National Petroleum Corp*¹⁰⁷⁶, la Haute Cour anglaise a retenu que l'interprétation de la notion d'ordre public devait être considérée avec la plus grande précaution, en ce que ce concept ne constituait pas une carte blanche pour justifier le refus de l'exécution des sentences arbitrales¹⁰⁷⁷. Ainsi, une interprétation stricte de la notion s'impose afin de préserver l'objectif de la Convention de New York, qui consiste à promouvoir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et de ce fait, l'arbitrage en général.

La jurisprudence américaine offre plusieurs exemples de l'interprétation restrictive de l'ordre public. Ainsi, dans une affaire *Parson & Whittmore Oversea Co Inc. c./ Société General de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, la Cour d'appel américaine du second circuit a confirmé le jugement du Tribunal qui avait ordonné l'exécution d'une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCI, à l'encontre d'une entreprise de construction américaine. Ce dernier avait abandonné son chantier en Egypte, partiellement achevé, quelques jours avant la guerre arabo-israélienne des six jours de 1967¹⁰⁷⁸. L'entreprise américaine s'était fondée sur l'atteinte de l'ordre public, pour s'opposer à l'exécution de la sentence. Cette disposition n'avait pas pour objectif de protéger les intérêts politiques internationaux par la revendication de l'atteinte de l'ordre public¹⁰⁷⁹. La Cour a réexaminé les travaux préparatoires de la Convention de New York, et constaté que l'élargissement du champ de l'ordre public viciait les efforts de la Convention, pour éliminer les obstacles à l'exécution de la sentence. La Cour d'appel américaine du second circuit a conclu que la violation de l'ordre public prévue par la Convention de New York, devait être interprétée de façon restrictive.

De plus, dans l'affaire *Brandeis Intsel Ltd. v. Calabrian Chems. Corp*¹⁰⁸⁰, la Cour américaine du sud de New York a également adopté une lecture restrictive de l'article V al.2 (b) de la Convention de 1958. *Brandeis Intsel Ltd.* avait revendiqué l'exécution d'une

¹⁰⁷⁵ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p.218.

¹⁰⁷⁶ 2 *Lloyds' Rep* 326.

¹⁰⁷⁷ *IPCO Nigeria Ltd c./ Nigerian National Petroleum Corp*, 2 *Lloyds' Rep* 326 n° 13.

¹⁰⁷⁸ 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974).

¹⁰⁷⁹ John Fellas, « Transatlantic Commercial Litigation and Arbitration », *Oceana Publication inc.*, (2004), p.646.

¹⁰⁸⁰ 656 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1987).

sentence arbitrale étrangère rendue à l'encontre de l'entreprise *Calabrian Chemicals* en application d'une convention d'arbitrage contenue dans le contrat liant les deux entreprises. *Calabrian Chemicals* tenta d'écarter l'exécution de cette sentence, en se fondant sur l'article V al.2 (b) de la Convention de New York. La Cour américaine a accordé l'exequatur de la sentence, en retenant que : s'il est vrai que l'exception prévue à l'article V al.2 (b) de la Convention de New York demeure valable, elle doit toujours être interprétée de manière restrictive. Elle ne trouve à s'appliquer que lorsque l'exécution de la sentence arbitrale internationale porte atteinte aux notions fondamentales de la justice¹⁰⁸¹.

Bien que « l'ordre public » dépende de la définition qu'en donne le pays de l'exécution de la sentence arbitrale, certaines juridictions nationales ont opéré une distinction entre ordre public national et ordre public international (**B**).

B- Ordre public national et ordre public international :

Pour répondre à l'objectif recherché par la Convention de New York et pour limiter le champ d'application de l'ordre public, certaines juridictions ont accordé une interprétation internationale à l'ordre public. Pour ce faire, les juridictions du lieu d'exécution cherchent à préserver l'équilibre entre l'ordre public national et l'ordre public international et cela, afin de protéger les intérêts des différentes nations, et répondre aux besoins du commerce international¹⁰⁸². Ce concept de l'ordre public peut donc être divisé en deux catégories : la première catégorie est celle fondé sur la loi nationale et la deuxième est celle de l'ordre public fondé sur les coutumes et les lois internationales, qui constituent un fondement commun entre tous les Etats de la communauté internationale. Son champ d'application est plus restreint que celui de l'ordre public fondé sur la loi nationale. L'ordre public auquel la Convention de New York se réfère correspond plutôt à l'ordre public international, fondé sur la loi nationale¹⁰⁸³.

¹⁰⁸¹ *Brandeis Intsel Ltd. c./ Calabrian Chems. Corp.*, 656 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1987), p.163-5.

¹⁰⁸² May Lu, « The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral awards: An Analysis of the Seven Defences to Oppose Enforcement in the United States and England », 23(3) *Arizona Journal of International & Comparative law* 747, (2006) p. 771.

¹⁰⁸³ Domenico Di Pietro et Martin Platte, « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001), p.182.

L'adoption d'une définition internationale de l'ordre public permettrait de remédier à la diversité des définitions existantes et de limiter le champ de la notion de l'ordre public. En effet, le concept de l'ordre public international n'est pas tout à fait théorique. Une grande majorité des juridictions compétentes ont tendance à distinguer entre les sentences internationales et nationales, l'ordre public international et national. De nombreuses juridictions préfèrent la portée limitée de la première, notamment en présence d'éléments d'extranéité¹⁰⁸⁴. Ainsi, lorsque les juridictions étatiques doivent déterminer si une sentence arbitrale étrangère est contraire à l'ordre public, elles adoptent une position beaucoup plus souple, en matière de sentence nationale, pour en faciliter l'exécution.

La Convention de New York ne distingue pas explicitement entre l'ordre public national et international, mais une interprétation stricte a été adoptée conformément aux travaux préparatoires de cette Convention. La Convention de Genève de 1927, contient dans son article 1^{er} al.(e), les dispositions suivantes : « *contraire à l'ordre public ou aux principes de droit du pays dans lequel l'exécution de la sentence est demandée* ». Le projet de la Convention de 1955 contient la mention suivante : « *clairement incompatible avec l'ordre public ou les principes fondamentaux* »¹⁰⁸⁵.

Il est donc certain que la Convention de New York mentionne l'ordre public international et non pas l'ordre public national. Selon les Professeurs Fouchard, Gaillard et Goldman,¹⁰⁸⁶ « *bien que l'article V, paragraphe 2, b, ne soit guère explicite, il n'est pas contestable que le texte fait référence à l'ordre public international de l'Etat d'accueil de la sentence. Tout d'abord, c'est bien d'ordre public international et non d'ordre public interne qu'il s'agit. A l'évidence, la méconnaissance d'une quelconque disposition impérative de l'Etat d'accueil ne saurait suffire à justifier le refus de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence étrangère. Seule la méconnaissance par la sentence des principes considérés dans*

¹⁰⁸⁴ Ti Seng Wei Edward, « Why Egregious Errors of Law May Yet Justify a Refusal of Enforcement Under the New York Convention », *Sing. J. Legal Stud.* 592 (2009), p. 601.

¹⁰⁸⁵ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.362.

¹⁰⁸⁶ Fouchard, Gaillard et Goldman, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (1999), p.966; Bernard Hanotiau et Olivier Caprasse, « Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention », 25(6) *Journal of International Arbitration* 721, (2008), p.730.

l'Etat d'accueil comme participant de ses convictions fondamentales, comme « doués d'une valeur universelle absolue », peut justifier un tel résultat»¹⁰⁸⁷.

Selon Monsieur Albert Van den Berg, il existe une distinction cruciale entre l'ordre public national et international¹⁰⁸⁸. Par conséquent, ce qui relève de l'ordre public national ne relève pas nécessairement de l'ordre public international. En effet, le nombre de cas qui dépendent de l'ordre public international est inférieur à ceux qui relèvent de l'ordre public national. Cet écart se justifie par les objectifs différents des relations nationales et internationales. Ainsi, l'exécution de la sentence arbitrale étrangère ne peut pas être refusée pour n'importe quelle atteinte aux règles obligatoires du pays d'exécution. Ce refus ne peut être opposé que si la sentence arbitrale porte atteinte à des principes considérés comme fondamentaux dans le pays d'exécution ou reflétant des valeurs universelles¹⁰⁸⁹. La question qui se pose dans ce cas est de savoir est-ce les juridictions nationales ont ou non défini le concept d'ordre public, conformément aux dispositions de la convention de New York, comme étant un ordre public international ?

La France fut le premier pays à accorder à l'ordre public international une reconnaissance légale. Cette distinction est clairement exprimée à l'article 1502 al. 5 du NCPC français de 1981, devenu l'article 1520 al.5 du CPC de 2011 qui dispose que : « *le recours en annulation n'est ouvert que: [...] Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international* ». De même, le Code de procédure civile du Portugal contient un article similaire au CPC français, quant à sa référence à l'ordre public international¹⁰⁹⁰. La législation tunisienne, dans son article 78 al.2 (b) du Code d'arbitrage, adopte la même approche, en se référant à l'ordre international, tel que prévu par le droit privé international¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁷ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p.1012, n° 1710 et- n° 1711.

¹⁰⁸⁸ D. Bishop, E. Martin, « Enforcement of Foreign Arbitral Awards », <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop6.pdf>, p. 33.

¹⁰⁸⁹ Fouchard, Gaillard et Goldman, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (1999), p.996.

¹⁰⁹⁰ CPC 1986 [Portugal], art 1096(f).

¹⁰⁹¹ Vesselina Shaleva, « The 'Public Policy' Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia », 19(1) *Arbitration International* 67, (2003), p.70 ; Committee on International Commercial Arbitration, *Interim Report on Public*

La Cour de cassation française a affirmé que l'ordre public international constituait une notion moins stricte que celle d'ordre public en droit interne français¹⁰⁹². A l'instar de la Cour de cassation française, la Cour suprême Luxembourgeoise a distingué entre l'ordre public national et international¹⁰⁹³. Aux Etats-Unis, dans l'affaire *Parson & Whittmore Oversea Co Inc. c./ Société General de L'Industrie du Papie (RAKTA)*¹⁰⁹⁴, la Cour d'appel a distingué entre l'ordre public national et l'ordre public international en affirmant que si l'exception de l'ordre public était utilisée comme une protection exclusive des intérêts politiques nationaux, cela porterait nécessairement atteinte à l'efficacité de la Convention de New York. De même, dans l'affaire *Fotochrome, Inc. c./ Copal Co.*¹⁰⁹⁵, la Cour d'appel américaine de la seconde circuit a reconnu la force exécutoire d'une convention d'arbitrage dans un contrat international, alors que ce n'aurait probablement pas été le cas si elle avait été conclue dans un cadre contractuel purement interne.

Ainsi, dans l'affaire *Fotochrome*, la Cour a levé la décision de suspension de la procédure arbitrale prononcée par la juridiction américaine compétente en matière de faillite. Selon la Cour, la Convention de New York ne précise pas si la faillite tombe dans le champ de l'ordre public. La Cour a insisté sur l'importance du principe de reconnaissance internationale de l'ordre public.

Le système juridique italien distingue entre l'ordre public national et l'ordre public international. Le premier porte sur toutes les règles obligatoires qui s'appliquent dans un contexte juridique national et limitent l'autonomie des parties. Le second vise en revanche toutes les règles et les principes sur lesquels se fondent le système juridique italien. En effet, ils constituent le fondement de l'éthique et de la structure économique et sociale de la

Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (International Law Association, London Conference, 2000) p. 30; <http://www.ila-hq.org/pdf/ComArbitration.pdf>.

¹⁰⁹² *Ste Grands Moulins de Strasbourg c./ Cie Continentale France*, Court of Cassation, 15 mars 1988, *Y.C.A.* 129 (1991)

¹⁰⁹³ Nov. 24, 1993, Luxembourg Cour Supérieure de Justice, XXI *Y.C.A.* 617 (1996). La Cour dispose que l'ordre public du pays où la sentence arbitrale s'applique ne constitue pas son ordre public interne mais plutôt l'ordre public international. Ce dernier se définit comme étant l'ensemble des règles principales à l'administration de la justice et à l'exécution des obligations contractuelles.

¹⁰⁹⁴ 508 F.2d 969 (2nd Cir, 1974).

¹⁰⁹⁵ 517 F.2d 512 (2d Cir. 1975).

communauté nationale¹⁰⁹⁶. Ainsi, dans l'affaire *Allsop Automatic Inc c./ Techock SNC*¹⁰⁹⁷, la Cour d'appel de Milan a retenu que l'article V al.2(b) de la Convention de New York visait un ordre public international.

En se fondant sur une interprétation de l'ordre public, la Cour suprême Allemande fédérale a développé le concept de l'ordre public international. Cette interprétation est encore plus stricte que celle qui s'applique aux affaires arbitrales internes¹⁰⁹⁸. La Cour suprême fédérale a explicitement affirmé qu'il convient de se référer non pas à l'ordre public national, auquel les juridictions allemandes doivent se conformer dans leur application de la loi, mais plutôt à l'ordre public international¹⁰⁹⁹.

Il y a donc une atteinte à l'ordre public international si, la sentence arbitrale rendue par un tribunal étranger est adoptée à l'issue d'une procédure qui serait contraire aux règles procédurales et juridiques allemandes. Il en résulte que la sentence arbitrale ne peut donc être considérée comme résultant d'une procédure conforme à la loi¹¹⁰⁰. Il y a une atteinte procédurale à l'ordre public international, dès lors que la procédure arbitrale a été entachée d'un défaut sérieux qui porte atteinte aux fondements de l'Etat et à la vie sociale. Il y a une atteinte au contenu même de l'ordre public international, lorsque la violation porte sur les fondements de la législation allemande et sur le concept de la justice. Cette violation doit être d'une certaine gravité et inacceptable selon la conception allemande.

En Corée du Sud, dans l'affaire *Adviso NV (Netherlands Antilles) c./ Korea Overseas Construction Corp.*¹¹⁰¹, la Cour suprême a insisté sur l'attention à porter aussi bien à l'ordre public international, qu'à l'ordre public national. L'exception prévue à l'article V al.2(b) de la Convention de New York doit être interprétée de façon stricte. Le simple fait qu'une loi étrangère applicable à une sentence arbitrale contrevienne à des dispositions

¹⁰⁹⁶ Piero Bernardini et Marco Perrini, « New York Convention of June 10, 1958: the Application of Article V by the Courts in Italy », 25(6) *Journal of International Arbitration* 707, (2008), p.717.

¹⁰⁹⁷ Corte di Appello, Milan, 4 December 1992, *Y.C.A.*143 (1997).

¹⁰⁹⁸ Wolfgang Kühn, « Current Issues on the Application of the New York Convention », 25(6) *Journal of International Arbitration* 743, (2008) p.750.

¹⁰⁹⁹ Federal Supreme Court (BGH), NJW 1998, 32, 2358.

¹¹⁰⁰ Federal Supreme Court (BGH), NJW 1986, 48, 3028.

¹¹⁰¹ XVII *Y.C.A.* 186 (1992).

légales coréennes obligatoires, ne constitue pas en soi un motif suffisant pour en refuser l'exécution. En effet, le refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence peut uniquement intervenir lorsqu'une telle reconnaissance ou exécution de la sentence aurait pour effet de contrevenir à la bonne morale et à l'ordre social coréen.

Si la majorité de la doctrine et de la jurisprudence considèrent que l'article V al.2(b) de la Convention de New York, se réfère à l'ordre public international, considéré comme un concept moins large que celui de l'ordre public national¹¹⁰², la question de ce que couvre l'ordre public international relèverait toujours de la compétence des juges nationaux. Cependant, le sens de l'expression « *ordre public international* » demeure obscur¹¹⁰³. En premier lieu, il semble que certaines interprétations considèrent l'ordre public « *international* », c'est-à-dire les normes dérivant des sources internationales et non des sources légales nationales. C'est le cas, par exemple, de la doctrine européenne qui se réfère au « *vrai ordre public international* » ou à « *l'ordre public transnational* ». Cette approche permet de transformer l'exception de l'ordre public en un moyen légal, uniforme et international¹¹⁰⁴.

En deuxième lieu, « *l'ordre public international* » peut aussi être interprété de façon à ce qu'une juridiction étatique puisse considérer l'ordre public du lieu de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale, seulement si celui-ci est conforme aux principes internationaux reconnus dans les diverses nations, comme principes fondamentaux de l'ordre public. Cette analyse exige le développement de plusieurs principes de « *l'ordre public international* » relevant des sources internationales et ensuite de leur application pour limiter le champ de la loi nationale¹¹⁰⁵.

En troisième lieu, « *l'ordre public international* » signifie que la compétence des juridictions internes est reconnue comme relevant de l'ordre public. L'Etat cherche à faire

¹¹⁰² Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.366.

¹¹⁰³ Gary B. Born, « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009), p. 2836.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 2836

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 2837.

appliquer cette reconnaissance sur un plan international, ce qui exige un examen, non seulement des sources internationales, mais aussi des intentions et des objectifs des législations nationales et des décisions des juridictions étatiques.

En outre, il est largement admis que les hypothèses suivantes constituent, de façon non limitative, des violations à l'ordre public international : arbitres partiels, défaut de motivation de la sentence, graves irrégularités de la procédure arbitrale, allégation illégale, corruption ou fraude, sentence comportant des sanctions punitives, violation de la loi sur la concurrence¹¹⁰⁶.

Malgré les accords au sein de la doctrine sur le fait que l'exception de l'ordre public porte sur l'ordre public international, notion beaucoup plus restrictive que celle de l'ordre public national,¹¹⁰⁷ toutes les juridictions nationales ne distinguent pas entre l'ordre public national et l'ordre public international. Plusieurs membres de la Convention de New York ont considéré que la Convention les autorisait à interpréter l'exception de l'ordre public, conformément à celle adoptée par le pays en question. Par exemple, selon la législation brésilienne, l'exécution de la sentence serait refusée si « *la décision est contraire à l'ordre public national* »¹¹⁰⁸.

De surcroît, l'Autriche s'est vivement opposée à l'adoption du concept de l'ordre public international, sur le fondement de la Convention de New York. En 1983, dans l'affaire *Oberstor Gerichtshof*¹¹⁰⁹, l'exécution de la sentence arbitrale accordée aux Pays-Bas fut refusée par la Cour suprême autrichienne, en raison de la contrariété de la sentence avec l'ordre public autrichien. La Convention de New York n'ayant pas distingué entre l'ordre public national et l'ordre public international, la Cour suprême considère que la tentative du demandeur de faire cette distinction ne peut prospérer. L'article V al.2 (b) de la Convention

¹¹⁰⁶ Jian Zhou, « Judicial Intervention in International Arbitration: A Comparative Study of the Scope of the New York Convention in U.S. and Chinese Courts », 15 *Pac. Rim L. & Pol'y* 403, (2006), p.448.

¹¹⁰⁷ J. Poudret et S. Besson, « Comparative Law of International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Sweet & Maxwell*, (2007), p.856.

¹¹⁰⁸ Vesselina Shaleva, « The 'Public Policy' Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia », 19(1) *Arbitration International* 67, (2003), p.71.

¹¹⁰⁹ X *Y.C.A.* 421 (1985).

de New York porte clairement sur les sentences arbitrales adoptées en violation de l'ordre public du pays où l'exécution est recherchée¹¹¹⁰. Ainsi, selon la Cour, l'article V al.2(b) de la Convention ne distingue pas entre l'ordre public national et l'ordre public international, il se réfère à l'ordre public du pays où l'exécution est demandée.

En Inde, le concept de « l'ordre public international » fut expressément rejeté par la Cour suprême indienne dans la décision *Renusagar* pour défaut de définition pratique¹¹¹¹. Cependant, la Cour a affirmé que l'atteinte à l'ordre public devait être interprétée de manière limitative.

A Hong Kong, dans l'affaire *Hebei Import & Export Corp c./ Polytek Engineering Co Ltd*¹¹¹², Selon le juge Bokhary, l'article V al.2(b) de la Convention de New York, qui porte sur l'ordre public du pays de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale, s'applique à l'ordre public propre au pays en question. L'ordre public constitue une notion fondamentale, notamment en matière de justice. Pour cette raison, les juridictions étatiques sont obligées de l'appliquer, non seulement aux affaires purement internes, mais aussi aux affaires comportant des éléments d'extranéité qui impliquent d'autres pays¹¹¹³. Cependant, le juge Mason a noté que l'ordre public du pays de reconnaissance et d'exécution de la sentence coïncidait avec l'ordre public de plusieurs autres pays, transformant ainsi l'ordre public en un ordre international de par sa nature¹¹¹⁴.

Dans l'affaire canadienne *Robert E Schreter c./ Gasmac Inc*¹¹¹⁵, le juge Feldman a considéré que l'application de l'ordre public national à une sentence arbitrale étrangère constituait une garantie contre l'exécution d'une sentence qui risquerait de porter atteinte aux principes locaux de justice et d'équité. En outre, les problèmes de corruption et l'adoption de

¹¹¹⁰ *Dutch Appellant c./ Austrian Appellee*, X Y.C.A. 421 (1985), p.422.

¹¹¹¹ *Renusagar Power Co. Ltd c./ General Electric Co.*, XX Y.C.A.. 681(1995).

¹¹¹² [1999] 1 HKLRD 665.

¹¹¹³ *Ibid.*, p675

¹¹¹⁴ *Ibid.*, p691

¹¹¹⁵ (1992) 7 OR (3d) 608.

la sentence par une autre juridiction pourraient suivre des règles procédurales ou substantielles bien différentes des règles nationales¹¹¹⁶.

La tentative de limiter le champ d'application de l'ordre public en l'interprétant comme relevant du plan international, semble avoir échoué. En effet, le concept de l'ordre public international est en soi-même un concept indéfini ; il n'existe pas de définition internationale uniforme à travers le monde. Cependant, la question qui se pose ici est celle de savoir si les différentes juridictions étatiques adoptent la même position en cas de violation de l'ordre public (**Sous-Paragraphe 2**) ?

Sous-Paragraphe 2- La violation ou l'atteinte à l'ordre public :

Il existe un consensus parmi les différents membres signataires de la Convention de New York, selon lequel certains sujets relèvent communément de l'ordre public et justifiant le refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Mais, ces sujets varient dans leur application, selon l'interprétation qui en est faite par les juridictions nationales. Ainsi, en est-il en cas de mauvaise application de la loi par les arbitres (**A**), ou en cas d'application d'un taux d'intérêt excessif (**B**), ou en cas d'éventuels impartialités des arbitres (**C**), ou encore en cas de fraude, d'illégalité (**D**), et d'absence de motivation (**E**) ?

A- La mauvaise application de la loi nationale par les arbitres :

Selon certaines juridictions, les défaillances des arbitres dans l'application d'une loi nationale sont considérées comme un défaut substantiel qui peut entraîner une violation de l'ordre public. Certaines juridictions ont maintenu une interprétation plus large de l'ordre public, en considérant systématiquement l'inapplication de la loi interne comme étant une atteinte à l'ordre public. Ainsi, dans l'affaire *Oil & Natural Gas Co Ltd c./ Saw Pipes Ltd*¹¹¹⁷, la Cour suprême indienne était amenée à examiner l'exécution d'une sentence arbitrale interne, au regard des dispositions de l'Acte de conciliation de 1996. Elle a adopté une interprétation large de l'ordre public, en affirmant que ce concept pouvait être modifié et

¹¹¹⁶ *Robert E Schreter c./ Gasmac Inc* (1992) 7 OR (3d) 608.

¹¹¹⁷ (2003) (3) SCC 705.

élargi selon les circonstances. La Cour suprême indienne a ainsi considéré qu'une erreur de droit relevait de l'ordre public, et justifiait le refus de l'exécution de la sentence. En l'espèce, le tribunal arbitral s'était trompé et avait conclu qu'il incombait aux demandeurs de prouver leur perte pour réclamer des dommages et intérêts.

En 1995, la Cour suprême turque a refusé d'exécuter une sentence, au motif que le Tribunal arbitral de Zurich avait certes appliqué la loi turque au fond, mais plutôt celle du canton de Zurich à la procédure. Selon la Cour, la non-application des deux lois turques de fond et de procédure par l'arbitre constituait une violation de l'ordre public turc¹¹¹⁸.

Mais, certaines juridictions ne considèrent pas le défaut d'application de la loi ou sa mauvaise application comme une atteinte à l'ordre public. Dans l'affaire américaine *Coutinho Caro & Co USA c./ Marcus Trading Inc*¹¹¹⁹, la partie qui s'opposait à l'exécution de la sentence arbitrale soutenait que cette sentence était contraire à l'ordre public américain. Cependant, la Cour a retenu que l'application erronée ou la non application d'un principe de droit par les arbitres ne doit pas, en règle générale, être considérée comme une atteinte à l'ordre public, telle que prévue par la Convention de New York, dans son article V al.2 (b).

Par ailleurs, dans l'arrêt *Kotrako, Inc. c./ V/O Rosvneshtorg*¹¹²⁰, la Cour de Moscou a également retenu une approche restrictive de l'ordre public. La partie russe *Rosvnehtorg* s'était opposée à l'exécution d'une sentence arbitrale pour atteinte à l'ordre public. Elle prétendait que la sentence arbitrale contenait une application erronée de la loi russe, aboutissant ainsi à une détermination inexacte du montant des dommages et intérêts. Les arbitres se seraient ainsi écartés des principes de légalité et de motivation de la sentence.

Pour autant, la Cour de Moscou a rejeté cette argumentation, en ce qu'elle portait sur le contenu de la sentence. Elle a retenu qu'elle ne disposait pas des pouvoirs nécessaires

¹¹¹⁸ Margaret. L. Moses, « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008), p.218.

¹¹¹⁹ [2000] US Dist 37; 2000 WL 435566 (D Conn 2000).

¹¹²⁰ Vesselina Shaleva, « The 'Public Policy' Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia », 19(1) *Arbitration International* 67, (2003), p. 89.

pour examiner le contenu même de la sentence et que la reconnaissance de la sentence ne portait pas atteinte au système politique ou légal de la Fédération de Russie.

A Hong Kong, dans l'affaire *Werner A Bock KG c./ The N's Co Ltd*¹¹²¹, les défendeurs ont affirmé que l'exécution de la sentence arbitrale serait contraire à l'ordre public (selon les dispositions de l'article 44(3) de l'ordonnance arbitrale de Hong Kong), au motif que l'arbitre n'avait pas appliqué la loi prévue au contrat. Selon le juge Hugging, rien dans le contrat ne permettait de préciser la loi applicable et même si le tribunal n'avait pas choisi la loi adéquate, cela ne constituait pas nécessairement une atteinte à l'ordre public, justifiant le refus d'exécution de la sentence arbitrale. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Hong Kong a reconnu que la sentence arbitrale, adoptée en Allemagne dans le cadre d'une procédure qui exigeait que les défendeurs prouvent que les biens n'étaient pas défectueux, n'était pas contraire à l'ordre public, dans la mesure où cette condition imposée en Allemagne ne constituait pas une condition déraisonnable à Hong Kong. Le juge Hugging a ajouté que l'ordre public ne pouvait pas être étendu à l'infini, pour englober toutes les erreurs possibles¹¹²².

Les différentes juridictions nationales adoptent donc des approches différentes, en matière d'atteinte à l'ordre public et de refus d'exécution. Ainsi, il n'y a pas une position uniforme quant au refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence pour inapplication ou mauvaise application de la loi par les arbitres. Reste à savoir si leurs positions en matière de taux d'intérêt excessif est la même **(B)** ?

B- Le taux d'intérêt excessif :

Le taux d'intérêt constitue un autre exemple d'atteinte possible à l'ordre public. Ainsi, dans l'affaire *In Buyer (Austria) c./ Seller (Serbia and Montenegro)*¹¹²³, le litige portait sur un contrat de vente de champignons, l'acheteur n'avait pas exécuté son obligation de paiement. Le Tribunal arbitral de la Chambre de commerce et d'industrie de la Serbie avait

¹¹²¹ [1978] *HKLR* 281, CA.

¹¹²² *Ibid.*, p286.

¹¹²³ XXX Y.C.A. 421(2005).

rendu une sentence condamnant l'acheteur à verser le prix des champignons avec intérêt d'un montant de 0,2 pourcent par jour de retard.

Le vendeur a cherché à faire exécuter la sentence en Autriche, mais l'acheteur s'y est opposé en soutenant que celle-ci était contraire à l'ordre public, dans la mesure où le taux d'intérêt était très élevé. La Cour suprême autrichienne a confirmé que ce taux d'intérêt violait l'ordre public. D'après ses calculs, le taux annuel de l'intérêt s'élevait à 107,35 pourcent, dont le caractère disproportionné constituait une atteinte à l'ordre public autrichien, indépendamment du fait qu'il soit accepté par la loi appliquée par le tribunal arbitral. La Cour a ajouté qu'il était possible de distinguer entre la sentence portant sur le prix d'achat (montant dû et susceptible d'exécution), et la sentence portant sur l'intérêt (impossible à exécuter). La Cour a affirmé qu'elle ne pouvait pas modifier la sentence et diminuer le taux d'intérêt. En effet, elle n'avait compétence que pour décider l'exécution ou non des intérêts imposés par la sentence. Or, le taux d'intérêt étant excessif au regard de l'ordre public autrichien, la Cour a décidé de ne pas accorder l'exécution de la partie de la sentence portant sur les intérêts, mais uniquement la partie portant sur l'obligation contractuelle de paiement.

L'atteinte de l'ordre public a été invoquée avec succès dans l'affaire *Laminoirs-Trefileries-Cableries de Lens, S.A. c./ Southwire Co*¹¹²⁴. En l'espèce, l'entreprise française *Laminoirs* avait conclu un contrat avec l'entreprise américaine *Southwire Co* dans l'Etat américain de Géorgie. Cette dernière produisait des fils d'acier. Selon le contrat, tout litige né à l'occasion de ce contrat devait être soumis à l'arbitrage à Paris, et tranché conformément aux règles de procédure de la CCI et aux lois de l'Etat de Géorgie (en conformité avec la loi française). Un différend est effectivement intervenu entre les parties sur le prix excessif et des questions de qualité. *Laminoirs* a initié la procédure arbitrale. Le Tribunal a rendu une sentence en faveur de *Laminoirs*, a condamné l'autre partie aux paiements de dommages-intérêts calculés sur la base du taux français (qui était, au moment des faits, plus élevé que le taux américain de Géorgie). Le taux d'intérêt s'élevait à 5 pourcent pour les deux mois après la date de la sentence (conformément au droit français).

¹¹²⁴ 484 F. Supp. 1063 (N.D. Ga. 1980).

Laminoirs a sollicité l'exécution de la sentence aux Etats-Unis. *Southwire* a invoqué le taux d'intérêt excessif imposé par la loi française pour s'opposer à cette exécution. La Cour américaine du Nord de la Géorgie a confirmé l'application du taux d'intérêt français, au motif qu'il n'appartenait pas à *Southwire* d'imposer ses propres termes dans le marché. Ce dernier est régi par ses propres lois, et ses litiges sont tranchés auprès de juridictions spécialisées. Le taux d'intérêt imposé par la France n'est pas suffisamment élevé pour que l'on considère qu'il porte atteinte à la morale et à la justice de l'Etat de Géorgie et de ce fait, n'est pas contraire à l'ordre public. La Cour a cependant refusé l'exécution de la partie de la sentence qui portait sur le taux d'intérêt de cinq pourcent et a distingué entre l'intérêt compensatoire et l'intérêt punitif.

Par ailleurs la Cour trouve que l'objectif de cet intérêt est de compenser la perte intervenue pour paiement tardif et non pas pour sanctionner le débiteur. Le dédommagement punitif existe aux Etats-Unis mais, en règle générale, il ne s'applique pas en cas de violations d'obligations contractuelles. La Cour a donc accordé l'exécution de la sentence, mais uniquement dans la partie (de la sentence) considérée comme ne portant pas atteinte à l'ordre public. Ainsi, un taux d'intérêt excessif ou disproportionné constitue une atteinte à l'ordre public.

D'ailleurs, au-delà d'une prohibition des intérêts excessifs sur les sommes accordées par la sentence, certains Etats vont jusqu'à interdire systématiquement les intérêts quels qu'ils soient. L'Arabie Saoudite refuse par exemple d'exécuter toute sentence arbitrale qui imposerait un paiement avec intérêt, même si cela intervient sur le fondement des dispositions de l'article V al.2 (b)¹¹²⁵. Ainsi, le contenu même de ce qui porte atteinte à l'ordre public et à la morale peut varier entre les différents pays, en particulier les pays qui suivent la loi islamique « *la Charia* ».

Si certains Etats considèrent l'application d'un taux d'intérêt excessif comme une atteinte à l'ordre public, d'autres interdisent les intérêts de manière systématique. Ainsi, la

¹¹²⁵ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.390.

divergence entre les pays continue d'exister, y compris au sein même d'un élément identifié comme constitutif d'une atteinte à l'ordre public, tel que l'application d'un taux d'intérêt sur les sommes accordées par une sentence arbitrale dont l'exécution pourra être refusée en cas d'impartialité des arbitres (C).

C- L'impartialité des arbitres :

Les principes d'autonomie et d'impartialité des arbitres relèvent de l'ordre public¹¹²⁶. En général, une personne peut être arbitre au sein de plusieurs tribunaux arbitraux. Mais, cela n'est pas une garantie d'impartialité. De plus, si l'arbitre semble adopter un comportement partial et peu respectueux de l'éthique dans sa mission d'arbitrage, cela peut influencer la sentence rendue par un autre tribunal arbitral, voire même entacher sa validité¹¹²⁷. Ainsi, dans l'affaire *Excelsior Film TV c./ UGC-PH*¹¹²⁸, la Cour de cassation française a refusé l'exécution d'une sentence, au motif que l'arbitre, qui statuait dans deux tribunaux arbitraux différents (un en France et l'autre en Italie), avait fourni au Tribunal italien de fausses informations, afin d'influencer certaines décisions au profit d'une partie. Selon la Cour, ce comportement répréhensible de l'arbitre (fournir des informations au tribunal italien portant sur la procédure en France), révélait son absence d'impartialité, créant par conséquent un déséquilibre entre les parties. Or, ce déséquilibre porte incontestablement atteinte à la légalité de la procédure justifiant ainsi un refus d'exécution de la sentence arbitrale adoptée, conformément aux dispositions de l'article V al.2 (b).

De plus, si l'arbitre agit au nom de l'une des parties avant d'être nommé comme tel, cela constitue un motif suffisant pour douter de son impartialité et donc refuser l'exécution de la sentence. Ainsi, dans une affaire suisse, une convention d'arbitrage permettait à l'avocat de l'une des parties d'agir en tant qu'arbitre pour trancher le litige. La Cour a considéré cette nomination comme étant contraire à l'ordre public¹¹²⁹.

¹¹²⁶ J. Delvolvé, Gerald H. Pointon et J. Rouche, « French Arbitration Law and Practice :A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^{ème} Edition, *Kluwer Law International*, (2008), p.246.

¹¹²⁷ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.369.

¹¹²⁸ XXIVa Y.C.A. 643 (1999), p. 644.

¹¹²⁹ XXIII Y.C.A. 754 (1998), p.763.

Néanmoins, à partir du moment où le mandat de l'arbitre a pris fin, le comportement de ce dernier n'influence pas la procédure arbitrale. Dans l'affaire *Denis Coakley Ltd c./ Michel Reverdy Company*¹¹³⁰, la Cour d'appel de Reims a retenu que l'arbitre demeurait impartial, bien qu'il ait été arbitre puis conseiller de l'une des parties. Selon la Cour, l'impartialité de l'arbitre reste intacte, dans la mesure où il a agi au nom de l'une des parties, uniquement après que son mandat, en tant qu'arbitre, a pris fin.

En outre, tous les pays membres de la Convention de New York n'adoptent pas la même position, lorsqu'il s'agit de caractériser une atteinte à l'ordre public, en cas de partialité de l'arbitre. En effet, certaines juridictions tolèrent un certain degré de partialité, lorsque l'arbitre a déjà représenté l'une des parties, tandis que d'autres juridictions vont considérer un tel acte comme la preuve de sa partialité. Néanmoins, les cas d'impartialité des arbitres ne sont pas les seuls en matière de violation de l'ordre public, il en existe d'autres comme par exemple les cas de fraude et d'illégalité (D).

D- La fraude et l'illégalité :

La simple allégation de fraude ne suffit pas à prouver une atteinte à l'ordre public ; il faut prouver néanmoins son existence. Dans l'affaire *Lemenda Trading Co. c./ African Middle East Petroleum Co.*¹¹³¹, la Cour a refusé l'exécution d'une sentence qui ordonnait au défendeur de payer une commission à l'agent public. Selon la Cour anglaise, cette commission constituait une fraude visant à le soudoyer pour obtenir une offre de contrat. De même, la juridiction compétente française a refusé l'exécution de cette sentence, au motif que cette dernière aboutissait à une fraude¹¹³².

En revanche, la Cour allemande de Hambourg a ordonné l'exécution d'une sentence arbitrale portant sur des frais de commission. Le défendeur s'opposait à cette exécution en invoquant la fraude. Selon la Cour, l'exécution de toute sentence arbitrale doit être refusée pour fraude et atteinte à l'ordre public. Mais, dans ce cas, le défendeur avait déjà invoqué la fraude devant le Tribunal arbitral et ce dernier avait écarté cette allégation pour

¹¹³⁰ IX Y.C.A. 402(1984).

¹¹³¹ [1988] QB 448.

¹¹³² Cours d'appel de Paris, *European Gas Turbines S.A. c./ Westman International Ltd.*, XX Y.C.A. 198 (1995).

défaut de preuve. La Cour allemande a donc refusé de réexaminer le problème et a considéré la décision du Tribunal arbitral comme satisfaisante¹¹³³.

Selon les juridictions anglaises, il n'y a pas atteinte à l'ordre public quand la fraude intervient conformément aux dispositions du contrat et selon la loi applicable à celui-ci. Ainsi, en 1998, dans l'affaire *Westacre Investments Inc. c./ Jugoimport-SPDR Holding Co. Ltd*¹¹³⁴, la partie qui s'opposait à l'exécution de la sentence avait soulevé la question de l'illégalité pour fraude dans le cadre de procédure arbitrale. Toutefois, elle n'a fourni aucune preuve de cette allégation, d'autant plus qu'elle n'a pas souligné que l'exécution du contrat était contraire à l'ordre public et/ou à la loi du Koweït. Elle s'est justifiée ultérieurement en affirmant qu'il n'y avait aucune raison de le faire, puisque selon la loi suisse, le trafic d'influence en matière contractuelle n'était pas contraire à loi ou à l'ordre public, d'autant plus que l'exécution d'un contrat qui porterait atteinte à l'ordre public du Koweït, ne violerait pas l'ordre public suisse. C'est au stade de l'exécution de la sentence auprès des juridictions anglaises, qu'elle a tenté d'apporter les preuves de ces allégations.

La Cour d'appel anglaise a accordé l'exécution de la sentence intervenue dans le cadre de paiement des agents publics Koweïtien pour un contrat de vente d'armes, en retenant qu'en apparence, l'exécution du contrat n'était pas contraire à la loi applicable au droit judiciaire ou à la loi du lieu d'exécution de la sentence. Ce genre de contrat n'était pas contraire à l'ordre public anglais, son exécution ne portant pas atteinte de manière sérieuse à l'ordre public anglais, et ne justifiant donc pas que la Cour anglaise en refuse l'exécution (dans ce cas il s'agit de fraude). Par conséquent, l'ordre public dont la finalité est l'exécution des sentences arbitrales prend nettement le dessus sur l'ordre public dont la finalité est le refus de l'exécution de contrats illégaux. Selon la Cour anglaise, si un tribunal arbitral autorise l'exécution d'un contrat qui ne porte pas atteinte à l'ordre public interne, selon la loi applicable au contrat, la sentence arbitrale devrait être exécutée malgré la différence de position anglaise en matière d'ordre public.

¹¹³³ OLG Hamburg, XXIX Y.C.A. 663 (2004) p.670.

¹¹³⁴ [1998] 4 All ER 570.

En ce qui concerne l'illégalité, elle peut caractériser également une atteinte à l'ordre public. Ainsi, dans l'affaire *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrergesellschaft M.B.H. (D.S.T.) c./ Ras Al Khaimah Nat'l Oil Co. (Rakoil)*¹¹³⁵, la Cour d'appel Anglaise a considéré l'ordre public comme une raison valable pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, tout en faisant peser la charge de la preuve de l'illégalité de certains éléments sur la partie qui s'en prévaut.

En outre, l'affaire *Solemainy c./ Solemainy*¹¹³⁶ constitue un exemple de refus par une juridiction anglaise d'accorder l'exécution d'une sentence arbitrale (relevant du droit interne plutôt que de la Convention de New York), sur le fondement de la contrariété à l'ordre public. Dans cette affaire, les parties, de nationalité iranienne et d'origine juive, ont recourues à l'arbitrage sous l'égide de la Cour religieuse de Beth Din. La sentence rendue a retenue que l'objet même du contrat était illégal, en ce qu'il autorisait la contrebande de tapis d'Iran et leur vente notamment en Grand Bretagne. Or, cette illégalité ne pouvait être autorisée par la loi juive. La Cour d'appel anglaise a refusé d'autoriser l'exécution de la sentence arbitrale étrangère, en retenant que si la sentence est valable au regard des dispositions de la loi arbitrale, elle est en revanche illégale au regard de la loi anglaise et de la loi du pays d'exécution de la sentence. Les juridictions anglaises ont donc refusé l'exécution de la sentence, considérée comme contraire à l'ordre public et ont retenues que la sentence arbitrale ne pouvait être envisagée indépendamment de son objet illégal. L'importance de la légalité ou de la validité du contrat au regard de la loi applicable est donc considérable.

Il ressort de ce qui précède qu'il existe des divergences, y compris au sein de la même juridiction, en matière de fraude et d'illégalité. Certaines juridictions se fondent uniquement sur le droit local pour décider de l'illégalité d'un acte, tandis que d'autres n'en tiennent absolument pas compte, ce qui nous pousse à se demander comment ces législations réagissent en cas de défaut de motivation d'une sentence arbitrale (**E**).

¹¹³⁵ [1987] 2 Lloyd's Rep. 246 (C.A.).

¹¹³⁶ [1998] 3 WLR 811.

E- Le défaut de motivation :

De nombreuses législations nationales sur l'arbitrage exigent que la sentence arbitrale expose les motifs la justifiant. En effet, il s'agit d'une question d'ordre public, dans la mesure où les parties doivent être informées de la procédure. En outre, cette exigence permet à la partie qui a soumis des prétentions, de s'assurer que le tribunal les a prises en compte. Le défaut de motivation d'une sentence arbitrale pourrait limiter les pouvoirs des parties, de mettre un terme à l'affaire et de trancher le conflit.

Certaines législations ont considéré le défaut de motivation comme une atteinte à l'ordre public. En effet, les articles 1701 (6) du Code judiciaire belge, l'article 1057 (4) (e) de CPC hollandais et l'article 1054 (2) de la loi allemande *Zivilprozessordnung* (ZPO) obligent les arbitres à insérer dans leurs décisions arbitrales les motivations de celles-ci. L'atteinte de l'ordre public peut être invoquée pour défaut de motivation.

Dans l'affaire *Smart Systems Technologies Inc. c./ Domotique Secant Inc.*¹¹³⁷, la Cour canadienne a refusé l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, au motif que les arbitres n'avaient pas fourni les motifs permettant de justifier leur décision, ce qui constitue une atteinte à l'ordre public. Dans cette affaire, les arbitres avaient tranché des questions qui n'étaient pas soumises à l'arbitrage. Or, l'absence de motivation empêchait la Cour de se prononcer sur cette question. La sentence permettait de conclure que les arbitres avaient agi en dehors de leur mandat, incitant la Cour à refuser l'exécution sollicitée.

Pour autant, les juridictions canadiennes hésitent de manière générale à considérer l'absence de motivation comme une atteinte à l'ordre public et ont souvent décidé que cette carence était insuffisante pour refuser l'exécution¹¹³⁸. En outre, la coutume de plusieurs pays de droit coutumier autorise l'absence de motivation dans les sentences arbitrales¹¹³⁹, d'autant

¹¹³⁷ XXXIII Y.C.A. 484 (2008).

¹¹³⁸ Herbert Kroke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto et Nicola Christine Port, « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010), p.376.

¹¹³⁹ Albert Jan van den Berg, « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981), p.381.

plus que selon certains auteurs, les motifs ne sont pas nécessaires pour une sentence arbitrale dans la mesure où aucun réexamen n'est autorisé par la Convention de New York¹¹⁴⁰.

Selon la Cour de cassation française, le défaut de motivation n'est pas en soi-même contraire au concept français de l'ordre public international¹¹⁴¹. La reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale peuvent être refusées uniquement lorsque la loi prévoit expressément cette condition.

Plusieurs juridictions ont hésité à examiner les motivations relatives à une sentence rendue. Le défaut de motivation n'est pas considéré partout dans le monde comme une atteinte à l'ordre public. Cela augmente la divergence de l'application de la Convention de New York et les éléments, considérés comme portant atteinte à l'ordre public, ne sont pas uniformes dans les pays membres ; ils varient selon les législations nationales qui peuvent opter pour une éventuelle révision de leurs ordres publics (**Paragraphe III**).

Paragraphe III- La révision de l'ordre public :

La Convention de New York a été promulguée afin d'accorder à la communauté internationale le droit de renforcer l'exécution des sentences arbitrales dans les pays membres¹¹⁴². Toutefois, l'article V al.2 (b) permet aux pays membres d'échapper à cette obligation et de refuser l'exécution des sentences arbitrales. Les dispositions de cet article portent atteinte à l'objectif même de la Convention de New York¹¹⁴³.

Bien que les différents Etats adoptent la même législation et les mêmes termes que ceux de l'article V al.2 (b), la définition de l'ordre public varie considérablement, puisque ce terme de l'ordre public est assez large. Il englobe les principes fondamentaux (matériels et

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

¹¹⁴¹ Cass. 1e civ., Nov. 22, 1966, *Gerstlé c./ Merry Hull*, JCP, Ed. G., Pt. II, No. 15,318 (1968)

¹¹⁴² Kristin T. Roy, « The New York Convention and Saudi Arabia: Can a Country Use the Public Policy Defense to Refuse Enforcement of Non-Domestic Arbitral Awards? », 18 *Fordham Int'l L.J.* 920, (1995), p.955.

¹¹⁴³ *Ibid.*

procéduraux) de droit, de moralité et de justice. Or, ces derniers sont propres à chaque pays et sont donc très différents de part leur nature¹¹⁴⁴.

Certains juristes ont suggéré donc de supprimer l'article V al.2 (b) de la Convention de New York, portant sur l'atteinte et la violation de l'ordre public¹¹⁴⁵. Cela pourrait offrir un minimum de sécurité à la communauté internationale : la sentence arbitrale représenterait la fin du litige et l'exécution aurait lieu dans tous les pays membres¹¹⁴⁶. Toutefois, une telle suppression laisserait l'autre partie sans aucune possibilité de s'opposer à la sentence arbitrale¹¹⁴⁷. En réalité, toute partie qui s'oppose à l'exécution d'une sentence arbitrale peut invoquer l'article V de la Convention de New York et pour remettre en la cause la validité de cette sentence. Ainsi, le concept de l'ordre public permet aux juridictions d'éviter d'adopter des sentences arbitrales injustes ou inéquitables, qui portent atteinte aux règles procédurales et aux notions fondamentales de l'ordre public¹¹⁴⁸.

Selon une certaine doctrine, les pays industrialisés, ainsi que les pays en voie de développement, ne bénéficient d'aucun conseil dans le cadre de l'interprétation de l'atteinte de l'ordre public. Par conséquent, il n'est pas souhaitable de supprimer cet article, mais plutôt de réviser afin de réduire sa capacité à limiter l'objectif même de la Convention de New York¹¹⁴⁹.

En outre, certains efforts ont été faits en vue d'harmoniser et d'expliquer les différentes législations nationales¹¹⁵⁰. En juillet 2000, l'Association de droit international a rendu un rapport portant sur l'ordre public et l'exécution des sentences internationales (*ILA*

¹¹⁴⁴ James D. Fry, « Désordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy », 8 *Chinese J. Int'l L.* 81, (2009), n.22.

¹¹⁴⁵ William W. Park, « The International Currency of Arbitral Currency Awards », 756 *PLI/Lit* 309, (2007), p.331-2.

¹¹⁴⁶ Kristin T. Roy, « The New York Convention and Saudi Arabia: Can a Country Use the Public Policy Defense to Refuse Enforcement of Non-Domestic Arbitral Awards? », 18 *Fordham Int'l L.J.* 920, (1995), p.957.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*

¹¹⁴⁸ William W. Park, « The International Currency of Arbitral Currency Awards », 756 *PLI/Lit* 309, (2007), p.330.

¹¹⁴⁹ Kristin T. Roy, « The New York Convention and Saudi Arabia: Can a Country Use the Public Policy Defense to Refuse Enforcement of Non-Domestic Arbitral Awards? », 18 *Fordham Int'l L.J.* 920, (1995), p.955.

¹¹⁵⁰ S.I. Strong, « Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns », 30 *U. Pa. J. Int'l L.* 1, (2008), p.65.

Interim Report), ainsi qu'un rapport final sur le sujet en 2002 (*ILA Final Report*). L'Association a adopté une résolution portant sur l'ordre public, comme étant un motif de refus d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Selon les recommandations de cette Association, l'ordre public se définit comme étant l'ensemble des principes et des règles reconnus par l'Etat, qui, de par leur nature, pourraient limiter la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale adoptée dans un contexte d'arbitrage commercial international, lorsque la reconnaissance et l'exécution soulèvent une difficulté au niveau de la procédure (procédure internationale d'ordre public) ou du fond (international d'ordre public)¹¹⁵¹.

Sur le fondement de la contrariété à l'ordre public, une partie peut soulever des objections procédurales (portant essentiellement sur des questions de procédure) ou matérielles. La régularité des procédures, telle que prévue à l'article V al.1 (b) de la Convention de New York, est souvent remise en question. Les questions de procédure peuvent porter sur la fraude dans la formation du tribunal, la violation de la justice naturelle, le défaut d'impartialité, le défaut de motivation de la sentence, la violation de la loi applicable, et la méconnaissance des faits¹¹⁵². L'atteinte à l'ordre public, telle que prévue par la Convention de New York, doit être interprétée limitativement et cela, indépendamment du fait que la question est d'ordre procédural ou matériel.

Afin de déterminer si l'atteinte à l'ordre public, telle que prévue à la Convention de New York s'applique, les juridictions étatiques examinent leur législation nationale (notamment la loi d'exécution de la sentence). La forme et le champ du contrôle des juridictions étatiques sont limités. En effet, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour reconnaître que le juge national ne doit pas examiner le contenu même de la sentence arbitrale. En réalité, ce n'est pas tant l'évaluation faite par les arbitres qui agissent au nom des parties qu'il faut considérer, mais, la solution adoptée pour mettre fin au litige ; la sentence ne sera annulée que si elle porte atteinte à l'ordre public¹¹⁵³.

¹¹⁵¹ Matti S. Kurkela et Hannes Snellman, « Due Process in International Commercial Arbitration », *Oceana Publications Inc*, (2005), p.12.

¹¹⁵² S.I. Strong, « Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns », 30 *U. Pa. J. Int'l L.* 1, (2008), p67.

¹¹⁵³ *Ibid.*, p.67-8.

Il faut souligner qu'en ce qui concerne l'objection matérielle, le refus de l'exécution d'une sentence arbitrale peut se fonder sur le contenu même de l'ordre public, tel que (1) les lois de police et les lois obligatoires ; (2) les principes fondamentaux ; (3) les actes contraires à la morale ; et (4) les intérêts nationaux et les relations nationales¹¹⁵⁴.

En guise de conclusion, l'article V al.2 (b) de la Convention de New York permet à un pays de recourir à la procédure arbitrale internationale, tout en lui accordant le droit de refuser l'exécution d'une sentence qui serait contraire à son ordre public. Il accorde aux juridictions nationales une certaine liberté, afin de procéder au cas par cas et de déterminer s'il est possible ou non d'exécuter la sentence¹¹⁵⁵. Selon un arbitre international, l'ordre public est la question la plus difficile à laquelle l'arbitrage doit répondre dans cinquante pourcent des cas qui se présentent¹¹⁵⁶.

Le champ du concept de l'ordre public est difficile à déterminer. En effet, la Convention de New York n'a pas donné de définition spécifique, et le concept varie d'un pays à un autre¹¹⁵⁷. Les juridictions nationales ont fait face au problème de définition de l'ordre public. Il n'existe pas de définition unique et commune ; elle varie selon les juridictions nationales de chaque pays. Un pays peut donc manifester son intention d'interpréter le concept de l'ordre public comme l'équivalent de l'ordre public international. Toutefois, cette interprétation demeure subjective, propre au pays en question. Il n'est donc pas possible de dire que cet Etat cherche à adopter une mesure internationale commune¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p.70.

¹¹⁵⁵ James D. Fry, « Désordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy », 8 *Chinese J. Int'l L.* 81, (2009), n.22.

¹¹⁵⁶ Homayoon Arfazadeh, « In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception », *Am. Rev. Int'l Arb.* 43, (2004), p.45.

¹¹⁵⁷ James M. Gaitis, « International and Domestic Arbitration procedure: The Need for a rule Providing a Limited Opportunity for Arbitral Reconsideration of Reasoned Awards », 15 *Am. Rev. Int'l Arb.* 9, (2004) p.71.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p.72.

Conclusion du 2^{ème} Chapitre :

Comme on l'a précédemment vu, ce chapitre a été consacré aux motifs de refus d'office de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, notamment ceux relatifs à l'inarbitrabilité du litige et à l'atteinte à l'ordre public.

En ce qui concerne l'inarbitrabilité du litige, qui signifie que certains différends ne peuvent pas être résolus par voie d'arbitrage, il apparaît par ailleurs que la Convention de New York de 1958, ne fournit pas explicitement les matières susceptibles d'être résolues par voie arbitrale. Comme l'on a pu le constater, cette mission a été laissée à la charge des juridictions d'exécution des sentences arbitrales étrangères.

En conséquence, chaque Etat est autonome pour décider si un conflit devrait être réglé par voie d'arbitrage ou non. Cela démontre, qu'il n'existe pas d'uniformité d'application des dispositions relatives à l'inarbitrabilité, prévues par la Convention de New York de 1958, par les différents Etats membres de cette Convention.

Par ailleurs, en ce qui concerne l'ordre public, il apparaît que la Convention de New York de 1958, relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, n'a pas donné de définition précise à la notion de l'ordre public. Ce sont les juridictions étatiques qui se sont chargées de définir cette notion.

A cet égard, ces juridictions nationales ont essayé de définir l'ordre public, en se fondant sur divers principes relatifs par exemple à la moralité, aux bonnes mœurs, à la justice...etc. Par conséquent, il apparaît donc que la Convention de New York est toujours loin d'atteindre son objectif relatif à l'uniformisation d'application des dispositions relatives à l'atteinte et à la violation de l'ordre public.

Conclusion de la Deuxième Partie :

« Comme tout instrument multilatéral, la Convention de New York existe en plusieurs langues dont plusieurs font foi, les versions anglaise, française, espagnole, russe et chinoise »¹¹⁵⁹. Inévitablement ces différentes traductions ont conduit à une non-uniformisation d'application et d'interprétation des dispositions de la Convention de New York.

En matière d'exécution des sentences arbitrales étrangères, la Convention de New York de 1958 constitue l'un des dispositifs les plus utilisés en la matière¹¹⁶⁰. Ainsi, les motifs contre la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales prévues par l'article V de la Convention de New York sont inclus dans une liste limitative. Aussi, la révision de fond et l'erreur en droit ou en fait ne sont pas inclus dans les motifs énumérés par l'article V de cette Convention¹¹⁶¹. Ainsi, cet article V a fourni sept motifs, dont cinq invoqués par la partie s'opposant à l'exécution de la sentence arbitrale et deux autres motifs invoqués d'office par les juridictions d'exécution.

L'article V al.1^{er} (a) de la Convention de New York met en place ces motifs de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Il s'agit de l'invalidité de la convention d'arbitrage pour incapacité des parties ou pour illicéité de la convention d'arbitrage. Par ailleurs, l'article V al.1^{er} (b) de la Convention de New York garantit le principe du contradictoire, surtout par rapport au droit d'être dûment informé et la possibilité pour une partie de présenter ses moyens. En outre, l'atteinte à ce principe constitue donc un motif de refus de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères.

De surcroît, en ce qui concerne le dépassement par l'arbitre des termes de la convention d'arbitrage, l'article V al.1^{er} (c) de la Convention de New York sanctionne les sentences rendues « *ultra petita* » et « *infra petita* ». Il faut souligner également que cet article autorise implicitement l'exécution partielle des sentences arbitrales.

¹¹⁵⁹ T. Clay, « La Convention de New York vue par la Doctrine Française », 27(1) *ASA Bulletin*, (2009), 50, p. 54.

¹¹⁶⁰ B. Moreau, « Arbitrage international », Paris, Dalloz, p.21, n°144.

¹¹⁶¹ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, « Traité de l'arbitrage commercial international », Paris, *Litec*, (1996), p.998, n°1693.

De plus, l'article V al.1^{er} (d) de la Convention de New York accorde la possibilité de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, dans la mesure où l'irrégularité touchant la composition du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'était pas conforme à la volonté des parties, ou dans la mesure où la convention d'arbitrage est contraire à la loi du pays où la sentence a été rendue.

D'ailleurs, la Convention de New York de 1958, dans son article V al. 1^{er} (e), permet le refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence, quand celle-ci n'est pas devenue obligatoire pour les parties à la convention d'arbitrage ou a été annulée ou suspendue par l'autorité du pays du lieu d'arbitrage.

En ce qui concerne les motifs de refus d'exécution d'une sentence arbitrale soulevés d'office, ils concernent l'arbitrabilité du conflit et l'ordre public. Ainsi, la détermination de l'arbitrabilité d'un litige ne relève pas de la volonté des parties, mais des prérogatives étatiques, certains conflits relevant de la compétence exclusive des tribunaux nationaux. Seules les législations nationales peuvent définir si un différend est arbitral ou non¹¹⁶². En conséquence, les critères de détermination de l'arbitrabilité d'un litige varient selon les lois nationales applicables.

L'article V al.2 (b) de la Convention de New York permet à un pays de recourir à la procédure arbitrale internationale, tout en lui accordant le droit de refuser l'exécution d'une sentence qui serait contraire à son ordre public. Il accorde aux juridictions étatiques une certaine liberté, afin de procéder au cas par cas, et de déterminer s'il est possible ou non d'exécuter la sentence, conformément à son ordre public¹¹⁶³.

¹¹⁶² Piero Bernardini, « The Problem of Arbitrability in General », dans Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008), p.510.

¹¹⁶³ James D. Fry, « Désordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy », 8 *Chinese J. Int'l L* 81, (2009), n.22.

CONCLUSION GENERALE

La Convention de New York est un traité multilatéral ratifié par 146 pays. Elle impose une obligation de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale dans n'importe quel pays signataire. La Convention de New York est sans aucun doute un grand succès.

Son but est de mettre fin aux problèmes soulevés par les traités de Genève¹¹⁶⁴. Elle cherche aussi à faciliter la reconnaissance et l'exécution des conventions arbitrales commerciales et des sentences arbitrales étrangères, à unifier les règles arbitrales d'organisation et d'exécution des sentences arbitrales dans les différents pays signataires. En conséquence, il est possible de présumer que la Convention de New York est une disposition uniforme, portant sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, il doit être appliqué uniformément dans les pays membres de la Convention.

Pour faciliter l'exécution des sentences arbitrales et unifier les règles d'application, il est important que la Convention de New York soit interprétée uniformément par les juridictions nationales. Ainsi, les autorités et les lois nationales jouent un rôle primordial dans l'exécution des sentences arbitrales, conformément aux dispositions de la Convention de New York. Malgré l'intention principale des rédacteurs de la Convention de New York d'unifier son application dans les différents pays signataires, la réalité est dramatiquement différente, en ce que son application varie d'un pays à un autre, dans quelques cas, d'une juridiction à une autre au sein du même pays. En conséquence, les multiples approches d'interprétation de la Convention de New York adoptées par les différentes juridictions nationales aboutissent à des résultats juridiques variés. Ainsi, l'objectif même de la Convention de New York n'a pas été atteint.

Les décisions des juridictions nationales constituent la base matérielle de la présente étude. Cette dernière ne cherchait nullement pas à offrir une interprétation uniforme des différentes dispositions de la Convention de New York. Toutefois, elle a tenté de prouver la difficulté de parvenir à une interprétation uniforme de la Convention. Il faut souligner que les divergentes interprétations offertes par les différentes juridictions nationales ne limitent pas

¹¹⁶⁴ Il s'agit du Protocole de Genève de 1923 et de la Convention de Genève de 1927.

l'efficacité de la Convention de New York, en ce que les juridictions ont réussi à l'interpréter d'une façon favorable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales.

L'examen des décisions juridiques nationales relatives à l'interprétation de la Convention de New York démontre l'échec dans l'adoption d'une interprétation uniforme et d'une application unique de celle-ci. Néanmoins, les juridictions nationales ont échoué à fournir une interprétation uniforme du champ d'application de la Convention de New York (Article I). De plus, cette dernière n'a pas fourni une définition de la sentence arbitrale et l'a laissée à la discrétion des juridictions nationales qui, malheureusement, n'ont pas réussi à fournir une même définition de la sentence arbitrale ou de ses différentes formes (Article I.al 1^{er}).

La Convention de New York a autorisé la limitation de son champ, par le biais des réserves. Toutefois, les juridictions nationales ont avancé des interprétations différentes du champ d'application des réserves notamment de la réserve commerciale (Article I. al.3).

Selon les dispositions de la Convention de New York, les sentences arbitrales peuvent être issues de différends entre personnes physiques et morales, ce qui permet de conclure que l'Etat n'est pas exonéré de l'application de la Convention (Article I). Il appartient à l'Etat d'invoquer son immunité contre l'exécution d'une sentence arbitrale, dans la mesure où il est partie à la convention arbitrale.

Toutefois, il incombe aux juridictions nationales et selon les dispositions de la Convention de New York, d'adopter les mesures nécessaires pour garantir l'efficacité et l'exécution de la sentence arbitrale. Elles limitent ainsi l'immunité de l'Etat (Article III). En réalité, la Convention de New York est muette sur l'immunité étatique. De plus, les juridictions nationales ont adopté diverses approches à son égard. En conséquence, différentes interprétations ont été offertes, en matière d'immunité étatique et d'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Il faut ajouter que les procédures d'exécution prévues par la Convention de New York ont aussi été l'objet de diverses interprétations, en ce qu'elles autorisent le recours aux juridictions nationales dans son application (Article III). Malgré la clarté des dispositions

relatives aux conditions imposées par cette Convention, aux parties cherchant l'exécution d'une sentence arbitrale, les juridictions nationales n'ont pas réussi à fournir une interprétation uniforme. Elles n'ont pas réussi par exemple à déterminer si ces conditions sont de nature obligatoire ou facultative (Article IV).

La Convention de New York accorde aux juridictions nationales un pouvoir discrétionnaire de surseoir l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, dans la mesure où elles doutent d'une action de suspension ou d'annulation initiée dans le pays d'origine (Article VI). Malgré la clarté de cette disposition, les juridictions nationales l'ont interprétée différemment.

La Convention de New York a permis aux juridictions nationales de se référer aux lois nationales, ainsi qu'aux accords multilatéraux et bilatéraux conclus par les Etats contractants, pour combler une lacune juridique dans la Convention, ou fournir un moyen « plus favorable » à l'exécution de la sentence arbitrale en question (Article VII). Par ce recours aux législations nationales, ces juridictions ont fini par fournir des interprétations de plus en plus divergentes.

Le motif de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale a été la source de nombreuses interprétations fournies par les juridictions nationales (Article V). La Convention de New York a clairement et exhaustivement précisé les motifs du refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Néanmoins, certaines juridictions nationales n'ont pas respecté ces dispositions, générant ainsi une série d'interprétations divergentes.

La Convention de New York a prévu des motifs, à la base desquelles toute partie peut réclamer le refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère (Article V. al. 1^{er}). L'application de ces motifs a abouti à une interprétation diversifiée de la Convention, notamment de la requête de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, à la base d'une annulation dans le pays d'origine (Article V, al 1^{er} (e)).

Les autorités juridiques compétentes sont autorisées d'office, selon les dispositions de la Convention de New York, de s'opposer à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, dans la mesure où l'objet du différend n'est pas susceptible d'arbitrage ou que la sentence soit contraire à l'ordre public de ce pays (Article V al.2). Ces dispositions ont été interprétées différemment selon les juridictions nationales qui se sont référées aux législations nationales, notamment dans l'analyse du concept de l'ordre public (Article V. al 2 (b)).

L'étude des décisions juridiques nationales démontre que la Convention de New York est loin d'être le sujet d'une interprétation uniforme. Pour cela, l'efficacité de la Convention est toujours mise en danger, en ce que les interprétations multiples constituent une source d'incertitude. Il faut souligner que les juridictions civiles, ainsi que les juridictions communs ont été appelées à interpréter la Convention. Il est rare qu'elles parviennent aux mêmes conclusions et cela en raison des différences légales et culturelles entre les deux systèmes.

Afin de promouvoir l'uniformité dans l'application de la Convention de New York, trois recommandations peuvent être faites. La première consisterait à encourager la communauté internationale à adopter une nouvelle convention ou un protocole additionnel à la Convention de New York, afin d'uniformiser son interprétation, fournir des détails et des clarifications et régler les problèmes soulevés par la jurisprudence, depuis son adoption de la Convention en 1958. Les rédacteurs de la Convention de New York de 1958 n'avaient pas pu, et n'auraient pu prévenir les problèmes soulevés, notamment ceux liés au développement du commerce international, aux investissements, à la révolution technologique et à l'accroissement du champ de l'arbitrage devenu désormais complexe.

Ainsi, l'adoption d'une nouvelle convention ou d'un protocole additionnel mettrait fin aux problèmes d'interprétation et permettrait à la Convention de faire face aux nouveaux défis liés au droit international et à l'arbitrage. Toutefois, la procédure d'adoption et de ratification d'une nouvelle convention ou d'un protocole additionnel risque d'être longue, complexe et coûteuse. De plus, les résultats ne sont pas garantis et les juridictions nationales peuvent toujours fournir des interprétations différentes à la nouvelle convention ou au protocole additionnel. Ajoutons que les pays signataires de la Convention de New York ne seront pas obligés de signer et de ratifier les nouveaux textes. En conséquence, la recommandation d'une nouvelle convention ou d'un protocole additionnel ne constitue pas la

meilleure option capable de garantir l'uniformité dans l'interprétation et l'application de la Convention de New York.

La seconde recommandation serait d'encourager la communauté internationale à créer une Cour internationale relative aux sentences arbitrales. Selon la Convention de New York, les juridictions nationales interprètent la Convention et cela sans se référer à une autorité supérieure qui pourrait fournir une interprétation uniforme des différentes dispositions de la Convention. L'idéal serait donc de mettre en place une Cour internationale relative aux sentences arbitrales susceptible de contrôler l'interprétation de la Convention de New York.

Il est possible d'élargir les pouvoirs de cette Cour, en lui accordant le droit exclusif de trancher sur des questions relatives à l'arbitrage en général, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères plus précisément, et le refus de la reconnaissance et de l'exécution sous la Convention de New York. Toutefois, cette Cour internationale de l'arbitrage risquerait d'échouer dans sa mission, en ce que certains pays pourraient rejeter sa juridiction ou contester ses compétences. En conséquence, il est possible de lui attribuer le rôle de conseillère pour les questions relatives à l'interprétation de la Convention de New York. Néanmoins, ce rôle ne serait pas suffisant pour garantir l'uniformité, en ce que la Cour ne rendra pas une décision obligatoire à l'égard des parties.

La troisième recommandation consisterait à améliorer l'interprétation de la Convention de New York et l'uniformiser à travers un amendement des règles nationales arbitrales et des organisations arbitrales, telles que l'*UNCITRAL*. En effet, il faut amender les règles nationales en ce que l'interprétation de la Convention de New York, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères en dépendent. Cependant, le risque d'une mauvaise application ou interprétation existe toujours. Sur le plan national, ce risque existera toujours, peu importe le langage employé dans les nouvelles règles nationales. Le problème de l'interprétation ne peut pas être éliminé, en raison de la diversité des contextes et des cultures légales.

Il est possible d'avancer que l'intention des rédacteurs de la Convention de New York n'a jamais été de créer de règles uniformes. En effet, face à l'énormité de cette mission, les rédacteurs ont accordé aux pays signataires le pouvoir d'interprétation de la Convention. Il

semble qu'ils étaient conscients de l'impossibilité de la tâche en matière d'arbitrage international.

De plus, les travaux préparatoires de la Convention de New York de 1958, démontrent que malgré l'intention d'un certain nombre de délégués, visant à mettre en place une procédure uniforme d'application de la Convention, cette dernière a choisi d'accorder aux parties le droit de recourir aux législations nationales pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. En d'autres termes, chaque pays signataire a le droit de reconnaître et d'exécuter les sentences arbitrales étrangères, selon ses propres lois. Pour cela, il est possible de dire que la diversité dans l'interprétation et dans l'application de la Convention de New York constitue une partie inhérente au texte même de la Convention.

Il faut également souligner que toute tentative d'uniformiser l'interprétation et l'application de la Convention, risquerait de détruire ou de limiter la volonté des parties, et plus précisément la souveraineté des Etats. Il est donc important de permettre aux différences d'exister au sein de la Convention de New York.

En conséquence, nous encourageons la communauté internationale à laisser la Convention de New York telle qu'elle est, et cela malgré le problème de divergence dans l'interprétation et dans l'application de ses dispositions. Rappelons que le but même de la Convention de New York n'était pas de fournir une interprétation unique à tous les pays signataires, à savoir que la méthode du droit comparé permettrait de rapprocher les différentes interprétations judiciaires. Pour parvenir à cette conclusion, il serait utile de publier les décisions juridictionnelles dans un manuel relatif au commerce arbitral international. En effet, le droit comparé permettrait de fournir des interprétations uniques fondées sur la comparaison de plusieurs décisions judiciaires portant sur la Convention, son interprétation et son application par les juridictions des pays signataires.

Le droit comparé ou l'étude comparée des différents cas juridiques permettrait de développer un guide d'interprétation annexé à la Convention de New York, offert aux usagers qui veulent se familiariser avec le texte de la Convention. Ce manuel des « meilleures pratiques interprétatives » permettrait de clarifier certaines dispositions de la Convention et de rapprocher les différentes positions judiciaires. Ce guide ne sera pas obligatoire pour

toutes les juridictions nationales. Toutefois, il sera utile pour l'interprétation de la Convention de New York.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

1. Ouvrages généraux :

A- En langue française :

Boisseson de (M.), « Le droit français de l'arbitrage interne et international », *GLN édition*, Paris, (1990).

Bollée (S.), « Les Méthodes du Droit International Privé à L'épreuve des Sentences Arbitrales : Recherches Juridiques », *Economica*, (2004).

Crepin (S.), « Les sentences arbitrales devant le juge français », *LGDJ*, (1995).

Cuche (P.), « Voies d'exécution », *Dalloz*, (1944).

David (R.), « L'arbitrage dans le commerce international », Paris, *Economica*, (1982).

Fouchard (Ph.), Gaillard (E.), Goldman (B.), « Traité de l'arbitrage commercial international », *Litec*. (1996).

Huet (A.), « Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales en droit international privé français », *JDI*, (1988).

Jacquet (J-M.), Delebecque (Ph.) et Corneloup (S.), « Droit Du Commerce International », 2^e Edition, *Dalloz*, (2010).

Jarrosson (Ch.), « La notion d'arbitrage », *LGDJ*, (1987).

Lalive, Poudret et Raymond, « Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse » *édition Payot*, (1989).

Moreau (B.) et Bernard (Th.), « Droit interne et droit international de l'arbitrage », Paris, *J Delmas*, 2^{ème} édition, (1985).

Moreau (B.), « Arbitrage international », Paris, *Dalloz*.(2004)

Motulsky (H.), « Ecrit, Etudes et notes sur l'arbitrage », *D*. (1974).

Redfern (A.), Hunter (M.), Smith (M.) et Robine (E.), « Droit et pratique de l'arbitrage commercial international », 2^{ème} édition, *LGDJ*, (1994).

Robert (J.), « L'arbitrage: droit interne, droit international privé », 6^{ème} éd. (1993).

Vidal (D.), « Droit français de l'arbitrage commercial international », *Gualino*, (2004).

B- En langue anglaise :

Berg van den (A. J.), « The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform judicial Interpretation », *Kluwer Law and Taxation Publishers*, (1981).

Berg van den (A. J.), « Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention », *Kluwer Law International*, (1999).

Berger (K. P.), « Private Dispute Resolution in International Business: Volume II », *Kluwer Law International*, (2006).

Böckstiegel (K.) et Kröll (S. M.), « Arbitration in Germany: The Model Law in Practice », *Kluwer Law International* (2007).

Bond (S.) et Bachand (F.), « International Arbitration Court Decisions », 3e Edition, (2011).

Born (G. B.), « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2009).

Carter (J. H.) et Fellas (J.), « International Commercial Arbitration in New York », *Oxford*, (2010).

Chamlongrasdr (D.), « Foreign State Immunity and Arbitration », *Cameron May*, (2007).

Craig (W. L.), Park (W. W.) et Paulsson (J.), « International Chamber of Commerce Arbitration », *Oceana/ICC* (2000).

Delvolvé (J.), Pointon (G. H.) et Rouche (J.), « French Arbitration Law and Practice :A Dynamic Law Approach to International Arbitration », 2^eme Edition, *Kluwer Law International*, (2008).

Dicey et Morris, « The Conflict of laws », 14eme Edition, *Sweet & Maxwell*, (2006)

Di Pietro (D.) et Platte (M.), « Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 », *Cameron May*, (2001).

Fellas (J.), « Transatlantic Commercial Litigation and Arbitration », *Oceana Publication inc.*, (2004)

Fouchard (Ph.), Gaillard (E.) and Goldman (B.), « International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (1999)

Gaillard (E.) et Di Pietro (D.), « Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice », *Cameron May*, (2008)

Gaja (G.), « Introduction to International Commercial Arbitration: New York Convention », *Giorgio Gaja ed.*, (1984).

Gharavi (H. G.), « The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral award », *Kluwer Law International*, (2002).

Hinchey (J. W.) et Harris (T. L.), « International Construction Arbitration, Hand Book », *Thomson West*, (2008).

- Kroke (H.), Nacimiento (P.), Otto (D.) et Port (N. C.), « Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention », *Kluwer Law International*, (2010).
- Kurkela (M. S.) et Snellman (H.), « Due Process in International Commercial Arbitration », *Oceana Publications Inc*, (2005).
- M.Lew (J. D.), Mistelis (L. A.) et Kroll (S. M.), « Comparative International Commercial Arbitration », *Kluwer Law International*, (2003).
- Malhotra (O. P.), « The Law and Practice of Arbitration and Conciliation », *Butterworths*, (2002).
- Moses (M. L.), « The Principles and Practice of International Commercial Arbitration », *Cambridge University Press*, (2008).
- Park (W. W.), « Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice », *Oxford*, (2006).
- Petrochilos (G.), « Procedural Law in International Arbitration », *Oxford*, (2004).
- Poudret (J.) et Besson (S.), « Comparative Law of International Arbitration ». 2e edition, *Sweet & Maxwell*, (2007).
- Redfern (A.), Hunter (M.), Blackaby (N.) et Partasides (C.), « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 4e Edition (Student Version), *Sweet & Maxwell*, (2004).
- Redfern (A.), Hunter (M.), Blackaby (N.) et Partasides (C.), « International Arbitration », *Oxford University Press*, (2009).
- Rhoades (R. V.), Kolkey (D. M.) et Chernick (R.), « Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation », *JurisNet*, (2007)
- Rubino-Sammartano (M.), « International Arbitration: Law and Practice », 2nd edition, *Kluwer Law International*, (2001).
- Schreuer (Ch.), « State Immunity : Some recent Developments », *Grotius Publications Cambridge*, (1988).
- Sutton (D.), Gill (J.) et Gearing (M.), « Russell on Arbitration », 23e Edition, *Sweet&Maxwell*, (2007).
- Tao (J.), « Arbitration Law and Practice in China », 2eme Edition, *Kluwer Law International*, (2008).
- Tweeddale (A.) et Tweeddale (K.), « Arbitration of Commercial Disputes », *Oxford*, (2007).
- Varady (T.), Barcelo III (J. J.) et von Mehren (A. T.), « International Commercial Arbitration », *West Group*, (1999).

2. Ouvrages spéciaux :

A- En langue française :

Beguïn (J.), « Le droit français de l'arbitrage international et la Convention de New York du 10 juin 1958 », *Actes du 1^{er} colloque sur l'arbitrage*, (1986).

Bellet (P.) et Mezger (E.), « L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile », 70 *Revue critique du droit international*, (1981).

Clay (T.), « La Convention de New York vue par la Doctrine Française », 27(1) *ASA Bulletin* 50, (2009).

Fouchard (Ph.), « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », 109 *Journal du Droit International* 374, (1982).

Fouchard (Ph.), « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.*, 329, (1997).

Gaillard (E.), *Clunet* 442 (1994).

Gaillard (E.), « L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine », *Journal du droit international*, (1998).

Gaillard (E.), « Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales », 18(3) *ASA Bulletin* 471, (2000).

Hanotiau (B.), « L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés », in *Mélanges offerts à Claude Reymond, Litec*, (2004).

Van Houte (H.), « La loi belge du 2 mars 1985 sur l'arbitrage international », *Rev. arb.*, (1986).

Jarrosson (Ch.) et Pellerin (J.), « Le droit Français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », 1 *Revue de l'arbitrage* 5, (2011).

Khater (T.), « Thèse sur les obstacles juridiques à l'exécution de la sentence arbitrale, étude comparée franco-égyptienne », 11 juillet 2005, Université de Bourgogne.

Knoepfler (F.), « L'immunité d'exécution contre les États », (2003) *Revue de l'Arbitrage* 1017, (2003)

Loquin (E.), « Immunité d'exécution » *RTD Com.* 409, (2001).

Mayer (P.), « Recommandation de l'association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales », 4 *Revue de l'Arbitrage* 1061, (2002).

Motulsky (H.), « L'exécution des sentences arbitrales étrangères », *Rev. Arb.*, (1963).

Moury (J.), « L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger » *Recueil Dalloz* (2001).

Nord (N.), « Ordre public et lois de police en droit international privé », *thèse en droit*, (2003).

Paulsson (J.), « L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain », 4 *Revue de l'Arbitrage* 637, (1998).

Paulsson (J.), « L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL) », *Bull. Cour CCI* 14, (1998).

Poudret (J.F.), « Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton? Réponse à Philippe Fouchard », *Rev. arb.* 7, (1998).

Oppetit (B.), « Le refus d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère dans le cadre de la Convention de New York 1958 », *Rev. Arb.* 101 (1971).

Reymond (C.), « Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage », *Rev. arb.*, (1985).

Robert (J.), « La Convention de New York du 8 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *Dalloz, Chron.* (1958).

B- En langue anglaise :

Alfaro (C. E.) et Guimarey (F.), « Who Should Determine Arbitrability? Arbitration in a Changing Economic and Political Environment », 12(4) *Arbitration International* 415, (1996).

Allen (S.), « The United Nations Arbitration Convention and United States Policy », 53 *American Journal of International Law*, (1959);
<http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac424r1-N5508097.pdf>.

Annan (K.), « The 1958 New York Convention as a Model for Subsequent Legislative Texts on Arbitration », 15(3) *Arbitration International* 319 (1999).

Anzorena (C. I. S.), « The Incapacity Defence Under the New York Convention », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).

Arfazadeh (H.), « In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception », *Am. Rev. Int'l Arb.* 43, (2004).

Arkin (H.), « Problems of enforcement of foreign arbitral awards in the United States », 11(1) *IBA Arb. Committee News* 44 (2006).

Bajons (E.), « Enforcing Annulled Arbitral Awards - A Comparative View », 7 *Croat. Arbit. Yearb.* 55, (2000).

- Baron (P. M.) et Liniger (S.), « A Second Look at Arbitrability », 19(1) *Arbitration International* 27, (2003).
- Baum (A. H.), « International Arbitration: the Path toward Uniform procedures » in G. Aksen, K. Bockstiegel, M. Mustill, P. Patocchi et A. Whitesell, *Global Reflections on International law, Commerce and Dispute Resolution, ICC Publication*, (2005).
- Berg van den (A. J.), « When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958 », 6 *Pace L. Rev.* 25,(1985).
- Berg van den (A. J.), « Annulment of Awards in International Arbitration, in International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity? », *Richard B. Lillich & Charles N. Brower eds.*, (1994).
- Berg van den (A. J.), « Court Decisions on the New York Convention », *Swiss Arbitration Association Conference*, (1996).
- Berg van den (A. J.), « The application of the New York Convention by the Courts », in Albert Jan van den Berg, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, (ICCA congress series no.9), *Kluwer Law International*, (1999).
- Berg van den (A. J.), « New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement », 18(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 15, (2007).
- Berg van den (A. J.), « The New York Convention of 1958: An Overview », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award : The New York Convention in Practice*, (2008).
- Berg van den (A. J.), « Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia », 27(2) *Journal of International Arbitration* 179, (2010).
- Bernardini (P.), « The Problem of Arbitrability in General », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).
- Bernardini (P.) et Perrini (M.), « New York Convention of June 10, 1958: the Application of Article V by the Courts in Italy », 25(6) *Journal of International Arbitration* 707, (2008).
- Bishop (R. D.) et Martin (E.), « Enforcement of Foreign Arbitral Awards », <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop6.pdf>,
- Blackman (J. I.) et London (E.), « Respecting Awards Annulled at the Seat of Arbitration: The Road from Chromalloy to Termorio », 63-*OCT Disp. Resol. J.* 70, (2008)
- Blane (A.), « Sovereign Immunity as a Bar to the Execution of International Arbitral Awards », 41 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 453, (2009).
- Boivin et Mariani, « Highest Court Rules in Favour of Broad Interpretation of Arbitrability », 20 *J. Int'l Arb.* 507, (2003).

Briner (R.) et Hamilton (V.), « The History and General Purpose of the Convention », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).

Brown (S. P.), « Recent Development, Enforcement of Foreign Arbitral Awards - The United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards », 14 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 217, (1984).

Buchanan (M. A.), « Public Policy and International Commercial Arbitration », 26 *AM. BUS. L.J.* 511 (1988).

Chan (R. Y.), « The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of Chromalloy », 17 *B.U. Int'l L.J.* 141(1999).

Changroth (A.), « International Arbitration — A Consensus on Public Policy Defences? », 4(2) *Asian International Arbitration Journal* 143, (2008).

Chen (W.), « Procedural Rules and Lex Arbitri: Enforcement Issue under The New York Convention », 2 *Contemp. Asia Arb. J.* 149 (2009).

Cheng (T.), « Celebrating the Fiftieth Anniversary of the New York Convention », ICCA International Arbitration Conference ICCA Congress Series 2009 Dublin 14, *Kluwer Law International* (2009).

Cohen (S.), « The New York Convention at Age 50: A primer on the International Regime for Enforcement of Foreign Arbitral Awards », 1 *NYSBA* 47, (2008).

Claver-Carone (M. J.), « Post-Handover Recognition and Enforcement of Arbitral Awards between Mainland China and Hong Kong Sar: 1999 Agreement vs. New York Convention », 33 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 369, (2002).

Craig (W. L.), « Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration », 30 *Tex. Int'l L.J.* 1, (1995).

Davis (K. R.), « 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.* 43, (2002).

Delaume (G. R.), « Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards », 12(1) *Journal of International Arbitration* 5, (1995).

Deshpande (V.S.), « Jurisdiction Over 'Foreign' and 'Domestic' Awards in the New York Convention 1958 », 7(2) *Arbitration International* 123, (1991).

Deshpande (V.S.), « Article V.1(e) of the 1958 New York Convention: A Plea for Harmonious and Purposive Interpretation », 8(3) *Journal of International Arbitration* 77, (1991).

Deshpande (V.S.), « "Foreign Award" in the 1958 New York Convention », 9(4) *Journal of International Arbitration* 51, (1992).

Dessemontet (F.), « Arbitration of Intellectual Property Rights and Licensing Contracts », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).

Dharmananda (K.), « Arbitrability: International and Comparative Perspectives », 5(2) *Asian International Arbitration Journal* 223, (2009).

Di Pietro (D.), « What Constitutes an Arbitral Award under the New York Convention? », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).

Edward (T.), « Why Egregious Errors of Law May Yet Justify a Refusal of Enforcement Under the New York Convention », *Sing. J. Legal Stud.* 592 (2009).

Eskiyoruk (S.), « Harmonisation on the Performance of International Arbitral Awards » 3 *Ankara B. Rev.* 61, (2010).

Falk (B. B.), « Notes : The Immunity of Foreign Sovereign in US Courts-Proposed Legislation », 6 *NYU L J Intl L and Pol* 473, (1973).

Feldman (M. B.), « An Award Made in New York Can Be a Foreign Arbitral Award », 39 *Arb. J.* 14, (1984).

Feldman (M. B.), « Waiver of Foreign Sovereign Immunity by Agreement to Arbitrate : Legislation Proposed by the American Bar Association », 40 (1) *Arb J* 24, (1985).

Feldman (M. B.), « Foreign Sovereign Immunity in the United States Courts 1976-1986 », 19 *Vand J Transnational Law* 19 (1986).

Foster (G. K.), « Collecting From Sovereigns: The Current Legal Framework for Enforcing Arbitral Awards and Courts Judgments Against States and Their Instrumentalities, and Some Proposals for its Reform », 25 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 665, (2008)

Fox (H.), « State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards: Do We Need an UNCITRAL Model Law Mark II for Execution Against State Property? », 12(1) *Arbitration International* 89, (1996).

Fox (H.), « State Immunity and the New York Convention », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).

Freyer (D. H.) et Gharavi (H. G.), « Finality and Enforceability of Foreign Arbitral Awards: From 'Double Exequatur' to the Enforcement of Annulled Awards: A Suggested Path to Uniformity Amidst Diversity », 13 (1) *World Bank's ICSID Foreign Investment Law Journal* 102, (1998).

Freyer (D. H.), « United States Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards - The Aftermath of the Chromalloy Case », 17(2) *Journal of International Arbitration* 1, (2000).

Freyer (D. H.), « The Enforcement of Awards Affected by Judicial Orders of Annulment at the Place of Arbitration », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of*

Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice, (2008).

Fry (J. D.), « Désordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy », 8 *Chinese J. Int'l L.* 81, (2009).

Gaitis (J. M.), « International and Domestic Arbitration procedure: The Need for a rule Providing a Limited Opportunity for Arbitral Reconsideration of Reasoned Awards », 15 *Am. Rev. Int'l Arb.* 9, (2004).

Garnett (R.) et Pryles (M.), « Recognition and Enforcement of Foreign Awards under the New York Convention in Australia and New Zealand », 25(6) *Journal of International Arbitration* 899, (2008).

Geisinger (E.), « Implementing the New York Convention in Switzerland », 25(6) *Journal of International Arbitration* 691, (2008).

Gharavi (H. G.), « Enforcing Set Aside Arbitral Awards: France's Controversial Steps Beyond the New York Convention », 6 *J. Transnat'l L. & Pol'y* 93, (1996).

Graving (R. J.), « How Non-Contracting States to the “Universal” New York Arbitration Convention enjoy Third-Party Benefits but not Third-Party Rights », 14(3) *Journal of International Arbitration* 167, (1997).

Gusy (M.), « The History and Significance of the New York Convention », 4 *VJ* 147, (2000).

Hanotiau (B.), « What Law Governs the Issue of Arbitrability? », 12(4) *Arbitration International* 391, (1996).

Hanotiau (B.) et Caprasse (O.), « Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention », 25(6) *Journal of International Arbitration* 721, (2008).

Harb (J-P.) et Lobier (Ch.), « New Arbitration Law in France: The Decree of January 13, 2011 », 26(3) *MEALEY'S International Arbitration Report* 26, (2011).

Herrmann (G.), « The 1958 New York Convention: Its Objectives and Its Future », in Albert Jan van den Berg, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, (ICCA congress series no.9), *Kluwer Law International*, (1999).

Hobér (K.), « Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Russian Entities », 10(1) *Arbitration International* 17, (1994).

Hulbert (R. W.), « Comment on a Proposed New Statute for International Arbitration », 13 *Am. Rev. Int'l Arb.* 153 (2002).

Hulea (D. C.), « Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective », 29 *Brooklyn J. Int'l L.* 313, (2003).

Hu (L.), « Enforcement of the International Commercial Arbitration Award in the People's Republic of China », 16(4) *Journal of International Arbitration* 1, (1999).

Inoue (O.), « The Due Process Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the United States Federal Courts: A Proposal for a Standard », 11 *Am. Rev. Int'l Arb.* 247, (2000).

Jarvin (S.), « Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).

Kall (D. M.), « The United States' Double Standard Regarding Domestic Enforcement of International Arbitral awards », 8 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 401, (1993).

Kantaria (S.), « The Enforcement of a Foreign Arbitral Award Against a Sovereign State in Australia », 14 *VJ* 401, (2010).

Kantaria (S.), « The Challenges of Enforcing an Arbitral Award Against a Foreign State in the United States », 27(1) *Journal of International Arbitration* 75, (2010).

Kaplan (N.), « Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice? », 12 *ARB. INT'L* 27, (1996).

Karakas (E.), « Origin of Arbitral Awards and Its Impact on Applicable Enforcement Regime », 11 *Croat. Arbit. Yearb.* 15, (2004).

Kazutake (O.), « Confirmation, Annulment, Recognition and Enforcement of Arbitral Awards », 37 *The Seinan Law Review* 1 (2005) ; <http://www.seinangu.ac.jp/jura/home04/pdf/3704/3704okuma.pdf>.

King (D. B.) et Schlupe (A.), « Application of Article V of the New York Convention in the Netherlands », 25(6) *Journal of International Arbitration* 759, (2008).

King (M.) et Meredith (I.), « Partial Enforcement of International Arbitration Awards », 26(3) *Arbitration International* 381, (2010).

Kirry (A.), « Arbitrability: Current Trends in Europe », 12(4) *Arbitration International* 373, (1996).

Knutson (R. D.), « The Interpretation of Arbitral Awards - When is a Final Award not Final? », 11(2) *Journal of International Arbitration* 99, (1994).

Koch (Ch.), « The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin », 26(2) *Journal of International Arbitration* 267, (2009).

Kojović (T.), « Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief - How Final is Provisional? », 18(5) *Journal of International Arbitration* 511, (2001).

Kolkey (D. M.), « Attacking Arbitral Awards: Rights of Appeal and Review in International Arbitrations », 22 *Int'l Law.* 693 (1998).

Kovacs (R.), « Challenges to International Arbitral Awards - the French Approach », 11 *VJ* 159, (2007).

Kroll (S.), « Germany: A Complete Change on the Form Requirement in Enforcement Proceedings Before German Courts », 9(3) *Int. A.L.R.* (2006).

- Kühn (W.), « Current Issues on the Application of the New York Convention », 25(6) *Journal of International Arbitration* 743, (2008).
- Lastenouse (P.), « Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene », 16(2) *Journal of International Arbitration* 25, (1999).
- Lazic (V.), « Enforcement of an Arbitral Award Annulled in the Country of Origin », 13 *Croat. Arbit. Yearb.* 179, (2006).
- Lu (M.), « The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England », 23 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 747 (2006).
- Magnusson (A.), « Application of the New York Convention - A Report from Denmark, Finland, Norway, and Sweden », 25(6) *Journal of International Arbitration* 681, (2008).
- Mann (A.), « Where is an award “made”? », 1(1) *Arb. Int'l* 107, (1995).
- Martinez (R.), « Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: the Refusal Provision » 24 *Int'l Law.* 487, (1990).
- McLaughlin (J. T.) et Genevro (L.), « Enforcement of Arbitral Awards Under the New York Convention Practice in U.S. Courts », 3 *Int'l Tax & Bus. Law.* 249, (1985-1986).
- McNamara (T.), « Foreign Sovereign Immunity During the New Nationalisation Wave », 1 *Bus. L. Int'l* 5, (2010).
- Menocal (P.), « We'll Do It for You Any Time: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Contracts in the United States », 11 *St. Thomas L. Rev.* 317, (1999).
- Meyer-Fabre (N.), « Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereign States, A new Milestone: Signing ICC Arbitration Clause Entails Waiver of Immunity From Execution Held French Court of Cassation in Creighton v Qatar, July, 6, 2000 », 15(9) *Mealey's International Arb Rep* 48 (2000).
- Miller (D.), « Public Policy in International Commercial Arbitration in Australia », 9(2) *Arbitration International* 167, (1993).
- Mistelis (L. A.), « Legal Issues Arising out of Disputes Involving Fraud, Bribery, Corruption and other Illegality and Illicitness Issues » in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).
- Mosk (R. M.) et Nelson (R. D.), « The Effects of Confirming and Vacating an International Arbitration Award on Enforcement in Foreign Jurisdictions », 18(4) *Journal of International Arbitration* 463, (2001).
- Movsesian (M. L.), « International Commercial Arbitration and International Courts », 18(2) *Duke Journal of Comparative & International Law* 423, (2008).
- Nacimiento (P.) et Barnashov (A.), « Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in Russia », 27(3) *Journal of International Arbitration* 295, (2010).

- Neuhaus (J. E.), « Current Issues in the Enforcement of International Arbitration Awards », 36 *U. Miami Inter-a. L. Rev.* 23, (2004).
- Nikiforov (I.), « Interpretation of Article V of the New York Convention by Russian Courts », 25(6) *Journal of International Arbitration* 787, (2008).
- Onyema (E.), « Formalities of the Enforcement procedure ‘(Article III and IV)’ », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).
- Ostrowski (S. T.) et Shany (Y.), « Chromalloy: United States Law and International Arbitration at the CrossRoads », 73 *N.Y.U.L. Rev.* 1650, (1998).
- Paolo (C.), « International Commercial Arbitration: the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards », 8 *The American Journal of Comparative Law* 290, (1959).
- Park (W. W.), « The International Currency of Arbitral Currency Awards », 756 *PLI/Lit* 309, (2007).
- Parlade (G. O.), « Judicial Review of Arbitral Awards: Violation of Public Policy as Ground for Refusing Recognition of Foreign Arbitral Award », 4(2) *Asian International Arbitration Journal* 175, (2008).
- Paulsson (J.), « Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin », 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 358, (1981).
- Paulsson (J.), « Sovereign Immunity from Jurisdiction: French Caselaw Revisited », 19 *Int L* 277, (1985).
- Paulsson (J.), « Arbitration Unbound in Belgium », 2 *Arbitration International* 70, (1986).
- Paulsson (J.), « The Case for Disregarding LSAs (Local Standard Annulments) Under the New York Convention », 7 *Am. Rev. Int'l Arb.* 99 (1996).
- Paulsson (J.), « May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics », 14(2) *Arbitration International* 227, (1998).
- Pé (R. S.), « Sovereign Immunity in Hong Kong: The Absolute Doctrine versus the Restrictive Doctrine », 4(1) *Disp. Resol. Int'l* 109, (2010).
- Pengelley (N.), « Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough », 26(6) *Journal of International Arbitration* 859, (2009).
- Phillips (W.), « Case Comment, Recognition of Foreign Arbitral Awards: The Second Circuit Provides a Hospitable Forum », 10 *Brooklyn J. Int'l L.* 489 (1984).
- Posner (E. A.), « Arbitration and the Harmonization of International Commercial Law: A Defense of Mitsubishi », 39 *Va. J. Int'l L.* 647, (1999).
- Prpic (M.), « Setting Aside Recourse and Enforcement of Awards Annulled in the Country of their Origin », 10 *Croat. Arbit. Yearb.* 13, (2003).

Pryles (M.), « Foreign Awards and the New York Convention », 9(3) *Arbitration International* 259, (1993).

Pryles (M.), « Reservation Available to Member States: The Reciprocal and Commercial Resevation », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).

Qiu (X.), « Enforcing Arbitral Awards Involving Foreign Parties: A Comparison of the United States and China », 11 *Am. Rev. Int'l Arb.* 607, (2000).

Quigley (L. V.), « Convention on Foreign Arbitral Awards », 58 *A.B.A. J.* 821, (1972).

Rawding (N.), « Protecting Investments Under State Contracts: Some Legal And Ethical Issues », 11(4) *Arbitration International* 341, (1995)

Read (P.), « Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millennium », 10 *Am. Rev. Int'l Arb.* 177, (1999).

Reed (L.) et Freda (J.), « Narrow Exceptions: A Review of Recent U.S. Precedent Regarding the Due Process and Public Policy Defenses of the New York Convention », 25(6) *Journal of International Arbitration* 649, (2008).

Reinstein (E.), « Finding a Happy Ending for Sovereign Investors: The Enforcement of Arbitration Awards in the People's Republic of China », 16 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 37, (2005).

Rico (R.), « Searching for Standards: Suspension of Enforcement Proceedings under Article VI of the New York Convention », 1(1) *Asian International Arbitration Journal* 69, (2005).

Rivkin (D. W.), « The Enforcement of Awards nullified in the Country of Origin: The American Experience » in Albert Jan van den Berg, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, (ICCA congress series no.9), *Kluwer Law International*, (1999).

Rogers (A.), « Arbitrability », 10(3) *Arbitration International* 263, (1994).

Rothstein (D. J.), « An introduction to Enforcement in Russia of Foreign Arbitral Awards, and Barriers to Entry to American Courts », 21 *Int'l L. Practicum* 109, (2008).

Roy (K. T.), « The New York Convention and Saudi Arabia: Can a Country Use the Public Policy Defense to Refuse Enforcement of Non-Domestic Arbitral Awards? », 18 *Fordham Int'l L.J.* 920, (1995).

Rubins (N.) et Sur (G.), « Application of Article V of the New York Convention », 25(6) *Journal of International Arbitration* 809, (2008).

Rubinstein (J.) et Fabian (G.), « The Territorial Scope of the New York Convention and its Implements in Common and Civil Law Countries », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).

Sanders (P.), « New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral awards », *Neth. Int'l L. Rev.* 6 (1959).

- Sanders (P.), « Trends in the Field of International Commercial Arbitration », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, (1975).
- Sanders (P.), « A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards », 13 *INT'L LAW*. 269, (1979).
- Sattar (S.), « National Courts and International Arbitration: A Double-edged Sword? », 27(1) *Journal of International Arbitration* 51, (2010).
- Saunders (M.) et Salomon (C.), « Enforcement of Arbitral Awards Against States and State Entities », 23(3) *Arbitration International* 467, (2007).
- Schwebel (S. M.) et Lahne (S. G.), « Public Policy and Arbitral Procedure' in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration », ed. Pieter Sanders, *Kluwer Law and Taxation Publishers*, Deventer, (1986).
- Schwartz (E. A.), « A Comment on Chromalloy: Hilmarton, a l'americaine », 14 *J. Int'l Arb.* 125, (1997).
- Shaleva (V.), « The 'Public Policy' Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia », 19(1) *Arbitration International* 67, (2003).
- Silberman (L.), « *International Arbitration: Comments from a Critic* », 13 *Am. Rev. Int'l Arb.* 9, (2002).
- Silberman (L.), « The New York Convention after Fifty Years: Some Reflections on the Role of National Law », *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 25, (2009).
- Silveira da (M. A.) et Lévy (L.), « Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).
- Slater (M. D.), « On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy », 25(2) *Arbitration International* 271, (2009).
- Smit (H.), « A-National Arbitration », 63 *Tul. L. Rev.* 629, (1989).
- Smit (H.), « Comments on Public Policy in International Arbitration », 13 *Am. Rev. Int'l Arb.* 65, (2002).
- Smit (H.), « Annulment and Enforcement of International Arbitral Awards: A Practical Perspective », dans Lawrence W. Newman et Richard D. Hill, *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Second Edition, *JurisNet*, (2008).
- Smith (E.), « Vacated Arbitral Awards: Recognition and Enforcement Outside the Country of Origin », 20 *B.U. Int'l L. J.* 355, (2002).
- Smutny (A. C.) et Pham (H. T.), « Enforcing Foreign Arbitral Awards in the United States: The Non-Arbitrable Subject Matter Defense », 25(6) *Journal of International Arbitration* 657, (2008).

Steele (M.) et Heinlen (M.), « Challenges to Enforcing Arbitral Awards Against Foreign States in the United States », 42 *Int'l Law*. 87, (2008).

Stipanowich (T. J.), « Rethinking American Arbitration », 63 *Ind. L.J.* 425, (1988).

Strong (S.I.), « Invisible Barriers to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the United States », 21 *J. Int'l Arb.* 479 (2004).

Strong(S.I.), « Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns », 30 *U. Pa. J. Int'l L.* 1 (2008).

Straub (M. H.), « 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.* 1031, (1990).

Strub (M. H.), « 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.* 1031(1990).

Taherzadeh (M.), « International Arbitration and Enforcement in U.S. Federal Courts, 22 *Hous. J. Int'l. L.J.* 371, (2000).

Tupman (W. M.), « Staying Enforcement of Arbitral Awards Under the New York Convention », 3 *ARB. INT'L* 209, (1987).

Turck (N. B.), « French and US Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards », 17(3) *Arbitration International* 327, (2001).

Veeder (V.V.), « Is there a Need to Revise the New York Convention? » 1 *Journal of International Dispute Settlement* (2010).

Verbist (H.), « Challenges on Ground of Due Process Pursuant to Article V(1)(B) of the New York Convention », in Emmanuel Gaillard et Domenico Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award: The New York Convention in Practice*, (2008).

Volz (J. L.) et Haydock (R. S.), « Foreign Arbitral Awards: Enforcing the Award Against the Recalcitrant Loser », 21 *Wm. Mitchell L. Rev.* 867, (1996).

Ward (A. A.), « Circumventing the Supremacy Clause? Understanding the Constitutional Implications of the United States' Treatment of Treaty Obligations Through an Analysis of the New York Convention », 7 *San Diego Int'l L.J.* 491, (2006).

Weinacht (F.), « Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany », 19(4) *Journal of International Arbitration* 313, (2002).

Wheless (E. P.), « Article V(1)(b) of the New York Convention », 7 *Emory Int'l L. Rev.* 805, (1993).

Zhang (X.), « Settlement of Commercial Disputes With Foreign Elements Involved in Arbitration: Legal Theories and Practice in the United Kingdom », 12 *Fla. J. Int'l L.* 167, (1998).

Zhou (J.), « Judicial Intervention in International Arbitration: A Comparative Study of the Scope of the New York Convention in U.S. and Chinese Courts », 15 *Pac. Rim L. & Pol'y* 403, (2006)

Les Jurisprudences :

L'Allemagne:

- BGH, NJW 1960, 1720.
- Oberlandesgericht de Hamburg, Avril 3, 1975.
- Oberlandesgericht de Cologne, 10 Juin 1976.
- OLG Hamburg, IV Y.C.A. 266(1979) 27 Juillet 1978.
- German Seller c./ German Buyer, V Y.C.A. 260.(1980).
- COMITAS c./ SOVAG, VIII Y.C.A. 366 (1983).
- Tribuna Federal, NIOC Revenue from Oil Sales (1983) 65 ILR 215.
- XII Y.C.A. 489 (1987).
- Cour d'appel de Hambourg, 26 Janvier 1989, Y.C.A. 491 (1992).
- Oberlandesgericht Hamburg, 30 Juillet 1998, XXV Y.C.A. 714 (2000).
- OLG Rostock, BB 2000, 28 Octobre 1999, XXV Y.C.A. 717 (2000).
- Oberlandesgericht Stuttgart, 6 Dec. 2001, XXIX Y.C.A. 742 (2004).
- BayOBLG, 16 Mars 2000, XXVII Y.C.A 445 (2002).
- OLG Hamburg, XXIX Y.C.A. 663 (2004).
- Cour d'appel de Cologne (OLG Köln), 23 avril, 2004, 9 Sch 01/03, 560; 30 Y.C.A. (2005).
- Cour d'appel de Bavaria, K Trading Co. c./ Bayerische Motoren Werke AG, 23 Septembre 2004, XXX Y.C.A. 568 (2005).
- OLG Karlsruhe, 14 Septembre 2007, XXXIII Y.C.A. 541 (2008).
- Oberlandesgericht, Munich, 12 October 2009, Swedish Seller c./ German Buyer, XXXV Y.C.A. 383 (2010).

L'Australie:

- Resort Condominiums International Inc c./ Bolwell, XX Y.C.A. 682 (1995); Supreme Court of Queensland, (1993) 118 ALR 655, 9 MEALEY'S INT'L ARB. REP. 4/94.
- Hallen c./ Angledal [1999] NSWSC 552.
- Metrocall Inc. c./ Electronic Tracking Sys. Pty Ltd, [2000] NSW IR Comm. 136.
- Toyo Engineering Corp. c./ John Holland Pty Ltd., XXVI Y.C.A. 750 (2001).
- Powerex Corp c./ Alcan Inc., [2003] Carswell BC 1758.

L'Autriche:

- Oberster Gerichtshof, 11 June 1969; II Y.C.A. 232 (1977).
- Oberster Gerichtshof, X Y.C.A. 421 (1985).
- Buyer (Austria) c./ Seller (Serbia and Montenegro), XXX Y.C.A. 421(2005).
- OGH, C c./ Dr. Vladimierz, 13 Mars 2005, XXXI Y.C.A. 583 (2006).

Le Bangladesh:

- Cour Supreme, Bangladesh Air Service (Pvt) Ltd. c./ British Airways PLC, 49 (1997) DLR (AD), 187 ; XXIII Y.C.A. 624(1998).

La Belgique:

- Audi-NSU Auto-Union AG (Germany) c./ Adelin Petit Cie (Belgium), V Y.C.A. 257 (1980).
- Inter-Arab Investment Guarantee Corp. c./ Banque Arabe, XXII Y.C.A. 643(1997).
- Compagnie Inter-Arabe de Garantie des Investissements c./ Banque Arabe et Internationale des Investissements, Rev.arb. 1998,715.

La Bulgarie:

- ECONERG Ltd. c./ National Electricity Co. AD, XXV Y.C.A. 678 (2000).

Le Canada

- Robert E Schreter c./ Gasmac Inc (1992) 7 OR (3d) 608, Ontario Court of Justice (General Division).
- Corporation Transactional de Inversiones, SA de CV c./ STET International [2000] 49 OR (3d) 414 (Ont CA).
- Editions Chouette Inc. c./ Desputeaux, 2003 SCC 17 (Canadian S.Ct.).
- Grow Biz International Inc. c./ DLT Holdings Inc. and Debbie Tanton, XXX YCA(2005) 450
- Yugraneft Corp. c./ REXX Management Corp., 31 B.L.R. (4th) 168 (2007); XXXIII Y.C.A. 433(2008).
- Cour d'appel d'Alberta, Yugraneft Corporation c./ REXX Management Corporation, Stephan Bond et Feredric Bachand, « International Arbitration Court Decisions », 3eme Edition, (2011), p172; 2008 ABCA 274.
- Transpac Capital Pte Ltd. c./ Buntoro, XXXIII Y.C.A. 349 (2008).
- Smart Systems Technologies Inc. c./ Domotique Secant Inc., [2008] J.Q. No. 1782, 2008 QCCA 444; XXXIII Y.C.A. 484 (2008).
- Yugraneft c./ REXX Management, 240 CSC 19, [2010] 1 RCS 649.

La Chine:

- Dongfeng Garments Factory of Kai Feng City and Tai Chu International Trade (HK) Company Ltd. c./ Henan Garments Import & Export (Group) Company (China) (appelée l'affaire Dongfeng) Li Hu, « Enforcement of the International Commercial Arbitration Award in the People's Republic of China », 16(4) *Journal of International Arbitration* 1, (1999).

La Corée du Sud:

- Adviso N.V. c./ Korea Overseas Construction Corp., YCA XXI (1996) 612 (Cour Suprême, Corée du Sud).
- Adviso NV (Netherlands Antilles) v Korea Overseas Construction Corp. XVII Y.C.A. 186 (1992).

La Cour Européenne de justice:

- Eco Swiss China Time Ltd c./ Benetton Int'l NV C-126/97 [1999] E.C.R. I-3055 (E.C.J.).

L'Espagne:

- Tribunal Supreme, Holargos Shipping Corporation c./ Hierros Ardes S.A, 3 Juin 1982 XI Y.C.A. 527 (1986).
- Centrotex S.A. c./ Agencia Gestora de Negocios S.A., Nov. 13, 2001, XXXI Y.C.A. 834 (2006).
- Tribunal Supreme, Rosso e Nero Gaststättenbetriebs GmbH c./ Almendrera Industrial Catalana S.A. (ALICSA), 17 Janvier 2004, XXXII Y.C.A. 597 (2007).
- Tribunal Supreme, Ionian Shipping Line Co. c./ Transshipping S.A., 31 Juillet 2000, XXXII Y.C.A. 532 (2007).
- Pavan S R L c./ Leng D'Or S A, Auto del Juzgado de Primera Instancia No 3 de Rubí de 11 de junio de 2007, Ord. Trib. prem. inst. n° 3 de Rubí (affaire 584/2006), 11 juin 2007.

Les Etats-Unis:

- The Schooner Exchange c./ McFadden 11 US (7 Cranch) 116 (1812).
- Hilton c./ Guyot, 159 US 113 (1895) 163.
- Wilko c./ Swan, 346 U.S. 427 (1953)
- Prima Paint Corporation c./ Flood & Conklin Mfg Co, 388 U.S. 395 (1967), 12 Juin 1967.
- American Safety Equipment Corp. c./ J.P. Maguire & Co., 391 F.2d 821 (1968).
- The Bremen c./ Zapata 407 US 1 (1972).
- Parson & Whittmore Oversea Co Inc. c./ Société General de L'Industrie du Papier (RAKTA), 508 F 2d 969 (2nd Cir, 1974).
- Fritz Scherk c./ Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506 (1974).
- Fotochrome, Inc. c./ Copal Co., 517 F.2d 512 2d Cir. (1975).
- Island Territory of Curacao c./ Solitron Devices Inc., I Y.C.A. 251 (1976).
- Imperial Ethiopian Government c./ Baruch-Foster Corp, 535 F.2d 334 (5th Cir. 1976) Cour d'appel (5th Cir.) 19 Juillet 1976.
- Ipitrade Intl SA c./ Federal Republic of Nigeria, 465 F Supp 824 (DCDC 1978).
- Laminaires-Trefileries-Cableries de Lens, S.A. c./ Southwire Co, 484 F. Supp. 1063 (N.D. Ga. 1980).
- Libyan American Oil Co. ("LIAMCO") c./ Socialist People's Libyan Arab Jamahirya, 684 F.2d 1032 (D.C. Cir. 1981).
- Fertilizer Corporation of India c./ IDI Management Inc, 517 F. Supp. 948 (S.D. Ohio 1981); VII Y.C.A 382 (1982).
- La Société nationale des Hydrocarbures c./ Shaheen National Resources Inc., 585 F. Supp. 57 (S.D.N.Y. 1983).
- Mitsubishi Motors Corp. c./ Soler Chrysler-Plymouth Inc., 723 F.2d 155, 168 (1st Cir. 1983).
- Cour D'appel, Bergesen c./ Joseph Muller Corp., 710 F.2d 928 (2d Cir.1983); IX Y.C.A. 487(1984) 17 Juin 1983.
- Mitsubishi Motors Corp. c./ Soler Chrysler-Plymouth Inc., 473 U.S. 614 (1985).
- Hercaire Int'l, Inc. c./ Argentine, 642 F. Supp. 126, 129 (S.D. Fla. 1986).
- Cour de Delaware, Al Haddad Brothers Enterprises, Inc. c./ M/S 'Agapi' and Diakan Love S.A., 635 F. Supp. 205 (D. Del. 1986); [1987] XII Y.C.A. 549 (1987) 8 Mai 1986.
- Spier c./ Calzaturificio S.p.A., 663 F. Supp 871 (S.D.N.Y. 1987).
- Brandeis Intsel Ltd. c./ Calabrian Chems. Corp, 656 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1987).

- Saturday Evening Post Co. c./ Rumbleseat Press, Inc., 816 F 2d 1191 (7th Cir. 1987).
- Cour d'appel, Management & Technical Consultants S.A. c./ Parsons-Jurden Int' Crop., 820 F.2d 1531(9th Cir. 1987); XIII Y.C.A. 611 (1988) 8 Juillet 1987.
- Cour d'appel, Management & Technical Consultants S.A. c./ Parsons-Jurden Int'l Corp., XIII Y.C.A. 611 (1988).
- Cour de l'est de New York, Geotech Lizenz AG c./ Evergreens Systems, Inc.,697 F. Supp. 1248 (E.D.N.Y. 1988); XV Y.C.A 562(1990) 28 Octobre 1988.
- Cour de sud de New York, Fiat S.p.A. c./ Ministry of Finance & Planning of Suriname, U.S. Dist. LEXIS 11995 (S.D.N.Y. 1989).
- Ministry of Finance and Planning c./ Onyx Development Corp., 1989 U.S. Dist. Lexis 10995 (S.D.N.Y. 1989).
- Argentine Republic c./ Amerada Hess Shipping, 488 US 428 (1989).
- Cour de sud de New York, Banques Centroamericanos S.A. c./ Refinadora Costarricense de Petroles,S.A. US Dist. LEXIS 5429 (S.D.N.Y. May 17, 1989).
- Sesostris c./ Transportes Navales 727 F. Supp. 737 (1989).
- Cour de Delaware, Nat'l Oil Corp. c./ Libyan Sun Oil Co., 733 F.Supp. 800, 817 (D. Del. 1990).
- Gould Marketing Inc. c./ Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran, Y.C.A. 610 (1990).
- Gilmer c./ Interstate/Johnson Lane Corporation, 500 US (1991).
- Bird c./ Shearson Lehman/American Express, 926 F 2d 116 (1991) (2nd Cir.).
- Cour de l'est de New York, Meadows Indemnity Co. Limited c./ Baccala and Shoop Insurance Services, 760 F. Supp. 1030 (1991); Y.C.A.(1992) 29 Mars 1991.
- Gibbons c./ Republic of Ireland, 532 F. Supp. 668 (D.D.C.1992).
- Iran Aircraft Industries c./ Avco Corp., 980 F. 2d 141 (2d Cir. 1992).
- Cour d'appel, Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran c./ Gould, Inc, 969 F.2d 764 (9th Cir. 1992); XVIII Y.C.A. 590 (1993) 30 Juin 1992.
- Cour de Colombia, Compagnie des Bauxites de guignée c./ Hammermills, XVIII Y.C.A. 566 (1993) 29 Mai 1992.
- Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co c./ Navimpex Centrala Navala, 989 F 2d 572 (2nd Cir 1993).
- Brier c./ Northstar Marine Inc., XIX Y.C.A. 766 (1994).
- Creighton c./ Qatar, XXI Y.C.A. 752 (1996).
- Chromalloy Aeroservices c./ Arab Republic of Egypt, 939 F Supp 907 (DDC) (1996).
- Prograph Int'l et al c./ Ralph Barhydt, 928 FS (n.d.cal.1996).
- Cour de sud de New York, Anhui Provincial Import and Export Corp. c./ Hart Enterprises International Inc., XXII Y.C.A. 979 (1997) 6 Mai 1996.
- Yusuf Ahmed Alghanim & Sons c./ Toys "R" Us Inc., 126 F.3d 15 (2d Cir 1997).
- Generica Ltd c./ Pharm. Basics, Inc., 125 F.3d 1123, 1129-30 (7th Cir. 1997).
- Lander Co. c./ MMP Investments, 107 F.3d 476 (7th Cir. 1997).
- Overseas Cosmos Inc. c./ NR Vessel Corp., No. 97 Civ. 5898, 1997 WL 757041 (S.D.N.Y. Dec. 8, 1997); XXIII Y.C.A. 1096 (1998).
- Cour d'appel, Generica Limited c./ Pharmaceutical Basics Inc., XXIII Y.C.A. 1076 (1998) 29 septembre 1997.
- Europcar Italia, S.p.A. c./ Maiellano Tours, Inc. YCA XXIVa 860 (1999).
- Baker Marine (Nigeria) Ltd. c./ Chevron (Nigeria) Ltd, 191 F.3d 194, 196 (2d Cir. 1999).
- Spier c./ Calzaturificio Tecnica, S.p.A, 71 F. Supp.2d 279 (S.D.N.Y. 1999).
- Cour de Colombia, Creighton c./ Qatar,181 F 3d 118 (DC Cir 1999).

- Coutinho Caro & Co USA c./ Marcus Trading Inc [2000] US Dist 37; 2000 WL 435566 (D Conn 2000).
- Empresa Constructora Contex Limitada c./ Iseki, Inc., 2000 U.S. Dist. LEXIS 11289 (S.D. Cal. Juillet 28, 2000).
- Karaha Bodas Co. c./ Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, 313 F.3d 70, 82 (2d Cir. 2002).
- Connecticut Bank of Commerce c./ Republic of Cong, 309 F.3d 240 (5th Cir. 2002).
- Weizmann Institute of Science c./ Neschis, 229 F. Supp. 2d 234 (S.D.N.Y. 2002),XXVIII Y.C.A 1038 (2003).
- Encyclopaedia Universalis SA c./ Encyclopaedia Britannica Inc, 4 December 2003, United States District Court for the Southern District of New York.
- MGM Productions Group Inc c./ Aeroflot Russian Airlines, No 03 CIV 0500 (RMB), 2003 US Dist LEXIS 8174 (SDNY 14 May 2003).
- Aasma c./ American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity, 238 F. Supp. 2d 918 (N.D. Ohio 2003); XXVIII Y.C.A. 1140(2003).
- Karaha Bodas Co c./ Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, 335 F.3d (5th Cir. 2003).
- Karaha Bodas Co c./ Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, 364 F. 3d 274 (5th Cir. 2004).
- Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran c./ Cubic Defense Sys., Inc, 385 F.3d 1206 (2004).
- Walker Intl Holdings Ltd c./ the Republic of Congo, 395 F 3d 229 (5th Cir 2004).
- International Bechtel Co. c./ Department of Civil Aviation of Dubai, 360 F. Supp. 2d 136 (D.D.C. 2005).
- Alto Mar Girassol c./ Lumbermens Mutual Casualty Company, XXX Y.C.A. 1152(2005).
- Encyclopaedia Universalis S.A. c./ Encyclopaedia Britannica, Inc, 403 F.3d 85 (2d Cir. 2005).
- Cour de l'ouest de Pennsylvania, Jorf Lasfar Energy Company, S.C.A. c./ AMCI Export Corp., XXXI Y.C.A. 1370 (2006) 5 Mai 2006.
- Moscow Dynamo c./ Ovechkin, 412 F. Supp. 2d 24 (D.D.C. 2006).
- Rizallya Bautista c./ Stae Cruises, XXXI Y.C.A. 1075 (2006).
- Cour d'appel, Jacada (Europe) Ltd. c./ International Marketing Strategies, Inc., XXXI Y.C.A. 1054 (2006) (US Court of Appeals for the 6th Circuit, US) 18 Mars 2005.
- Jorf Lafar Energy Company SCA (Morocco) c./ AMCI Export Corporation (US)XXXII YCA 713 (2007).
- Hall Steel Co. c./ Metalloyd Ltd., 492 F. Supp. 2d 715 (E.D. Mich. 2007).
- Telenor Mobile Communications AS c./ Storm LLC, 524 F. Supp. 2d 332 (S.D.N.Y. 2007).
- Zelier c./ Deitsch, 500 F.3d 157 (2d Cir. 2007).
- TermoRio S.A. E.S.P. c./ Electranta S.P., 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).
- International Trading and Industrial Investment Company c./ DynCorp Aerospace Technology et.al. (2011)
http://www.jenner.com/files/tbl_s69NewsDocumentOrder/FileUpload500/9218/International%20Trading%20v%20Dyncorp.pdf

La France:

- Cass. 1e civ., Nov. 22, 1966, Gerstlé c./ Merry Hull, JCP, Ed. G., Pt. II, No. 15,318 (1968).

- TGI, Yugoslavia c./ SEEE, 6 Juillet 1970, 65 ILR 46, 49.
- Societe Tunisinne d'Electricite et de Gaz c./ Societe Entrepose Rev. Arb. 1974, 268.
- Saint Gobain c./ Fertilizer Corp of India Ltd, Cour d'appel de Paris 10 Mai 1971 et TGI 15 Mai 1970, I Y.C.A. 184 (1976).
- General National Maritime Transport Co. c./ Gotaverken Arendal, A.B.,CA Paris, Fev. 21, 1980, 107 J.D.I. 660 (1980).
- Cour d'appel de Paris, Islamic Republic of Iran et al. c./ Eurodif et al, 21 Avril 1982, RCDIP 1983.101/
- Southern Pacific Properties Ltd. c./ The Arab Republic of Egypt and the Egyptian General Company for Tourism and Hotels, I.L.M. 752 (1983).
- Denis Coakley Ltd c./ Michel Reverdy Company, IX Y.C.A. 402(1984).
- Cour de Cassation, 12 February 1985, Chauzy; [1986] Rev. Arb. 47, note par M.A. Moreau-Bourles; [1986] Revue Critique de Droit International Privé 469, commentary by M.L. Niboyet-Hoegy.
- Cour d'appel de Rouen, Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises [SEEE] c./ Yugoslavia November 18, 1986; 26 I.L.M. 377;[1986] XI Y.C.A. 491 (1986) 13 Novembre 1984.
- Societe Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi c./ Societe Anonyme Norsolor, Nov. 19, 1982 Cour d'appel de Paris, 1983 REV. ARB. 472, XI Y.C.A. 487 (1986).
- Société Pabalk Ticaret Ltd Sirketi c./ Société Anonyme Norsolor [1985] Rev Arb 431 ;Oct. 9, 1984, Cass. civ. 1re, 1985 REV. ARB. 431.
- Avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1986, Eurodisneyland, *Rev. Arb.* 1992, 397.
- Ste Grands Moulins de Strasbourg c./ Cie Continentale France, Court of Cassation, 15 March 1988, Y.C.A. 129 (1991).
- Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1992, *Rev. Arb.*, 1992, 470, note P. Bellet.
- CA Paris, 1^{ère} Ch. suppl, 12 février 1993, *Rev. arb.*, 1993, p.256, note Dominique Hascher.
- Cour de Cassation, Polish Ocean Line c./ Ste Jolasry, 10 mars 1993, *Rev. Arb.* 1993.
- Cour d'appel de Grenoble, Compagnie Francaise Technique d'etancheite c./ Jacques Dechavanne, 13 September 1993; [1994] *Rev. Arb.* 337, note par M.A. Moreau; XX Y.C.A. 656(1995).
- CA Paris, 30 septembre 1993, European Gas turbines, *Rev. Arb.*, 1994, 359, note D. Bureau.
- Société Hilmarton c./ Société OTVCass. 1e civ., 23 Mars 1994, 121(3) J.D.I. 701(1994).
- CA Paris, 1^{er} ch. urg., 25 mars 1994, *Rev. arb.* 1994. 391, note Ch. Jarrosson.
- Jugmeent du 17 novembre 1989. Cassation 10 Juin 1997, XXII Y.C.A. 696.
- Cours d'appel de Paris, European Gas Turbines S.A. c./ Westman International Ltd., XX Y.C.A. 198 (1995).
- Cour d'appel de Rouen, Société Bec Frères c./ Office des Céréales de Tunisie(1997) 20 Juin 1996, 2 *Revue de l'Arbitrage* 263.
- Cour d'Appel de Paris, Ministry of Public Works c./ Société Bec Frères, Fev. 24, 1994, *Rev. Arb.* 1995, 275–285; XXII Y.C.A. 682(1997).
- Hilmarton Ltd c./ Omnium de Traitement et de Valorisation XXII Y.C.A. 696 (1997) (Cour de cassation, 10 Juin 1997)
- Chromalloy Aeroservices c./ Arab Republic of Egypt.[1997] XXII Y.C.A. 691(Cour d'appel)
- Compagnie Inter-Arabe de Garantie des Investissements c./ Banque Arabe et Internationale des Investissements [1998] ASA Bulletin 1998, 4, 719.

- Dubois & Vanderwalle c./ Boots Frites.XXIV Y.C.A. 640 (1999).
- Excelsior Film TV c./ UGC-PHXXIVa Y.C.A. 643 (1999) 644 (cours de cassation).
- ASECNA, Mr. N'Doye Cass. 1e civ., 17 Octobre 2000.
- Creighton c./ Qatar XXV Y.C.A. 458 (2000).
- Russian Federation c./ Noga (2001) XXVI Y.C.A. 273(2001).
- Cleric c./ Calaterra CA Paris, 10 Octobre 2002.
- Pilliod c./ Econosto International Holding CA Paris, 25 Mars 2004, (3) Rev. Arb. 671(2004) p. 673.
- Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, D. 2004, *Jur.* 2458, note I. Najjar.
- Bargues Agro Industrie SA c./ Young Pecan Co.,XXX Y.C.A. 499 (2005).
- Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Emirat de Dubai (DGAC) c./ International Bechtel CA Paris, 29 Sept. 2005, 2005 (3) Stockholm Int, Rev. Arb. 151.
- Juliet v X[2006] (1) Rev. Arb. 126.
- Société PT Putrabali Adyamulia c./ SA Rena Holdings, Cour de cassation, 29 Juin 2007, XXXII Y.C.A. 299 (2007) (France No. 42), voir aussi www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_no_106_07.html.
- Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses c./ Dallah, Cour d'appel de Paris, 17 février 2011, RG : 09/28533 ; Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2011 n° 2, P. 433.

Hong Kong:

- Werner A Bock KG c./ The N's Co Ltd[1978] HKLR 281, CA
- Tiong Huat Rubber Factory c./ Wah-Chang Int' Co Hong Kong, 28 Novembre 1990, CA 18 Janvier 1991, XVII Y.C.A. 516 (1991)
- Guangdong New Technology Import &Export Corp. c./ Jiangmen Branch Chiu Shing trading as BC Property & Trading Co.Hong Kong, 23 August 1991, XVIII Y.C.A. 385 (1993) p388
- Haut Cour, Paklito Investment Ltd. c./ Klockner East Asia Ltd, Hong Kong, 15 January 1993, XIX Y.C.A 664 (1994)
- Haut Cour, China Nanhai Oil Joint Service Corp. Shenzhen Branch c./ Gee Tai Holdings Co., XX Y.C.A. 671 (1995) 13 Juillet 1994
- Hebei Import & Export Corp. c./ Polytek Engineering Co. Ltd (1996) 3 HKC 725
- Hebei Import & Export Corp c./ Polytek Engineering Co Ltd [1999] 1 HKLRD 665
- FG Hemisphere Associates L.L.C. c./ Democratic Republic of Congo ("FG Hemisphere")[2009] 1 H.K.L.R.D. 410.

L'Inde:

- Indian Organic Chemical Ltd c./ Subsidiary 1 (US) Subsidiary 2 (US) and Chemtex Fibres Inc (Parent Company) (US) (1979) IV Y.C.A. 271(1979).
- Union of India and Ors c./ Lief Hoegh Co (Norway) (1984) IX Y.C.A. 405(1984).
- Haut Cour de Mombay, Renusagar Power Co. c./ General Electric Co.XVI Y.C.A. 553(1991).
- RM Investement & Trading Co. Pvt Limited c./. Boeing Company, Supreme Court Journal, 1994 vol.1, 657-664.
- Cour d'appel, Renusagar Power Co. Ltd c./ General Electric Co., XX Y.C.A.. 681(1995).
- XXII Y.C.A. 711 (1997).

- Oil & Natural Gas Co Ltd c./ Saw Pipes Ltd (2003) (3) SCC 705 .

L'Italie:

- Ditta Nosegno e Morando c./ Bohne Friedrich & Co. Import-Expors, Cass., Janvier 20, 1977, n.272.
- Corte di Appello di Napoli, Carters (Merchants) Ltd c./ Francesco Ferraro , IV Y.C.A. 275 (1979) 20 Fevrier 1975.
- Corte di Appello, Rederi Aktiebolaget Sally c./ srl Termarea [1979] IV Y.C.A. 294 (1979) 13 Avril 1978.
- Corte di Cassazione, 18 September 1978, No. 4167, Gaetano Butera c./ Pietro e Romano Pagnan, IV Y.C.A. 296 (1979) (Italy No. 33).
- Pretore of Genoa, 30 April 1980, VII Y.C.A. 341 (1982).
- Soc. Rocco c./ Federal Commerce and Navigation Ltd.Cass., December 15, 1982, n.6915.
- Cour d'appel de Trento, 14 Janvier 1981, General Organization of Commerce and Industrialization of Cereals of the Arab Republic of Syria c./ S.p.A. SIMER, VIII Y.C.A. 386 (1983).
- Corte di Cassazione, 6 Juillet 1982, No. 4039, Colella Legnami SpA c./ Carey Hirsch Lumber Company, IX Y.C.A. 429 (1984).
- Corte di Cassazione, 15 Decembre 1982, No. 6915, Rocco Giuseppe Figli snc c./ Federal Commerce and Navigation Ltd., X Y.C.A. 464 (1985).
- Corte di Appello di Napoli, Bauer & Grobmann OHG c./ Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele, X Y.C.A. 461 (1985) 18 Mai 1982.
- Corte di Cassazione, Imperial Fruit Co. sas c./ K.H. Werthon Inc, 27 Janvier 1986, XII Y.C.A. 496 (1987).
- Corte di Cassazione, Mara Confezioni SpA c./ International Alltex Corp., XIV Y.C.A. 675 (1989) 19 Novembre 1987.
- Sp A Abati Legnami c./ Fritz Häuptl, Corte di Cassazione, 3 Avril 1987, XVII Y.C.A. 529(1992).
- Black Sea Shipping Co. c./ Italturist SpA, XVIII Y.C.A. 415 (1993).
- Allsop Automatic Inc c./ Techock SNC , Y.C.A.143 (1997) Corte di Appello, Milan, 4 Decembre 1992.
- Cour d'appel de Genoa, Fincantieri c./ Iraq, XXI Y.C.A. 594 (1996) 7 Mai 1994.
- Corte di Cassazione, Societa Distillerie Meridionali (SODIME) c./ Schuurmans & Van Ginneken BV, XXI Y.C.A. 607 (1996).
- Corti di Cassazione, Société arabe des Engrais Phosphates et Azotes-SAEPA c./ Gemanco srl, XXII Y.C.A. 737 (1997) 9 Mai 1996.
- Corte di Cassazione, Srl Campomarzio Impianti c./ Lampart Vegypary Gepgyar, XXIVa Y.C.A. 698 (1999).
- Virgilio De Agostini and Loris end Enrico Germani c./ Milloio SpA, Pia and Gabriella Germani and Andrea De Agostini, XXV Y.C.A. 739 (2000).
- Tema Frugoli S.p.A. c./ Hubei Space Quarry Industry Co. Ltd Cass., 7 février 2001, n.1732.
- Corte di Cassazione, Première Chambre Civile, 23 Juillet 2009, no. 17291, Microware s.r.l. in liquidation c./ Indicia Diagnostics S.A. XXXV Y.C.A. 418 (2010).

Le Japon:

- XX Y.C.A. 742 (1995).

La Jordanie:

- RLAAI 1, 108 (Cour supreme).

Le Koweït:

- Décision 444/98 and 450/98, CPRCC 1, 297 (cours de cassation, Kuwait).

La Luthanie:

- J.S.C. Magnitogorsk Hardware Metallurgic Plant c./ U.A.B. Radvina, Cour supreme de la luthanie, October 29, 2004.

Le Luxembourg:

- Judgement du Novembre 24, 1993, Luxembourg Cour Supérieure de Justice, XXI Y.C.A 617 (1996).
- Cour d'appel, Sovereign Participations International S.A. c./ Chadmore Developments Ltd, 28 Janvier 1999, XXIVa Y.C.A. Arb.714 (1999).

La Nouvelle Zelande:

- CBI NZ Ltd. c./ Badger Chiyod, [1989] 2 NZLR 669.

Le Pakistan:

- The Hub Power Co. Ltd c./ Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan, 15(7) Int'l Arb. Rep. A-1(2000).

Les Pays bas:

- Rechtbank La Hayes, 23 June 1972, Weinstein Int'l Corp. c./ Nagtegaal N.V., V Y.C.A 269 (1980).
- Tribunal d'amsterdam, SPP (Middle East) Ltd. c./ the Arab Republic of Egypt, X Y.C.A. 487 (1985) 12 Juillet 1982.
- Gerechtshof Amsterdam, G.W.L. Kersten & Co. BV c./ Societe Commerciae Raoul-Duval et Cie Gerechthof Den Haag, XIX Y.C.A. 708 (1994) 16 Juillet 1992.
- Cour d'appel de La Haye, 4 Août, 1993, Owerri Inc. (Panama) c./ Dielle S.r.l. (Italy), TvA 1995/1, 34; 19 Y.C.A. 703-7 (1994).
- Issac Glecer c./ Moses Israel Glecer, XXI Y.C.A. 635 (1996).
- Société d'Etudes et de Commerce S.A. (France) c./ Weyl Beef Products B.V. (Netherlands), D. Brian King et Alexandra Schlupe, « Application of Article V of the New York Convention in the Netherlands », 25(6) *Journal of International Arbitration* 762, (2008).
- Cour d'appel, Yukos Capital S.A.R.L. c./ OAO Rosneft, No. 200.005.269/01, XXXIV Y.C.A. 703(2009) 18 Juin 2009.

Le Royaume Unis:

- Richardson c./ Mellish(1824) 2 Bing 229.
- Egerton c./ Brownlow (1853) 4 HLCL.
- Enderby Town Football Club c./ Football Association Ltd [1971] Ch 591.
- Deutsche Schachtbau and TieohrGMBH c./ R'as al-Khaimah National Oil Co.[1987] 3 WLR 1023; 2 Lloyd's Rep. 246CA.
- Lemenda Trading Co. c./ African Middle East Petroleum Co.[1988] QB 448.
- Naviera Amazonica Peruana, S.A. c./ Compania Internacional de Seguros del Peru [1988] 1Lloyd's Rep. 116.
- Hiscox c./ Outhwaite, XVII Y.C.A. 599 (1992).
- Soleh Boneh International Ltd. c./ Uganda, XIX Y.C.A. 748 (1994).
- Kuwait Airways c./ Iraqi Airways [1995] 1 WLR 1147, 1171, (HL).
- Far Eastern Shipping Co. c./ AKP Sovcomflot, XXI Y.C.A. 699(1996).
- Solemainy c./ Solemainy [1998] 3 WLR 811.
- China Agribusiness Development Corporation c./ Balli Trading.[1998] 2 Lloyd's Rep. 76.
- Westacre Investments Inc. c./ Jugoimport-SPDR Holding Co. Ltd [1998] 4 All ER 570.
- Omnium de Traitement et de Valorisation c./ Hilmarton [1999] 2 Lloyd's Rep. 222.
- Minmetals Germany GmbH c./ Ferco Steel Ltd [1999] 1 All ER (Comm) 315; XXIV Y.C.A. 739 (1999) 20 Janvier 1999; Queen Bench Division.
- XL Insurance Ltd. c./ Owens Corning, XXVI Y.C.A. 869 (2001) Cour Commercial d'anglttere, 28 Juillet 2000
- Tongyuan (YSA) International Trading Group c./ Uni-Clan Ltd, XXVI Y.C.A. 886 (2001) 19 Janvier 2001, Haut Cour de Commerce
- Yokos Oil Company c./ Dardana Ltd [2002] EWCA Civ. 543
- ET Plus SA c./ Jean-Paul Welter [2005] EWHC 2115 (Comm.) (Q.B.)
- Ajay Kanoria c./ Tony Francis Guinness, XXXI Y.C.A. 943 (2006) Cour d'appel
- IPCO Nigeria Ltd. c./ Nigerian National Petroleum Corp.[2005] EWHC 726 ¶15 (Q.B.); XXXI Y.C.A. 853 (2006)
- Svenska Petroleum Exploration AB c./ Government of the Republic of Lithuania [2005] EWHC 2437 (QB(Comm))
- Svenska Petroleum Exploration AB c./ Government of the Republic of Lithuania, [2006] EWCA Civ 1529
- Heifer Int'l Inc. c./ Christiansen [2007] EWHC 3015 (Q.B.)
- Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c./ The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, [2008] EWHC 1901.
- IPCO (Nigeria) Ltd c./ Nigerian National Petroleum Corp. (NNPC)[2008] EWCA 1157;[2009] 1 All ER (Comm) 611 at pp. 661(f)–662(e).
- Orascom Telecom Holding SAE c./ Chad, [2009] 1 All E.R. (Comm) 315.
- Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c./ The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, [2009] EWCA Civ. 755.
- Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c./ The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, [2010] UKSC 46.

La Russie:

- Sokofl Star Shipping Co. Inc. c./ GPVO Technopromexport, XXIII Y.C.A 742 (1998) Cour de Mosscow, 11 Avril 1997.

- Kotrako, Inc. c./ V/O Rosvneshtorg, Vesselina Shaleva, « The 'Public Policy' Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia », 19(1) *Arbitration International* 67, (2003).
- Pressindustria S.p.A. c./ O.J.S.C. Tobolsky Neftehimichesky Combinat, Ilya Nikiforov, « Interpretation of Article V of the New York Convention by Russian Courts », 25(6) *Journal of International Arbitration* 787, (2008).
- Forever Maritime Ltd. c./ State Unitary Enterprise Foreign Trade Enterprise Mashinoimport ("Mashinoimport") Cour d'arbitrage de Moscou, décision du 12 septembre 2003, Case No. A40-15797/03-25-48. Cour suprême d'arbitrage de la Fédération Russe, décision du 22 juin 2004, Case No. 3253/04, XXXIII Y.C.A. 650 (2008).

Le Suède:

- Tekno-Pharma AB c./ Iran Decision 24 May 1972, 65 ILR 383.
- Cour d'appel de Svea, Liamco c./ Socialist People's Arab Republic of Libya, 18 June 1980, 62 ILR 225.
- Cour d'appel de Svea, AB Gotaverken c./ Libyan General Maritime Transport Co, 13 Decembre 1978, V Y.C.A. 237(1981).
- Cour d'appel de Svea, Mr. Franz Sedelmayer c./ The Russian Federation, 15 Juin 2005, 2 Stockholm Int'l Arb. Rev. 37, 48, 72 (2005).

La Suisse:

- Tribunal de Basel, Dutch seller c./ Swiss buyer, 3 Juin 1971, IV Y.C.A. 309 (1979).
- Tribunal Fédéral, [1980] SJ, 65.
- Tribunal Suisse Fédérale. 19 June 1980, Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya c./ LIAMCO, 20 ILM 151 (1981).
- Tribunal Federal, Joseph Muller AG c./ Bergesen, 26 Fevrier 1982, IX Y.C.A. 437 (1984).
- Tribunal Fédéral, BGE 110 IB, 191 (Mar. 14, 1984) ; XI Y.C.A. 536 (1986).
- Denysiana, ATF 110 Ib 191, c.2; JdT 1986 n 57; Y.C.A. 536(1986).
- Tribunal Federal, Chrome Resources c./ Lazarus, 8 Fevrier 1978, XI Y.C.A. 538 (1986).
- Tribunal Fédéral, BGE 111lb, 253 (Nov. 5, 1985) XII Y.C.A. 511 (1987).
- XXIII Y.C.A. 754 (1998).
- Societe Hilmarton c./ Societe OTV), Cour de Justice de Canton de Geneve, 1993 REV. ARB. 315, 316, XIX Y.C.A. 214 (1994).
- Obergericht Zug, SJZ 2000, XXIX Y.C.A. 805(2004).
- Cour de Justice de Genève, YCA XXVI Y.C.A. 863(2001).
- Appellationsgericht Basel-Stadt, SJZ 2005, 177.

La Syrie:

- Tribunal administratif, Fougerolle S.A. c./ Ministry of Defence of the Syrian Arab Republic, XV Y.C.A. 515 (1990) 31 Mars 1988.

La Tunisie:

- société d'Investissement Kal c./ Taieb Haddad and Hans Baret, XXIII Y.C.A. 770 (1998).

Sites Internet – Sources numériques

<http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac42sr1-N5507218.pdf>

<http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac424r1-N5508097.pdf>

<http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-ac/eac424r1-N5508097.pdf>

<http://wikipedia.org/wiki/Nationalisation.fr>

ANNEXES

- Le Protocole européen relatif aux clauses d'arbitrage (Genève, du 24 septembre 1923)
- La Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Genève, du 26 septembre 1927)
- La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958)
- Le Code De Procédure Civil Français
- Le Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage
- Federal Arbitration Act. De 1925
- Foreign Sovereign Immunities Act Of 1976 (21 octobre 1976)
- State Immunity Act de 1978
- L'arbitration Act. de 1996

Le Protocole européen relatif aux clauses d'arbitrage

(Genève, du 24 septembre 1923)

Article 1

Chacun des États contractants reconnaît la validité, entre parties soumises respectivement à la juridiction d'États contractants différents, du compromis ainsi que de la clause compromissoire par laquelle les parties à un contrat s'obligent, en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage par compromis, à soumettre en tout ou partie les différends qui peuvent surgir dudit contrat à un arbitrage, même si ledit arbitrage doit avoir lieu dans un pays autre que celui à la juridiction duquel est soumise chacune des parties au contrat.

Chaque État contractant se réserve la liberté de restreindre l'engagement visé ci-dessus aux contrats qui sont considérés comme commerciaux par son droit national. L'État contractant qui fera usage de cette faculté en avisera le Secrétaire général de la Société des Nations aux fins de communication aux autres États contractants.

Article 2

La procédure de l'arbitrage, y compris la constitution du tribunal arbitral, est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu.

Les États contractants s'engagent à faciliter les actes de procédure qui doivent intervenir sur leur territoire, conformément aux dispositions réglant, d'après leur législation, la procédure d'arbitrage par compromis.

Article 3

Tout État contractant s'engage à assurer l'exécution, par ses autorités et, conformément aux dispositions de sa loi nationale, des sentences arbitrales rendues sur son territoire en vertu des articles précédents.

Article 4

Les tribunaux des États contractants, saisis d'un litige relatif à un contrat conclu entre personnes visées à l'article 1er et comportant un compromis ou une clause compromissoire valable en vertu dudit article et susceptible d'être mise en application, renverront les intéressés à la demande de l'un d'eux, au jugement des arbitres.

Ce renvoi ne préjudicie pas à la compétence des tribunaux au cas où, pour un motif quelconque, le compromis, la clause compromissoire ou l'arbitrage sont devenus caducs ou inopérants.

Article 5

Le présent Protocole, qui restera ouvert à la signature de tous les États, sera ratifié. Les ratifications seront déposées aussitôt que possible auprès du Secrétaire général de la Société des Nations, qui en notifiera le dépôt à tous les États signataires.

Article 6

Le présent Protocole entrera en vigueur aussitôt que deux ratifications auront été déposées. Ultérieurement, ce Protocole entrera en vigueur, pour chaque État contractant, un mois après la notification, par le Secrétaire général de la Société des Nations, du dépôt de sa ratification.

Article 7

Le présent Protocole pourra être dénoncé par tout État contractant moyennant préavis d'un an. La dénonciation sera effectuée par une notification adressée au Secrétaire général de la Société des Nations. Celui-ci transmettra immédiatement à tous les autres États signataires des exemplaires de cette notification, en indiquant la date de réception. La dénonciation prendra effet un an après la date de notification au Secrétaire général. Elle ne sera valable que pour l'État contractant qui l'aura notifiée.

Article 8

Les États contractants seront libres de déclarer que leur acceptation du présent Protocole ne s'étend pas à l'ensemble ou à une partie des territoires ci-après mentionnés, à savoir: colonies, possessions ou territoires d'outre-mer, protectorats ou territoires sur lesquels ils exercent un mandat.

Ces États pourront, par la suite, adhérer au Protocole séparément, pour l'un quelconque des territoires ainsi exclus. Les adhésions seront communiquées aussitôt que possible au Secrétaire général de la Société des Nations, qui les notifiera à tous les États signataires et elles prendront effet un mois après leur notification par le Secrétaire général à tous les États signataires. Les États contractants pourront également dénoncer le Protocole séparément pour l'un quelconque des territoires visés ci-dessus. L'article 7 est applicable à cette dénonciation. Une copie certifiée conforme du présent Protocole sera transmise par le Secrétaire général à tous les États contractants.

Fait à Genève, le vingt-quatrième jour de septembre mil neuf cent vingt-trois, en un seul exemplaire dont les textes anglais et français feront également foi, et qui restera déposé dans les archives de la Société des Nations.

La Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères

(Genève, du 26 septembre 1927)

Article 1

Dans les territoires relevant de l'une des Hautes Parties contractantes auxquels s'applique la présente convention, l'autorité d'une sentence arbitrale rendue à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire visés au Protocole relatif aux clauses d'arbitrage, ouvert à Genève depuis le 24 septembre 1923, sera reconnue et l'exécution de cette sentence sera accordée, conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée lorsque cette sentence aura été rendue dans un territoire relevant de l'une des Hautes Parties contractantes auquel s'applique la présente convention et entre personnes soumises à la juridiction de l'une des Hautes Parties contractantes.

Pour obtenir cette reconnaissance ou cette exécution, il sera nécessaire, en outre:

- (a) Que la sentence ait été rendue à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire valables d'après la législation qui leur est applicable;
- (b) Que, d'après la loi du pays où elle est invoquée, l'objet de la sentence soit susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage;
- (c) Que la sentence ait 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;
- (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;
- (e) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux principes du droit public du pays où elle est invoquée.

Article 2

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:

- (a) Que la sentence a été annulée dans le pays où elle a été rendue;

(b) 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;

(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.

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.

Article 3

Si la partie contre laquelle la sentence a été rendue établit qu'il existe, d'après les règles de droit applicables à la procédure d'arbitrage, une cause, autre que celles visées à l'article premier, lit. (a) et (c), et à l'article 2, lit. (b) et (c), qui lui permet de contester en justice la validité de la sentence, le juge pourra, s'il lui plaît, refuser la reconnaissance ou l'exécution, ou les suspendre en donnant à la partie un délai raisonnable pour faire prononcer la nullité par le tribunal compétent.

Article 4

La partie qui invoque la sentence, ou qui demande l'exécution, doit fournir notamment:

(1) L'original de la sentence ou une copie réunissant, d'après la législation du pays où elle a été rendue, les conditions requises pour son authenticité;

(2) Les pièces et renseignements de nature à établir que la sentence est devenue définitive dans le sens déterminé à l'article premier, lit. (d), dans le pays où elle a été rendue;

(3) Le cas échéant, les pièces et renseignements de nature à établir que les conditions prévues à l'article premier, al. 1 et al. 2, lit. (a) et (c), sont remplies.

Il peut être exigé de la sentence et des autres pièces mentionnées dans cet article une traduction faite dans la langue officielle du pays où la sentence est invoquée. Cette traduction doit être certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire du pays auquel ressortit la partie qui invoque la sentence ou par un traducteur assermenté du pays où la sentence est invoquée.

Article 5

Les dispositions des articles précédents ne privent aucune partie intéressée du droit de se prévaloir d'une sentence arbitrale, de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où cette sentence est invoquée.

Article 6

La présente convention ne s'applique qu'aux sentences arbitrales rendues après la mise en vigueur du Protocole relatif aux clauses d'arbitrage, ouvert à Genève depuis le 24 septembre 1923.

Article 7

La présente convention, qui restera ouverte à la signature de tous les signataires du Protocole de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, sera ratifiée.

Elle ne pourra être ratifiée qu'au nom de ceux des Membres de la Société des Nations et des États non membres pour le compte desquels le Protocole de 1923 aura été ratifié.

Les ratifications seront déposées aussitôt que possible auprès du Secrétaire général de la Société des Nations, qui en notifiera le dépôt à tous les signataires.

Article 8

La présente convention entrera en vigueur trois mois après qu'elle aura été ratifiée au nom de deux Hautes Parties contractantes. Ultérieurement, l'entrée en vigueur se fera, pour chaque Haute Partie contractante, trois mois après le dépôt de sa ratification auprès du Secrétaire général de la Société des Nations.

Article 9

La présente convention pourra être dénoncée au nom de tout Membre de la Société des Nations ou de tout État non membre. La dénonciation sera notifiée par écrit au Secrétaire général de la Société des Nations, qui communiquera immédiatement copie certifiée conforme de la notification à toutes les autres Parties contractantes en leur faisant savoir la date à laquelle il l'aura reçue.

La dénonciation ne produira ses effets qu'à l'égard de la Haute Partie contractante qui l'aura notifiée et un an après que la notification en sera parvenue au Secrétaire général de la Société des Nations.

La dénonciation du Protocole relatif aux clauses d'arbitrage entraînera de plein droit la dénonciation de la présente convention.

Article 10

L'effet de la présente convention ne s'étend pas de plein droit aux colonies, protectorats ou territoires placés sous la suzeraineté ou le mandat de l'une des Hautes Parties contractantes.

L'extension à l'un ou plusieurs de ces colonies, territoires ou protectorats auxquels le Protocole relatif aux clauses d'arbitrage, ouvert à Genève depuis le 24 septembre 1923, est applicable pourra à tout moment être effectuée par une déclaration adressée au Secrétaire général de la Société des Nations par une des Hautes Parties contractantes.

Cette déclaration produira effet trois mois après son dépôt.

Les Hautes Parties contractantes pourront à tout moment dénoncer la convention pour l'ensemble ou l'un quelconque des colonies, protectorats ou territoires visés ci-dessus. L'article 9 est applicable à cette dénonciation.

Article 11

Une copie certifiée conforme de la présente convention sera transmise par le Secrétaire général de la Société des Nations à tout Membre de la Société des Nations et à tout État non membre signataire de ladite Convention.

En foi de quoi les plénipotentiaires susnommés ont signé la présente Convention.

Fait à Genève, le vingt-six septembre mil neuf cent vingt-sept, en un seul exemplaire, dont les textes anglais et français feront également foi, et qui restera déposé dans les archives de la Société des Nations.

La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

(New York, 10 juin 1958)

Article I

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

2. On entend par " sentences arbitrales" non seulement les sentences rendues par les 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 Etat pourra, sur a 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 Etat contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.

Article II

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

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

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

Article III

Chacun des Etats 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 condition sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

Article IV

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

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

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

Article V

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

- a) que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicables, 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.

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

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

- b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

Article VI

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

Article VII

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

2. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères cesseront de produire leurs effets entre les Etats contractants du jour, et dans la mesure où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention.

Article VIII

1. La présente Convention est ouverte jusqu'au 31 décembre 1958 à la signature de tout Etat Membre des Nations Unies, ainsi que de tout autre Etat qui est, ou deviendra par la suite, membre d'une ou plusieurs institutions spécialisées des Nations Unies ou partie au Statut de la Cour internationale de Justice, ou qui aura été invité par l'Assemblée générale des Nations Unies.

2. La présente Convention doit être ratifiée et les instruments de ratification déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article IX

1. Tous les Etats visés à l'article VIII peuvent adhérer à la présente Convention.

2. L'adhésion se fera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article X

1. Tout Etat 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 Etat.

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 Etat 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 notification ou de l'adhésion, chaque Etat intéressé examinera la possibilité de prendre les mesures voulues pour étendre la Convention à ces territoires, sous réserve le cas échéant, lorsque des motifs constitutionnels l'exigeront, de l'assentiment des gouvernements de ces territoires.

Article XI

Les dispositions ci-après s'appliqueront aux Etats 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 Etats contractants qui ne sont pas des Etats fédératifs ;
- b) en ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des Etats 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 Etats ou provinces constituants ;

- c) un Etat fédératif Partie à la présente Convention communiquera, à la demande de tout autre Etat 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.

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 Etats 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 Etat de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article XIII

1. Tout Etat 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 Etat 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.

Article XIV

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

Article XV

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies notifiera à tous les Etats 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 I, 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

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 Etats visés à l'article VIII.

LE NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVIL FRANÇAIS

Livre IV : L'arbitrage (1442-1507)

Titre 1^{er} : Les conventions d'arbitrage.

Chapitre I^{er} : La clause compromissoire

Art. 1442 :

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.

Art. 1443 :

La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère. Sous la même sanction, la clause compromissoire doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation.

Art. 1444 :

Si, le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation, le président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres.

Toutefois, cette désignation est faite par le président du tribunal de commerce si la convention l'a expressément prévu.

Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation.

Art. 1445 :

Le litige est soumis au tribunal arbitral soit conjointement par les parties, soit par la partie la plus diligente.

Art. 1446 :

Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite.

Chapitre II : Le compromis

Art. 1447 :

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes.

Art. 1448 :

Le compromis doit, à peine de nullité, déterminer l'objet du litige. Sous la même sanction, il doit soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation.

Le compromis est caduc lorsqu'un arbitre qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée.

Art. 1449 :

Le compromis est constaté par écrit. Il peut l'être dans un procès-verbal signé par l'arbitre et les parties.

Art. 1450 :

Les parties ont la faculté de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une autre juridiction.

Chapitre III : Règles communes

Art. 1451 :

La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique ; celle-ci doit avoir le plein exercice de ses droits civils.

Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage.

Art. 1452 :

La constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée. L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties.

Art. 1453 :

Le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre ou de plusieurs en nombre impair.

Art. 1454 :

Lorsque les parties désignent les arbitres en nombre pair, le tribunal arbitral est complété par un arbitre choisi, soit conformément aux prévisions des parties, soit, en l'absence de telles prévisions, par les arbitres désignés, soit à défaut d'accord entre ces derniers, par le président du tribunal de grande instance.

Art. 1455 :

Lorsqu'une personne physique ou morale est chargée d'organiser l'arbitrage, la mission d'arbitrage est confiée à un ou plusieurs arbitres acceptés par toutes les parties.

A défaut d'acceptation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage invite chaque partie à désigner un arbitre et procède, le cas échéant, à la désignation de l'arbitre nécessaire pour compléter le tribunal arbitral. Faute pour les parties de désigner un arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage.

Le tribunal arbitral peut aussi être directement constitué selon les modalités prévues à l'alinéa précédent.

La personne chargée d'organiser l'arbitrage peut prévoir que le tribunal arbitral ne rendra qu'un projet de sentence et que si ce projet est contesté par l'une des parties, l'affaire sera soumise à un deuxième tribunal arbitral. Dans ce cas, les membres du deuxième tribunal sont désignés par la personne chargée d'organiser l'arbitrage, chacune des parties ayant la faculté d'obtenir le remplacement d'un des arbitres ainsi désignés.

Art. 1456 :

Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission des arbitres ne dure que six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée. Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé soit par accord des parties, soit, à la demande de l'une d'elles ou du tribunal arbitral, par le président du tribunal de grande instance ou, dans le cas visé à l'article 1444, alinéa 2, par le président du tribunal de commerce.

Art. 1457 :

Dans les cas prévus aux articles 1444, 1454, 1456 et 1463, le président du tribunal, saisi comme en matière de référé par une partie ou par le tribunal arbitral, statue par ordonnance non susceptible de recours.

Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le président déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1444 (alinéa 3). L'appel est formé, instruit et jugé comme en matière de contredit de compétence.

Le président compétent est celui du tribunal qui a été désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel cette convention a situé les opérations d'arbitrage. Dans le silence de la convention, le président compétent est celui du tribunal du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, celui du tribunal du lieu où demeure le demandeur.

Art. 1458 :

Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.

Art. 1459 :

Toute disposition ou convention contraire aux règles édictées par le présent chapitre est réputée non écrite.

Titre II : L'instance arbitrale

Art. 1460 :

Les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage. Toutefois, les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (alinéa 1) et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale.

Si une partie détient un élément de preuve, l'arbitre peut aussi lui enjoindre de le produire.

Art. 1461 :

Les actes de l'instruction et les procès-verbaux sont faits par tous les arbitres si le compromis ne les autorise à commettre l'un d'eux.

Les tiers sont entendus sans prestation de serment.

Art. 1462 :

Tout arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci.

Un arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties.

Art. 1463 :

Un arbitre ne peut s'abstenir ni être récusé que pour une cause de récusation qui se serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation.

Les difficultés relatives à l'application du présent article sont portées devant le président du tribunal compétent.

Art. 1464 :

L'instance arbitrale prend fin, sous réserve des conventions particulières des parties :

1° Par la révocation, le décès ou l'empêchement d'un arbitre ainsi que par la perte du plein exercice de ses droits civils ;

2° Par l'abstention ou la récusation d'un arbitre ;

3° Par l'expiration du délai d'arbitrage.

Art. 1465 :

L'interruption de l'instance arbitrale est régie par les dispositions des articles 369 à 376.

Art. 1466 :

Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture.

Art. 1467 :

Sauf convention contraire, l'arbitre a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299.

En cas d'inscription de faux incidente, l'article 313 est applicable devant l'arbitre. Le délai d'arbitrage continue à courir du jour où il a été statué sur l'incident.

Art. 1468 :

L'arbitre fixe la date à laquelle l'affaire sera mise en délibéré.

Après cette date, aucune demande ne peut être formée ni aucun moyen soulevé. Aucune observation ne peut être présentée ni aucune pièce produite, si ce n'est à la demande de l'arbitre.

Titre III : La sentence arbitrale.

Art. 1469 :

Les délibérations des arbitres sont secrètes.

Art. 1470 :

La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix.

Art. 1471 :

La sentence arbitrale doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens.

La décision doit être motivée.

Art. 1472 :

La sentence arbitrale contient l'indication : - du nom des arbitres qui l'ont rendue ;

- de sa date ;

- du lieu où elle est rendue ;

- des nom, prénoms ou dénomination des parties, ainsi que de leur domicile ou siège social ;

- le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties.

Art. 1473 :

La sentence arbitrale est signée par tous les arbitres. Toutefois, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, les autres en font mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres.

Art. 1474 :

L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur.

Art. 1475 :

La sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'elle tranche.

L'arbitre a néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence, de réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent et de la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Les articles 461 à 463 sont applicables. Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage.

Art. 1476 :

La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

Art. 1477 :

La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue. A cet effet, la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d'arbitrage est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au secrétariat de la juridiction.

Art. 1478 :

L'exequatur est apposé sur la minute de la sentence arbitrale.

L'ordonnance qui refuse l'exequatur doit être motivée.

Art. 1479 :

Les règles sur l'exécution provisoire des jugements sont applicables aux sentences arbitrales. En cas d'appel ou de recours en annulation, le premier président ou le magistrat chargé de la mise en état dès lors qu'il est saisi, peut accorder l'exequatur à la sentence arbitrale assortie de l'exécution provisoire. Il peut aussi ordonner l'exécution provisoire dans les conditions prévues aux articles 525 et 526 ; sa décision vaut exequatur.

Art. 1480 :

Les dispositions des articles 1471 (alinéa 2), 1472, en ce qui concerne le nom des arbitres et la date de la sentence, et 1473 sont prescrites à peine de nullité.

Titre IV : Les voies de recours

Art. 1481 :

La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition ni de pourvoi en cassation.

Elle peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions de l'article 588 (alinéa 1).

Art. 1482 :

La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage.

Art. 1483 :

Lorsque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties n'ont pas renoncé à l'appel, ou qu'elles se sont réservées expressément cette faculté dans la convention d'arbitrage, la voie de l'appel est seule ouverte, qu'elle tende à la réformation de la sentence arbitrale ou à son annulation. Le juge d'appel statue comme amiable compositeur lorsque l'arbitre avait cette mission.

Art. 1484 :

Lorsque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties ont renoncé à l'appel, ou qu'elles ne se sont pas expressément réservées cette faculté dans la convention

d'arbitrage, un recours en annulation de l'acte qualifié sentence arbitrale peut néanmoins être formé malgré toute stipulation contraire.

Il n'est ouvert que dans les cas suivants :

- 1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
- 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- 4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
- 5° Dans tous les cas de nullité prévus à l'article 1480 ;
- 6° Si l'arbitre a violé une règle d'ordre public.

Art. 1485 :

Lorsque la juridiction saisie d'un recours en annulation annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire de toutes les parties.

Art. 1486 :

L'appel et le recours en annulation sont portés devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue. Ces recours sont recevables dès le prononcé de la sentence ; ils cessent de l'être s'ils n'ont pas été exercés dans le mois de la signification de la sentence revêtue de l'exequatur.

Le délai pour exercer ces recours suspend l'exécution de la sentence arbitrale. Le recours exercé dans le délai est également suspensif.

Art. 1487 :

L'appel et le recours en annulation sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse devant la cour d'appel.

Art. 1488 :

L'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours.

Toutefois, l'appel ou le recours en annulation de la sentence emportent de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exequatur ou dessaisissement de ce juge.

Art. 1489 :

L'ordonnance qui refuse l'exequatur peut être frappée d'appel jusqu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de sa signification. En ce cas, la cour d'appel connaît, à la demande des parties, des moyens que celles-ci auraient pu faire valoir contre la sentence arbitrale, par la voie de l'appel ou du recours en annulation selon le cas.

Art. 1490 :

Le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour.

Art. 1491 :

Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas et sous les conditions prévus pour les jugements.

Il est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence.

Titre V : L'arbitrage international.

Art. 1493 :

Directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457.

Art. 1494 :

La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle détermine. Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.

Art. 1495 :

Lorsque l'arbitrage international est soumis à la loi française, les dispositions des titres I, II et III du présent livre ne s'appliquent qu'à défaut de convention particulière et sous réserve des articles 1493 et 1494.

Art. 1496 :

L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées.

Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce.

p.198 Art. 1492 Code de procédure civile

Art. 1492 :

Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

Art. 1497 :

L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission.

Titre VI : La reconnaissance, l'exécution forcée et les voies de recours à l'égard des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international.

Chapitre Ier : La reconnaissance et l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international.

Art. 1498 :

Les sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international.

Sous les mêmes conditions, elles sont déclarées exécutoires en France par le juge de l'exécution.

Art. 1499 :

L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

Si ces pièces ne sont pas rédigées en langue française, la partie en produit une traduction certifiée par un traducteur inscrit sur la liste des experts.

Art. 1500 :

Les dispositions des articles 1476 à 1479 sont applicables.

Chapitre II : Les voies de recours contre les sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international.

Art. 1501 :

La décision qui refuse la reconnaissance ou l'exécution est susceptible d'appel.

Art. 1502 :

L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

- 1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
- 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- 4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
- 5° Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international.

Art. 1503 :

L'appel prévu aux articles 1501 et 1502 est porté devant la cour d'appel dont relève le juge qui a statué. Il peut être formé jusqu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de la signification de la décision du juge.

Art. 1504 :

La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502. L'ordonnance qui

accorde l'exécution de cette sentence n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, le recours en annulation emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exécution ou dessaisissement de ce juge.

Art. 1505 :

Le recours en annulation prévu à l'article 1504 est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence ; il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la signification de la sentence déclarée exécutoire.

Art. 1506 :

Le délai pour exercer les recours prévus aux articles 1501, 1502 et 1504 suspend l'exécution de la sentence arbitrale. Le recours exercé dans le délai est également suspensif.

Art. 1507 :

Les dispositions du titre IV du présent livre, à l'exception de celles de l'alinéa 1er de l'article 1487 et de l'article 1490, ne sont pas applicables aux voies de recours.

Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage

Art. 1^{er}. Les articles 1508 à 1519 du code de procédure civile deviennent respectivement les articles 1570 à 1582.

Art. 2. Le livre IV du code de procédure civile est rédigé comme suit :

LIVRE IV

L'ARBITRAGE

TITRE Ier

L'ARBITRAGE INTERNE

Chapitre Ier

La convention d'arbitrage

Article 1442.- La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.

Article 1443.- A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

Article 1444.- La convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. A défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454.

Article 1445.- A peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige.

Article 1446.- Les parties peuvent compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction.

Article 1447.- La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.

Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite.

Article 1448.- Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.

Article 1449.- L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.

Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage.

Chapitre II - Le tribunal arbitral

Article 1450.- La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits.

Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage.

Article 1451.- Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair.

Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.

Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459.

Article 1452.- En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres :

1° En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui ;

2° En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation.

Article 1453.- Lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres.

Article 1454.- Tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranché par le juge d'appui.

Article 1455.- Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation.

Article 1456.- Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige.

Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission.

En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux.

Article 1457.- Il appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission.

En cas de différend sur la réalité du motif invoqué, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui saisi dans le mois qui suit l'empêchement, l'abstention ou la démission.

Article 1458.- L'arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties. A défaut d'unanimité, il est procédé conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 1456.

Article 1459.- Le juge d'appui compétent est le président du tribunal de grande instance.

Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455.

Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur.

Article 1460.- Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres.

La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé.

Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455.

Article 1461.- Sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 1456, toute stipulation contraire aux règles édictées au présent chapitre est réputée non écrite.

Chapitre III - L'instance arbitrale

Article 1462.- Le litige est soumis au tribunal arbitral soit conjointement par les parties, soit par la partie la plus diligente.

Article 1463.- Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine.

Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui.

Article 1464.- A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques.

Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1.

Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure.

Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité.

Article 1465.- Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel.

Article 1466.- La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

Article 1467.- Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres.

Le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment.

Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte.

Article 1468.- Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires.

Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée.

Article 1469.- Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.

La compétence territoriale du président du tribunal de grande instance est déterminée conformément aux articles 42 à 48.

La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé.

Le président, s'il estime la demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait, selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte.

Cette décision n'est pas exécutoire de plein droit.

Elle est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours suivant la signification de la décision.

Article 1470.- Sauf stipulation contraire, le tribunal arbitral a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299.

En cas d'inscription de faux incident, il est fait application de l'article 313.

Article 1471.- L'interruption de l'instance est régie par les dispositions des articles 369 à 372.

Article 1472.- Le tribunal arbitral peut, s'il y a lieu, surseoir à statuer. Cette décision suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine.

Le tribunal arbitral peut, suivant les circonstances, révoquer le sursis ou en abrégé le délai.

Article 1473.- Sauf stipulation contraire, l'instance arbitrale est également suspendue en cas de décès, d'empêchement, d'abstention, de démission, de récusation ou de révocation d'un arbitre jusqu'à l'acceptation de sa mission par l'arbitre désigné en remplacement.

Le nouvel arbitre est désigné suivant les modalités convenues entre les parties ou, à défaut, suivant celles qui ont présidé à la désignation de l'arbitre qu'il remplace.

Article 1474.- L'interruption ou la suspension de l'instance ne dessaisit pas le tribunal arbitral.

Le tribunal arbitral peut inviter les parties à lui faire part de leurs initiatives en vue de reprendre l'instance ou de mettre un terme aux causes d'interruption ou de suspension. En cas de carence des parties, il peut mettre fin à l'instance.

Article 1475.- L'instance reprend son cours en l'état où elle se trouvait au moment où elle a été interrompue ou suspendue lorsque les causes de son interruption ou de sa suspension cessent d'exister.

Au moment de la reprise de l'instance et par exception à l'article 1463, le tribunal arbitral peut décider que le délai de l'instance sera prorogé pour une durée qui n'excède pas six mois.

Article 1476.- Le tribunal arbitral fixe la date à laquelle le délibéré sera prononcé.

Au cours du délibéré, aucune demande ne peut être formée, aucun moyen soulevé et aucune pièce produite, si ce n'est à la demande du tribunal arbitral.

Article 1477.- L'expiration du délai d'arbitrage entraîne la fin de l'instance arbitrale.

Chapitre IV - La sentence arbitrale

Article 1478.- Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition.

Article 1479.- Les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes.

Article 1480.- La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix.

Elle est signée par tous les arbitres.

Si une minorité d'entre eux refuse de la signer, la sentence en fait mention et celle-ci produit le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres.

Article 1481.- La sentence arbitrale contient l'indication :

1° Des nom, prénoms ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social ;

2° Le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ;

3° Du nom des arbitres qui l'ont rendue ;

4° De sa date ;

5° Du lieu où la sentence a été rendue.

Article 1482.- La sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens.

Elle est motivée.

Article 1483.- Les dispositions de l'article 1480, celles de l'article 1481 relatives au nom des arbitres et à la date de la sentence et celles de l'article 1482 concernant la motivation de la sentence sont prescrites à peine de nullité de celle-ci.

Toutefois, l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité de la sentence ne peut entraîner la nullité de celle-ci s'il est établi, par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées.

Article 1484.- La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

Elle peut être assortie de l'exécution provisoire.

Elle est notifiée par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.

Article 1485.- La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche.

Toutefois, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées.

Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni et si les parties ne peuvent s'accorder pour le reconstituer, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage.

Article 1486.- Les demandes formées en application du deuxième alinéa de l'article 1485 sont présentées dans un délai de trois mois à compter de la notification de la sentence.

Sauf convention contraire, la sentence rectificative ou complétée est rendue dans un délai de trois mois à compter de la saisine du tribunal arbitral. Ce délai peut être prorogé conformément au second alinéa de l'article 1463.

La sentence rectificative ou complétée est notifiée dans les mêmes formes que la sentence initiale.

Chapitre V - L'exequatur

Article 1487.- La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue.

La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire.

La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

L'exequatur est apposé sur l'original ou, si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la sentence arbitrale répondant aux conditions prévues à l'alinéa précédent.

Article 1488.- L'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public. L'ordonnance qui refuse l'exequatur est motivée.

Chapitre VI - Les voies de recours

Section 1 - L'appel

Article 1489.- La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties.

Article 1490.- L'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence.

La cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral.

Section 2 - Le recours en annulation

Article 1491.- La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties.

Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Article 1492.- Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou
3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée
ou
4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou
5° La sentence est contraire à l'ordre public ou
6° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue
ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises
ou n'a pas été rendue à la majorité des voix.

Article 1493.- Lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties.

Section 3 - Dispositions communes à l'appel et au recours en annulation

Article 1494.- L'appel et le recours en annulation sont portés devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue.

Ces recours sont recevables dès le prononcé de la sentence. Ils cessent de l'être s'ils n'ont pas été exercés dans le mois de la notification de la sentence.

Article 1495.- L'appel et le recours en annulation sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1.

Article 1496.- Le délai pour exercer l'appel ou le recours en annulation ainsi que l'appel ou le recours exercé dans ce délai suspendent l'exécution de la sentence arbitrale à moins qu'elle soit assortie de l'exécution provisoire.

Article 1497.- Le premier président statuant en référé ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut :

1° Lorsque la sentence est assortie de l'exécution provisoire, arrêter ou aménager son exécution lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou

2° Lorsque la sentence n'est pas assortie de l'exécution provisoire, ordonner l'exécution provisoire de tout ou partie de cette sentence.

Article 1498.- Lorsque la sentence est assortie de l'exécution provisoire ou qu'il est fait application du 2° de l'article 1497, le premier président ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut conférer l'exequatur à la sentence arbitrale.

Le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour.

Section 4 - Recours contre l'ordonnance statuant sur la demande d'exequatur

Article 1499.- L'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours.

Toutefois, l'appel ou le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'exequatur ou dessaisissement de ce juge.

Article 1500.- L'ordonnance qui refuse l'exequatur peut être frappée d'appel dans le délai d'un mois à compter de sa signification.

Dans ce cas, la cour d'appel connaît, à la demande d'une partie, de l'appel ou du recours en annulation formé à l'encontre de la sentence arbitrale, si le délai pour l'exercer n'est pas expiré.

Section 5 - Autres voies de recours

Article 1501.- La sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588.

Article 1502.- Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 et sous les conditions prévues aux articles 594, 596, 597 et 601 à 603.

Le recours est porté devant le tribunal arbitral.

Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence.

Article 1503.- La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition et de pourvoi en cassation.

TITRE II - L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Article 1504.- Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

Article 1505.- En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque :

1° L'arbitrage se déroule en France ou

2° Les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française

ou

3° Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ou

4° L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice.

Article 1506.- A moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'appliquent à l'arbitrage international les articles :

1° 1446, 1447, 1448 (alinéas 1 et 2) et 1449, relatifs à la convention d'arbitrage ;

2° 1452 à 1458 et 1460, relatifs à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure applicable devant le juge d'appui ;

3° 1462, 1463 (alinéa 2), 1464 (alinéa 3), 1465 à 1470 et 1472 relatifs à l'instance arbitrale ;

4° 1479, 1481, 1482, 1484 (alinéas 1 et 2), 1485 (alinéas 1 et 2) et 1486 relatifs à la sentence arbitrale ;

5° 1502 (alinéas 1 et 2) et 1503 relatifs aux voies de recours autres que l'appel et le recours en annulation.

Chapitre Ier - La convention d'arbitrage international

Article 1507.- La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme.

Article 1508.- La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

Chapitre II - L'instance et la sentence arbitrales

Article 1509.- La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale.

Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure.

Article 1510.- Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction.

Article 1511.- Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce.

Article 1512.- Le tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties lui ont confié cette mission.

Article 1513.- Dans le silence de la convention d'arbitrage, la sentence est rendue à la majorité des voix. Elle est signée par tous les arbitres.

Toutefois, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, les autres en font mention dans la sentence.

A défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul. En cas de refus de signature des autres arbitres, le président en fait mention dans la sentence qu'il signe alors seul.

La sentence rendue dans les conditions prévues à l'un ou l'autre des deux alinéas précédents produit les mêmes effets que si elle avait été signée par tous les arbitres ou rendue à la majorité des voix.

Chapitre III - La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international

Article 1514.- Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international.

Article 1515.- L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

Si ces documents ne sont pas rédigés en langue française, la partie requérante en produit une traduction. Elle peut être invitée à produire une traduction établie par un traducteur inscrit sur une liste d'experts judiciaires ou par un traducteur habilité à intervenir auprès des autorités judiciaires ou administratives d'un autre Etat membre de l'Union européenne, d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse.

Article 1516.- La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel elle a été rendue ou du tribunal de grande instance de Paris lorsqu'elle a été rendue à l'étranger.

La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire.

La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

Article 1517.- L'exequatur est apposé sur l'original ou, si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la sentence arbitrale répondant aux conditions prévues au dernier alinéa de l'article 1516.

Lorsque la sentence arbitrale n'est pas rédigée en langue française, l'exequatur est également apposé sur la traduction opérée dans les conditions prévues à l'article 1515.

L'ordonnance qui refuse d'accorder l'exequatur à la sentence arbitrale est motivée.

Chapitre IV - Les voies de recours

Section 1 - Sentences rendues en France

Article 1518.- La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation.

Article 1519.- Le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue.

Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la notification de la sentence.

La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.

Article 1520.- Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée

ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

Article 1521.- Le premier président ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut conférer l'exequatur à la sentence.

Article 1522.- Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation.

Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520.

L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.

Article 1523.- La décision qui refuse la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale rendue en France est susceptible d'appel.

L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision.

Dans ce cas, la cour d'appel connaît, à la demande d'une partie, du recours en annulation à l'encontre de la sentence à moins qu'elle ait renoncé à celui-ci ou que le délai pour l'exercer soit expiré.

Article 1524.- L'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours sauf dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 1522.

Toutefois, le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'exequatur ou dessaisissement de ce juge.

Section 2 - Sentences rendues à l'étranger

Article 1525.- La décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel. L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision. Les parties peuvent toutefois convenir d'un autre mode de notification lorsque l'appel est formé à l'encontre de la sentence revêtue de l'exequatur. La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article 1520.

Section 3 - Dispositions communes aux sentences rendues en France et à l'étranger

Article 1526.- Le recours en annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président statuant en référé où, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut arrêter ou

aménager l'exécution de la sentence si cette exécution est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties.

Article 1527.- L'appel de l'ordonnance ayant statué sur l'exequatur et le recours en annulation de la sentence sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1.

Le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour.

Art. 3.- Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le premier jour du quatrième mois suivant celui de sa publication, sous réserve des dispositions suivantes :

1° Les dispositions des articles 1442 à 1445, 1489 et des 2° et 3° de l'article 1505 du code de procédure civile s'appliquent lorsque la convention d'arbitrage a été conclue après la date mentionnée au premier alinéa ;

2° Les dispositions des articles 1456 à 1458, 1486, 1502, 1513 et 1522 du même code s'appliquent lorsque le tribunal a été constitué postérieurement à la date mentionnée au premier alinéa ;

3° Les dispositions de l'article 1526 du même code s'appliquent aux sentences arbitrales rendues après la date mentionnée au premier alinéa.

Art. 4.- Le présent décret est applicable dans les îles Wallis-et-Futuna.

Art. 5.- Le garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, et le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

**UNITED STATES: FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT OF
1976**

[October 21, 1976]

90 STAT. 2891

Public Law 94-583

94th Congress

An Act

To define the jurisdiction of United States courts in suits against foreign states, the circumstances in which foreign states are immune from suit and in which execution may not be levied on their property, and for other purposes.

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That this Act may be cited as the "Foreign Sovereign Immunities Act of 1976".

Sec. 2. (a) That chapter 85 of title 28 United States Code, is amended by inserting immediately before section 1331 the following new section:

"§ 1330. Actions against foreign states

"(a) The district courts shall have original Jurisdiction without regard to amount in controversy of any nonjury civil action against a foreign state as defined in section 1603(a) of this title as to any claim for relief in personam with respect to which the foreign state is not entitled to immunity either under sections 1605-1607 of this title or under any applicable international agreement.

"(b) Personal jurisdiction over a foreign state shall exist as to every claim for relief over which the district courts have Jurisdiction under subsection (a) where service has been made under section 1608 of this title.

"(c) For purposes of subsection (b), an appearance by a foreign state does not confer personal jurisdiction with respect to any claim for relief not arising out of any transaction or occurrence enumerated in sections 1605-1607 of this title.

(b) By inserting in the chapter analysis of that chapter before - "1331. Federal question amount in controversy costs."

the following new item:

"1330. Action against foreign states"

Sec. 3. That section 1332 of title 28, United States Code, is amended by striking subsections (a) (2) and (3) and substituting in their place the following:

"(2) citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state

"(3) citizens of different States and in which citizens or subjects of a foreign state are additional parties- and

"(4) a foreign state, defined in section 1603(a) of this title, as plaintiff and citizens of a State or of different States

" Sec. 4. (a) That title 28, United States Code, is amended by inserting after chapter 95 the following new chapter:

"Chapter 97. JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF FOREIGN STATES

"Sec.

"1602. Findings and declaration of purpose.

"1603. Definitions.

"1604. Immunity of a foreign state from Jurisdiction.

"1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state.

"1606. Extent of liability.

"1607. Counterclaims.

"1608 Service; time to answer default.

"1609. Immunity from attachment and execution of property of a foreign state.

"1610. Exceptions to the immunity from attachment or execution.

"1611. Certain types of property immune from execution.

§ 1602. Findings and declaration of purpose

"The Congress finds that the determination by United States courts Of the claims of foreign states to immunity from the Jurisdiction of such courts would serve the interests Of Justice and would protect the rights Of both foreign states and litigants in United States courts. Under international law, states are not immune from the Jurisdiction of foreign courts insofar as their commercial activities are concerned, and their commercial property may be levied upon for the satisfaction Of Judgments rendered against them in connection with their commercial activities. Claims Of foreign states to immunity should henceforth be decided by courts Of the United States and of the States in conformity with the principles set forth in this chapter.

§ 1603. Definitions

"For purposes of this chapter

"(a) A 'foreign state', except as used in section 1608 of this title, includes a political subdivision of a foreign state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b).

"(b) An 'agency or instrumentality of a foreign state' means any entity

"(1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and

"(2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and

"(3) which is neither a citizen of a State Of the United States as defined in section 1332 (c) and (d) of this title, nor created under the laws of any third country.

"(c) The 'United States' includes all territory and waters, continental or insular, subject to the Jurisdiction of the United States.

"(d) A 'commercial activity' means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

"(e) A 'commercial activity carried on in the United States by a foreign state' means commercial activity carried on by such state and having substantial contact with the United States.

§ 1604. Immunity of a foreign state from Jurisdiction

"Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the Jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter.

§ 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state

"(a) A foreign state shall not be immune from the Jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case

"(1) in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver;

"(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;

"(3) in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state- or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency

or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States

"(4) in which rights in property in the United States acquired by succession or gift or rights in immovable property situated in the United States are in issue or

"(5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to

"(A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or

"(B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceits or interference with contract rights. "(b) A foreign state shall not be immune from the Jurisdiction of the courts of the United States in any case in which a suit in admiralty is brought to enforce a maritime lien against a vessel or cargo of the foreign state, which maritime lien is based upon a commercial activity of the foreign state: Provided, That

"(1) notice of the suit is given by delivery of a copy of the summons and of the complaint to the person, or his agent, having possession of the vessel or cargo against which the maritime lien is asserted- but such notice shall not be deemed to have been delivered, nor may it thereafter be delivered if the vessel or cargo is arrested pursuant to process obtained on behalf Of the party bringing the suit - unless the party was unaware that the vessel or cargo of a foreign state was involved, in which event the service of process of arrest shall be deemed to constitute valid delivery of such notice; and

"(2) notice to the foreign state of the commencement of suit as provided in section 1608 of this title is initiated within ten days either of the delivery of notice as provided in subsection (b)(1) of this section or, in the case of a party who was unaware that the vessel or cargo of a foreign state was involved, of the date such party determined the existence of the foreign state's interest.

Whenever notice is delivered under subsection (b)(1) of this section, the maritime lien shall thereafter be deemed to be in an personam claim against the foreign state which at that time owns the vessel or cargo involved: Provided, That a court may not award Judgment against the foreign state in an amount greater than the value of the vessel or cargo upon which the maritime lien arose, such value to be determined as of the time notice is served under subsection (b)(1) of this section.

§ 1606. Extent of liability

"As to any claim for relief with respect to which a foreign state is not entitled to immunity under section 1605 or 1607 of this chapter, the foreign state shall be liable in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances but a foreign state except for an agency or instrumentality thereof shall not be liable for punitive damages; if, however, in any case wherein death was caused, the law of the place where the action or omission occurred provides, or has been construed to provide, for damages only punitive in nature, the foreign state shall be liable for actual or compensatory damages measured by the pecuniary injuries resulting from such death which were incurred by the persons for whose benefit the action was brought.

§ 1607. Counterclaims

"In any action brought by a foreign state, or in which a foreign state intervenes, in a court of the United States or of a State, the foreign state shall not be accorded immunity with respect to any counterclaim

"(a) for which a foreign state would not be entitled to immunity under section 1605 of this chapter had such claim been brought in a separate action against the foreign states or

"(b) arising out of the transaction or occurrence that is the subject matter of the claim of the foreign state, or

"(c) to the extent that the counterclaim does not seek relief exceeding in amount or differing in kind from that sought by the foreign state.

§ 1608. Service time to answer default

"(a) Service in the courts of the United States and of the States shall be made upon a foreign state or political subdivision of a foreign state:

"(1) by delivery of a copy of the summons and complaint in accordance with any special arrangement for service between the plaintiff and the foreign state or political subdivision; or

"(2) if no special arrangement exists, by delivery of a copy of the summons and complaint in accordance with an applicable international convention on service of Judicial documents; or

"(3) if service cannot be made under paragraphs (1) or (2), by sending a copy of the summons and complaint and a notice of suit, together with a translation of each into the official language of the foreign state, by any form of mail requiring a signed receipt, to be addressed and dispatched by the clerk of the court to the head of the ministry of foreign affairs of the foreign state concerned, or

"(4) if service cannot be made within 30 days under paragraph (3), by sending two copies of the summons and complaint and a notice of suit, together with a translation of each into the official language of the foreign state, by any form of mail requiring a signed receipt, to be addressed and dispatched by the clerk of the court to the Secretary of State in Washington, District of Columbia, to the attention of the Director of Special Consular Services - and the Secretary shall transmit one copy of the papers through diplomatic channels to the foreign state and shall send to the clerk of the court a certified copy of the diplomatic note indicating when the papers were transmitted.

As used in this subsection, a 'notice of suit' shall mean a notice addressed to a foreign state and in a form prescribed by the Secretary of State by regulation.

"(b) Service in the courts of the United States and of the States shall be made upon an agency or instrumentality of a foreign state:

"(1) by delivery of a copy of the summons and complaint in accordance with any special arrangement for service between the plaintiff and the agency or instrumentality- or

"(2) if no special arrangement exists, by delivery of a copy of the summons and complaint either to an officer, a managing or general agent, or to any other agent authorized by

appointment or by law to receive service of process in the United States; or in accordance with an applicable international convention on service of Judicial documents; or

"(3) if service cannot be made under paragraphs (1) or (2), and if reasonably calculated to give actual notice, by delivery of a copy of the summons and complaint, together with a translation of each into the official language of the foreign state -

"(A) as directed by an authority of the foreign state or political subdivision in response to a letter rogatory or request or

"(B) by any form of mail requiring a signed receipt, to be addressed and dispatched by the clerk of the court to the agency or instrumentality to be served, or

"(C) as directed by order of the court consistent with the law of the place where service is to be made.

"(c) Service shall be deemed to have been made

"(1) in the case of service under subsection (a)(4), as of the date of transmittal indicated in the certified copy of the diplomatic note- and

"(2) in any other case under this section, as of the date of receipt indicated in the certification, signed and returned postal receipt, or other proof of service applicable to the method of service employed.

"(d) In any action brought in a court of the United States or of a State, a foreign state, a political subdivision thereof, or an agency or instrumentality of a foreign state shall serve an answer or other responsive pleading to the complaint within sixty days after service has been made under this section.

"(e) No Judgment by default shall be entered by a court of the United States or of a State against a foreign state, a political subdivision thereof, or an agency or instrumentality of a foreign state, unless the claimant establishes his claim or right to relief by evidence satisfactory to the court. A copy of any such default Judgment shall be sent to the foreign state or political subdivision in the manner prescribed for service in this section.

§ 1609. Immunity from attachment and execution of property of a foreign state

Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act the property in the United States of a foreign state shall be immune from attachment arrest and execution except as provided in sections 1610 and 1611 of this chapter.

§ 1610. Exceptions to the immunity from attachment or execution

"(a) The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a Judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if -

"(1) the foreign state has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or

"(2) the property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based, or

"(3) the execution relates to a Judgment establishing rights in property which has been taken in violation of international law or which has been exchanged for property taken in violation of international law, or

"(4) the execution relates to a Judgment establishing rights in property

"(A) which is acquired by succession or gift,

or "(B) which is immovable and situated in the United States: Provided, That such property is not used for purposes of maintaining a diplomatic or consular mission or the residence of the Chief of such mission, or

"(5) the property consists of any contractual obligation or any proceeds from such a contractual obligation to indemnify or hold harmless the foreign state or its employees under a policy of automobile or other liability or casualty insurance covering the claim which merged into the Judgment.

"(b) In addition to subsection (a), any property in the United States of an agency or instrumentality of a foreign state engaged in commercial activity in the United States shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a Judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if -

"(1) the agency or instrumentality has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or implicitly, notwithstanding any withdrawal of the waiver the agency or instrumentality may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or

"(2) the Judgment relates to a claim for which the agency or instrumentality is not immune by virtue of section 1605(a) (2), (3), or (5), or 1605(b) of this chapter, regardless of whether the property is or was used for the activity upon which the claim is based.

"(c) No attachment or execution referred to in subsections (a) and (b) of this section shall be permitted until the court has ordered such attachment and execution after having determined that a reasonable period of time has elapsed following the entry Of Judgment and the giving of any notice required under section 1608(e) of this chapter.

"(d) The property of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment prior to the entry of Judgment in any action brought in a court of the United States or of a State, or prior to the elapse of the period of time provided in subsection (c) of this section, if-

"(1) the foreign state has explicitly waived its immunity, from attachment prior to Judgment, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waivers and

"(2) the purpose of the attachment is to secure satisfaction of a Judgment that has been or may ultimately be entered against the foreign state, and not to obtain Jurisdiction.

"§ 1611. Certain types of property immune from execution

"(a) Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter, the property of those organizations designated by the President as being entitled to enjoy the privileges, exemptions, and immunities provided by the International Organizations Immunities Act

shall not be subject to attachment or any other Judicial process impeding the disbursement of funds to, or on the order of a foreign state as the result of an action brought in the courts of the United States or of the States.

"(b) Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter, the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution, if -

"(1) the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account, unless such bank or authority, or its parent foreign government, has explicitly waived its immunity from attachment in aid of execution, or from execution, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the bank, authority or government may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver; or

"(2) the property is, or is intended to be, used in connection with a military activity and

"(A) is of a military character, or

"(B) is under the control of a military authority or defense agency. " (b) That the analysis of "PART IV - JURISDICTION AND VENUE" of title 28, United States Code, is amended by inserting after -

"95. Customs Court"

the following new item:

"97. Jurisdictional Immunities of Foreign States".

SEC. 5. That section 1391 of title 28, United States Code, is amended by adding at the end thereof the following new subsection:

"(f) A civil action against a foreign state as defined in section 1603(a) of this title may be brought-

"(1) in any Judicial district in which a substantial part of the events or omissions giving rise to the claim occurred, or a substantial part of property that is the subject of the action is situated;

"(2) in any judicial district in which the vessel or cargo of a foreign state is situated, if the claim is asserted under section 1605(b) of this titles

"(3) in any Judicial district in which the agency or instrumentality is licensed to do business or is doing business, if the action is brought against an agency or instrumentality of a foreign state as defined in section 1603(b) of this title, or

"(4) in the United States District Court for the District of Columbia if the action is brought against a foreign state or political subdivision thereof."

SEC.6. That section 1441 of title 28, United States Code, is amended by adding at the end thereof the following new subsection:

"(d) Any civil action brought in a State court against a foreign state as defined in section 1603(a) of this title may be removed by the foreign state to the district court of the United States for the district and division embracing the place where such action is pending. Upon removal the action shall be tried by the court without Jury. Where removal is based upon this subsection, the time limitations of section 1446(b) of this chapter may be enlarged at any time for cause shown.

"SEC.7. If any provision of this Act or the application thereof to any foreign state is held invalid, the invalidity does not affect other provisions or applications of the Act which can be given effect without the invalid provision or application, and to this end the provisions of this Act are severable.

SEC.8. This Act shall take effect ninety days after the date of its enactment.

Federal Arbitration Act
9 USC Sections 1 et seq.

Arbitration

Chapter 1. GENERAL PROVISIONS

Section 1. "Maritime transactions" and "commerce" defined; exceptions to operation of title

Section 2. Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate

Section 3. Stay of proceedings where issue therein referable to arbitration

Section 4. Failure to arbitrate under agreement; petition to United States court having jurisdiction for order to compel arbitration; notice and service thereof; hearing and determination

Section 5. Appointment of arbitrators or umpire

Section 6. Application heard as motion

Section 7. Witnesses before arbitrators; fees; compelling attendance

Section 8. Proceedings begun by libel in admiralty and seizure of vessel or property

Section 9. Award of arbitrators; confirmation; jurisdiction; procedure

Section 10. Same; vacation; grounds; rehearing.

Section 11. Same; modification or correction; grounds; order

Section 12. Notice of motions to vacate or modify; service; stay of proceedings

Section 13. Papers filed with order on motions; judgment; docketing; force and effect; enforcement

Section 14. Contracts not affected

Section 15. Inapplicability of the Act of State doctrine

Section 16. Appeals

Chapter 2. CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Section 201. Enforcement of Convention

Section 202. Agreement or award falling under the Convention

Section 203. Jurisdiction; amount in controversy

Section 204. Venue

Section 205. Removal of cases from State courts

Section 206. Order to compel arbitration; appointment of arbitrators

Section 207. Award of arbitrators; confirmation; jurisdiction; proceeding

Section 208. Chapter 1; residual application

Chapter 3. INTER-AMERICAN CONVENTION ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Section 301. Enforcement of Convention

Section 302. Incorporation by reference

Section 303. Order to compel arbitration; appointment of arbitrators; locale

Section 304. Recognition and enforcement of foreign arbitral decisions and awards; reciprocity

Section 305. Relationship between the Inter-American Convention and the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958

Section 306. Applicable rules of Inter-American Commercial Arbitration Commission

Section 307. Chapter 1; residual application

Chapter 1. GENERAL PROVISIONS

Section 1. "Maritime transactions" and "commerce" defined; exceptions to operation of title

"Maritime transaction", as herein defined, means charter parties, bills of lading of water carriers, agreements relating to wharfage, supplies furnished vessels or repairs to vessels, collisions, or any other matters in foreign commerce which, if the subject of controversy, would be embraced within admiralty jurisdiction; "commerce", as herein defined, means commerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory and any State or foreign nation, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation, but nothing herein contained shall apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce.

Section 2. Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate

A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.

Section 3. Stay of proceedings where issue therein referable to arbitration

If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement, providing the applicant for the stay is not in default in proceeding with such arbitration.

Section 4. Failure to arbitrate under agreement; petition to United States court having jurisdiction for order to compel arbitration; notice and service thereof; hearing and determination

A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court which, save for

such agreement, would have jurisdiction under Title 28, in a civil action or in admiralty of the subject matter of a suit arising out of the controversy between the parties, for an order directing that such arbitration proceed in the manner provided for in such agreement. Five days' notice in writing of such application shall be served upon the party in default. Service thereof shall be made in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure. The court shall hear the parties, and upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement. The hearing and proceedings, under such agreement, shall be within the district in which the petition for an order directing such arbitration is filed. If the making of the arbitration agreement or the failure, neglect, or refusal to perform the same be in issue, the court shall proceed summarily to the trial thereof. If no jury trial be demanded by the party alleged to be in default, or if the matter in dispute is within admiralty jurisdiction, the court shall hear and determine such issue. Where such an issue is raised, the party alleged to be in default may, except in cases of admiralty, on or before the return day of the notice of application, demand a jury trial of such issue, and upon such demand the court shall make an order referring the issue or issues to a jury in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure, or may specially call a jury for that purpose. If the jury find that no agreement in writing for arbitration was made or that there is no default in proceeding thereunder, the proceeding shall be dismissed. If the jury find that an agreement for arbitration was made in writing and that there is a default in proceeding thereunder, the court shall make an order summarily directing the parties to proceed with the arbitration in accordance with the terms thereof.

Section 5. Appointment of arbitrators or umpire

If in the agreement provision be made for a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators or an umpire, such method shall be followed; but if no method be provided therein, or if a method be provided and any party thereto shall fail to avail himself of such method, or if for any other reason there shall be a lapse in the naming of an arbitrator or arbitrators or umpire, or in filling a vacancy, then upon the application of either party to the controversy the court shall designate and appoint an arbitrator or arbitrators or umpire, as the case may require, who shall act under the said agreement with the same force and effect as if he or they had been specifically named therein; and unless otherwise provided in the agreement the arbitration shall be by a single arbitrator.

Section 6. Application heard as motion

Any application to the court hereunder shall be made and heard in the manner provided by law for the making and hearing of motions, except as otherwise herein expressly provided.

Section 7. Witnesses before arbitrators; fees; compelling attendance

The arbitrators selected either as prescribed in this title or otherwise, or a majority of them, may summon in writing any person to attend before them or any of them as a witness and in a proper case to bring with him or them any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case. The fees for such attendance shall be the same as the fees of witnesses before masters of the United States courts. Said summons shall issue in the name of the arbitrator or arbitrators, or a majority of them, and shall be signed by the arbitrators, or a majority of them, and shall be directed to the said person and shall be served in the same manner as subpoenas to appear and testify before the court; if any person or persons so summoned to testify shall refuse or neglect to obey said summons, upon petition the United States district court for the district in which such arbitrators, or a majority of them, are sitting may compel the attendance of such person or persons before said arbitrator or arbitrators, or punish said person or persons for contempt in the same manner provided by law for securing the attendance of witnesses or their punishment for neglect or refusal to attend in the courts of the United States.

Section 8. Proceedings begun by libel in admiralty and seizure of vessel or property

If the basis of jurisdiction be a cause of action otherwise justiciable in admiralty, then, notwithstanding anything herein to the contrary, the party claiming to be aggrieved may begin his proceeding hereunder by seizure of the vessel or other property of the other party according to the usual course of admiralty proceedings, and the court shall then have jurisdiction to direct the parties to proceed with the arbitration and shall retain jurisdiction to enter its decree upon the award.

Section 9. Award of arbitrators; confirmation; jurisdiction; procedure

If the parties in their agreement have agreed that a judgment of the court shall be entered upon the award made pursuant to the arbitration, and shall specify the court, then at any time within one year after the award is made any party to the arbitration may apply to the court so specified for an order confirming the award, and thereupon the court must grant such an order unless the award is vacated, modified, or corrected as prescribed in sections 10 and 11 of this title. If no court is specified in the agreement of the parties, then such application may be made to the United States court in and for the district within which such award was made. Notice of the application shall be served upon the adverse party, and thereupon the court shall

have jurisdiction of such party as though he had appeared generally in the proceeding. If the adverse party is a resident of the district within which the award was made, such service shall be made upon the adverse party or his attorney as prescribed by law for service of notice of motion in an action in the same court. If the adverse party shall be a nonresident, then the notice of the application shall be served by the marshal of any district within which the adverse party may be found in like manner as other process of the court.

Section 10. Same; vacation; grounds; rehearing

- a. In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration
 1. Where the award was procured by corruption, fraud, or undue means.
 2. Where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them.
 3. Where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced.
 4. Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.
 5. Where an award is vacated and the time within which the agreement required the award to be made has not expired the court may, in its discretion, direct a rehearing by the arbitrators.

- b. The United States district court for the district wherein an award was made that was issued pursuant to section 590 of title 5 may make an order vacating the award upon the application of a person, other than a party to the arbitration, who is adversely affected or aggrieved by the award, if the use of arbitration or the award is clearly inconsistent with the factors set forth in section 582 of title 5.

Section 11. Same; modification or correction; grounds; order

In either of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order modifying or correcting the award upon the application of any party to the arbitration –

- a. Where there was an evident material miscalculation of figures or an evident material mistake in the description of any person, thing, or property referred to in the award.

- b. Where the arbitrators have awarded upon a matter not submitted to them, unless it is a matter not affecting the merits of the decision upon the matter submitted.

- c. Where the award is imperfect in matter of form not affecting the merits of the controversy.

The order may modify and correct the award, so as to effect the intent thereof and promote justice between the parties.

Section 12. Notice of motions to vacate or modify; service; stay of proceedings

Notice of a motion to vacate, modify, or correct an award must be served upon the adverse party or his attorney within three months after the award is filed or delivered. If the adverse party is a resident of the district within which the award was made, such service shall be made upon the adverse party or his attorney as prescribed by law for service of notice of motion in an action in the same court. If the adverse party shall be a nonresident then the notice of the application shall be served by the marshal of any district within which the adverse party may be found in like manner as other process of the court. For the purposes of the motion any judge who might make an order to stay the proceedings in an action brought in the same court may make an order, to be served with the notice of motion, staying the proceedings of the adverse party to enforce the award.

Section 13. Papers filed with order on motions; judgment; docketing; force and effect; enforcement

The party moving for an order confirming, modifying, or correcting an award shall, at the time such order is filed with the clerk for the entry of judgment thereon, also file the following papers with the clerk:

- a. The agreement; the selection or appointment, if any, of an additional arbitrator or umpire; and each written extension of the time, if any, within which to make the award.
- b. The award.
- c. Each notice, affidavit, or other paper used upon an application to confirm, modify, or correct the award, and a copy of each order of the court upon such an application.

The judgment shall be docketed as if it was rendered in an action.

The judgment so entered shall have the same force and effect, in all respects, as, and be subject to all the provisions of law relating to, a judgment in an action; and it may be enforced as if it had been rendered in an action in the court in which it is entered.

Section 14. Contracts not affected

This title shall not apply to contracts made prior to January 1, 1926.

Section 15. Inapplicability of the Act of State doctrine

Enforcement of arbitral agreements, confirmation of arbitral awards, and execution upon judgments based on orders confirming such awards shall not be refused on the basis of the Act of State doctrine.

Section 16. Appeals

- a. An appeal may be taken from
 1. an order
 - A. refusing a stay of any action under section 3 of this title,
 - B. denying a petition under section 4 of this title to order arbitration to proceed,
 - C. denying an application under section 206 of this title to compel arbitration,
 - D. confirming or denying confirmation of an award or partial award, or
 - E. modifying, correcting, or vacating an award;

2. an interlocutory order granting, continuing, or modifying an injunction against an arbitration that is subject to this title; or
 3. a final decision with respect to an arbitration that is subject to this title.
- b. Except as otherwise provided in section 1292(b) of title 28, an appeal may not be taken from an interlocutory order –
1. granting a stay of any action under section 3 of this title;
 2. directing arbitration to proceed under section 4 of this title;
 3. compelling arbitration under section 206 of this title; or
 4. refusing to enjoin an arbitration that is subject to this title.

Chapter 2. CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Section 201. Enforcement of Convention

The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958, shall be enforced in United States courts in accordance with this chapter.

Section 202. Agreement or award falling under the Convention

An arbitration agreement or arbitral award arising out of a legal relationship, whether contractual or not, which is considered as commercial, including a transaction, contract, or agreement described in section 2 of this title, falls under the Convention. An agreement or award arising out of such a relationship which is entirely between citizens of the United States shall be deemed not to fall under the Convention unless that relationship involves property located abroad, envisages performance or enforcement abroad, or has some other reasonable relation with one or more foreign states. For the purpose of this section a corporation is a citizen of the United States if it is incorporated or has its principal place of business in the United States.

Section 203. Jurisdiction; amount in controversy

An action or proceeding falling under the Convention shall be deemed to arise under the laws and treaties of the United States. The district courts of the United States (including the courts enumerated in section 460 of title 28) shall have original jurisdiction over such an action or proceeding, regardless of the amount in controversy.

Section 204. Venue

An action or proceeding over which the district courts have jurisdiction pursuant to section 203 of this title may be brought in any such court in which save for the arbitration agreement an action or proceeding with respect to the controversy between the parties could be brought, or in such court for the district and division which embraces the place designated in the agreement as the place of arbitration if such place is within the United States.

Section 205. Removal of cases from State courts

Where the subject matter of an action or proceeding pending in a State court relates to an arbitration agreement or award falling under the Convention, the defendant or the defendants may, at any time before the trial thereof, remove such action or proceeding to the district court of the United States for the district and division embracing the place where the action or proceeding is pending. The procedure for removal of causes otherwise provided by law shall apply, except that the ground for removal provided in this section need not appear on the face of the complaint but may be shown in the petition for removal. For the purposes of Chapter 1 of this title any action or proceeding removed under this section shall be deemed to have been brought in the district court to which it is removed.

Section 206. Order to compel arbitration; appointment of arbitrators

A court having jurisdiction under this chapter may direct that arbitration be held in accordance with the agreement at any place therein provided for, whether that place is within or without the United States. Such court may also appoint arbitrators in accordance with the provisions of the agreement.

Section 207. Award of arbitrators; confirmation; jurisdiction; proceeding

Within three years after an arbitral award falling under the Convention is made, any party to the arbitration may apply to any court having jurisdiction under this chapter for an order confirming the award as against any other party to the arbitration. The court shall confirm the award unless it finds one of the grounds for refusal or deferral of recognition or enforcement of the award specified in the said Convention.

Section 208. Chapter 1; residual application

Chapter 1 applies to actions and proceedings brought under this chapter to the extent that chapter is not in conflict with this chapter or the Convention as ratified by the United States.

Chapter 3. INTER-AMERICAN CONVENTION ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Section 301. Enforcement of Convention

The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration of January 30, 1975, shall be enforced in United States courts in accordance with this chapter.

Section 302. Incorporation by reference

Sections 202, 203, 204, 205, and 207 of this title shall apply to this chapter as if specifically set forth herein, except that for the purposes of this chapter "the Convention" shall mean the Inter-American Convention.

Section 303. Order to compel arbitration; appointment of arbitrators; locale

(a) A court having jurisdiction under this chapter may direct that arbitration be held in accordance with the agreement at any place therein provided for, whether that place is within or without the United States. The court may also appoint arbitrators in accordance with the provisions of the agreement.

(b) In the event the agreement does not make provision for the place of arbitration or the appointment of arbitrators, the court shall direct that the arbitration shall be held and the arbitrators be appointed in accordance with Article 3 of the Inter-American Convention.

Section 304. Recognition and enforcement of foreign arbitral decisions and awards; reciprocity

Arbitral decisions or awards made in the territory of a foreign State shall, on the basis of reciprocity, be recognized and enforced under this chapter only if that State has ratified or acceded to the Inter-American Convention.

Section 305. Relationship between the Inter-American Convention and the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958

When the requirements for application of both the Inter-American Convention and the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958, are met, determination as to which Convention applies shall, unless otherwise expressly agreed, be made as follows:

1. If a majority of the parties to the arbitration agreement are citizens of a State or States that have ratified or acceded to the Inter-American Convention and are member States of the Organization of American States, the Inter-American Convention shall apply.

2. In all other cases the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958, shall apply.

Section 306. Applicable rules of Inter-American Commercial Arbitration Commission

- a. For the purposes of this chapter the rules of procedure of the Inter-American Commercial Arbitration Commission referred to in Article 3 of the Inter-American Convention shall, subject to subsection (b) of this section, be those rules as promulgated by the Commission on July 1, 1988.

- b. In the event the rules of procedure of the Inter-American Commercial Arbitration Commission are modified or amended in accordance with the procedures for amendment of the rules of that Commission, the Secretary of State, by regulation in accordance with section 553 of title 5, consistent with the aims and purposes of this Convention, may prescribe that such modifications or amendments shall be effective for purposes of this chapter.

Section 307. Chapter 1; residual application

Chapter 1 applies to actions and proceedings brought under this chapter to the extent chapter 1 is not in conflict with this chapter or the Inter-American Convention as ratified by the United States.

State Immunity Act 1978

CHAPTER 33

An Act to make new provision with respect to proceedings in the United Kingdom by or against other States; to provide for the effect of judgments given against the United Kingdom in the courts of States parties to the European Convention on State Immunity; to make new provision with respect to the immunities and privileges of heads of State; and for connected purposes.

[20th July 1978]

Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:

Part I Proceedings in United Kingdom by or against other States

Immunity from jurisdiction

1 General immunity from jurisdiction

(1) A State is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions of this Part of this Act.

(2) A court shall give effect to the immunity conferred by this section even though the State does not appear in the proceedings in question.

Exceptions from immunity

2 Submission to jurisdiction

(1) A State is not immune as respects proceedings in respect of which it has submitted to the jurisdiction of the courts of the United Kingdom.

(2) A State may submit after the dispute giving rise to the proceedings has arisen or by a prior written agreement; but a provision in any agreement that it is to be governed by the law of the United Kingdom is not to be regarded as a submission.

(3) A State is deemed to have submitted

(a) if it has instituted the proceedings; or

(b) subject to subsections (4) and (5) below, if it has intervened or taken any step in the proceedings.

(4) Subsection (3) (b) above does not apply to intervention or any step taken for the purpose only of

(a) claiming immunity; or

(b) asserting an interest in property in circumstances such that the State would have been entitled to immunity if the proceedings had been brought against it.

(5) Subsection (3)(b) above does not apply to any step taken by the State in ignorance of facts entitling it to immunity if those facts could not reasonably have been ascertained and immunity is claimed as soon as reasonably practicable.

(6) A submission in respect of any proceedings extends to any appeal but not to any counter-claim unless it arises out of the same legal relationship or facts as the claim.

(7) The head of a State's diplomatic mission in the United Kingdom, or the person for the time being performing his functions, shall be deemed to have authority to submit on behalf of the State in respect of any proceedings; and any person who has entered into a contract on behalf of and with the authority of a State shall be deemed to have authority to submit on its behalf in respect of proceedings arising out of the contract.

3 Commercial transactions and contracts to be performed in United Kingdom

(1) A State is not immune as respects proceedings relating to

(a) a commercial transaction entered into by the State; or

(b) an obligation of the State which by virtue of a contract (whether a commercial transaction or not) falls to be performed wholly or partly in the United Kingdom.

(2) This section does not apply if the parties to the dispute are States or have otherwise agreed in writing; and subsection (1)(b) above does not apply if the contract (not being a commercial transaction) was made in the territory of the State concerned and the obligation in question is governed by its administrative law.

(3) In this section " commercial transaction " means

(a) any contract for the supply of goods or services;

(b) any loan or other transaction for the provision of finance and any guarantee or indemnity in respect of any such transaction or of any other financial obligation ; and

(c) any other transaction or activity (whether of a commercial, industrial, financial, professional or other similar character) into which a State enters or in which it engages otherwise than in the exercise of sovereign authority;

but neither paragraph of subsection (1) above applies to a contract of employment between a State and an individual.

4 Contracts of employment

(1) A State is not immune as respects proceedings relating to a contract of employment between the State and an individual where the contract was made in the United Kingdom or the work is to be wholly or partly performed there.

(2) Subject to subsections (3) and (4) below, this section does not apply if—

(a) at the time when the proceedings are brought the individual is a national of the State concerned ; or

(b) at the time when the contract was made the individual was neither a national of the United Kingdom nor habitually resident there ; or

(c) the parties to the contract have otherwise agreed in writing.

(3) Where the work is for an office, agency or establishment maintained by the State in the United Kingdom for commercial purposes, subsection (2) (a) and (b) above do not exclude the application of this section unless the individual was, at the time when the contract was made, habitually resident in that State.

(4) Subsection (2)(c) above does not exclude the application of this section where the law of the United Kingdom requires the proceedings to be brought before a court of the United Kingdom.

(5) In subsection (2)(b) above " national of the United Kingdom " means a citizen of the United Kingdom and Colonies, a person who is a British subject by virtue of section 2, 13 or 16 of the British Nationality Act 1948 or by virtue of the British Nationality Act 1965, a British protected person within the meaning of the said Act of 1948 or a citizen of Southern Rhodesia.

(6) In this section " proceedings relating to a contract of employment " includes proceedings between the parties to such a contract in respect of any statutory rights or duties to which they are entitled or subject as employer or employee.

5 Personal injuries and damage to property

A State is not immune as respects proceedings in respect of

(a) death or personal injury; or

(b) damage to or loss of tangible property,
caused by an act or omission in the United Kingdom.

6 Ownership, possession and use of property

(1) A State is not immune as respects proceedings relating to

(a) any interest of the State in, or its possession or use of, immovable property in the United Kingdom; or

(b) any obligation of the State arising out of its interest in, or its possession or use of, any such property.

(2) A State is not immune as respects proceedings relating to any interest of the State in movable or immovable property, being an interest arising by way of succession, gift or bona vacantia.

(3) The fact that a State has or claims an interest in any property shall not preclude any court from exercising in respect of it any jurisdiction relating to the estates of deceased persons or persons of unsound mind or to insolvency, the winding up of companies or the administration of trusts.

(4) A court may entertain proceedings against a person other than a State notwithstanding that the proceedings relate to property—

(a) which is in the possession or control of a State; or

(b) in which a State claims an interest,

if the State would not have been immune had the proceedings been brought against it or, in a case within paragraph (b) above, if the claim is neither admitted nor supported by prima facie evidence.

7 Patents, trade-marks etc.

A State is not immune as respects proceedings relating to

(a) any patent, trade-mark, design or plant breeders' rights belonging to the State and registered or protected in the United Kingdom or for which the State has applied in the United Kingdom;

(b)an alleged infringement by the State in the United Kingdom of any patent, trade-mark, design, plant breeders' rights or copyright; or

(c)the right to use a trade or business name in the United Kingdom.

8Membership of bodies corporate etc.

(1)A State is not immune as respects proceedings relating to its membership of a body corporate, an unincorporated body or a partnership which

(a)has members other than States ; and

(b)is incorporated or constituted under the law of the United Kingdom or is controlled from or has its principal place of business in the United Kingdom,

being proceedings arising between the State and the body or its other members or, as the case may be, between the State and the other partners.

(2)This section does not apply if provision to the contrary has been made by an agreement in writing between the parties to the dispute or by the constitution or other instrument establishing or regulating the body or partnership in question.

9Arbitrations

(1)Where a State has agreed in writing to submit a dispute which has arisen, or may arise, to arbitration, the State is not immune as respects proceedings in the courts of the United Kingdom which relate to the arbitration.

(2)This section has effect subject to any contrary provision in the arbitration agreement and does not apply to any arbitration agreement between States.

10Ships used for commercial purposes

(1)This section applies to

(a)Admiralty proceedings ; and

(b)proceedings on any claim which could be made the subject of Admiralty proceedings.

(2)A State is not immune as respects

(a)an action in rem against a ship belonging to that State;

or

(b)an action in personam for enforcing a claim in connection with such a ship, if, at the time when the cause of action arose, the ship was in use or intended for use for commercial purposes.

(3)Where an action in rem is brought against a ship belonging to a State for enforcing a claim in connection with another ship belonging to that State, subsection (2) to) above does not apply as respects the first-mentioned ship unless, at the time when the cause of action relating to the other ship arose, both ships were in use or intended for use for commercial purposes.

(4)A State is not immune as respects

(a)an action in rem against a cargo belonging to that State if both the cargo and the ship carrying it were, at the time when the cause of action arose, in use or intended for use for commercial purposes; or

(b)an action in personam for enforcing a claim in connection with such a cargo if the ship carrying it was then in use or intended for use as aforesaid.

(5)In the foregoing provisions references to a ship or cargo belonging to a State include references to a ship or cargo in its possession or control or in which it claims an interest; and, subject to subsection (4) above, subsection (2) above applies to property other than a ship as it applies to a ship.

(6)Sections 3 to 5 above do not apply to proceedings of the kind described in subsection (1) above if the State in question is a party to the Brussels Convention and the claim relates to the operation of a ship owned or operated by that State, the carriage of cargo or passengers on any such ship or the carriage of cargo owned by that State on any other ship.

11 Value added tax, customs duties etc.

A State is not immune as respects proceedings relating to its liability for

(a) value added tax, any duty of customs or excise or any agricultural levy; or

(b) rates in respect of premises occupied by it for commercial purposes.

Procedure

12 Service of process and judgments in default of appearance

(1) Any writ or other document required to be served for instituting proceedings against a State shall be served by being transmitted through the Foreign and Commonwealth Office to the Ministry of Foreign Affairs of the State and service shall be deemed to have been effected when the writ or document is received at the Ministry.

(2) Any time for entering an appearance (whether prescribed by rules of court or otherwise) shall begin to run two months after the date on which the writ or document is received as aforesaid.

(3) A State which appears in proceedings cannot thereafter object that subsection (1) above has not been complied with in the case of those proceedings.

(4) No judgment in default of appearance shall be given against a State except on proof that subsection (1) above has been complied with and that the time for entering an appearance as extended by subsection (2) above has expired.

(5) A copy of any judgment given against a State in default of appearance shall be transmitted through the Foreign and Commonwealth Office to the Ministry of Foreign Affairs of that State and any time for applying to have the judgment set aside (whether prescribed by rules of court or otherwise) shall begin to run two months after the date on which the copy of the judgment is received at the Ministry.

(6) Subsection (1) above does not prevent the service of a writ or other document in any manner to which the State has agreed and subsections (2) and (4) above do not apply where service is effected in any such manner.

(7) This section shall not be construed as applying to proceedings against a State by way of counter-claim or to an action in rem; and subsection (1) above shall not be construed as affecting any rules of court whereby leave is required for the service of process outside the jurisdiction.

13 Other procedural privileges

(1) No penalty by way of committal or fine shall be imposed in respect of any failure or refusal by or on behalf of a State to disclose or produce any document or other information for the purposes of proceedings to which it is a party.

(2) Subject to subsections (3) and (4) below—

(a) relief shall not be given against a State by way of injunction or order for specific performance or for the recovery of land or other property ; and

(b) the property of a State shall not be subject to any process for the enforcement of a judgment or arbitration award or, in an action in rem, for its arrest, detention or sale.

(3) Subsection (2) above does not prevent the giving of any relief or the issue of any process with the written consent of the State concerned ; and any such consent (which may be contained in a prior agreement) may be expressed so as to apply to a limited extent or generally; but a provision merely submitting to the jurisdiction of the courts is not to be regarded as a consent for the purposes of this subsection.

(4) Subsection (2) (b) above does not prevent the issue of any process in respect of property which is for the time being in use or intended for use for commercial purposes; but, in a case not falling within section 10 above, this subsection applies to property of a State party to the European Convention on State Immunity only if—

(a) the process is for enforcing a judgment which is final within the meaning of section 18(1)(b) below and the State has made a declaration under Article 24 of the Convention; or

(b) the process is for enforcing an arbitration award.

(5) The head of a State's diplomatic mission in the United Kingdom, or the person for the time being performing his functions, shall be deemed to have authority to give on behalf of the State any such consent as is mentioned in subsection (3) above and, for the purposes of subsection (4) above, his certificate to the effect that any property is not in use or intended for use by or on behalf of the State for commercial purposes shall be accepted as sufficient evidence of that fact unless the contrary is proved.

(6) In the application of this section to Scotland—

(a)the reference to " injunction " shall be construed as a reference to " interdict" ;

(b)for paragraph (b) of subsection (2) above there shall be substituted the following paragraph—

“(b)the property of a State shall not be subject to any diligence for enforcing a judgment or order of a court or a decree arbitral or, in an action in rem, to arrestment or sale.”; and

(c)any reference to " process" shall be construed as a reference to " diligence", any reference to " the issue of any process " as a reference to " the doing of diligence " and the reference in subsection (4) (b) above to " an arbitration award " as a reference to " a decree arbitral".

Supplementary provisions

14States entitled to immunities and privileges

(1)The immunities and privileges conferred by this Part of this Act apply to any foreign or commonwealth State other than the United Kingdom ; and references to a State include references to—

(a)the sovereign or other head of that State in his public capacity;

(b)the government of that State; and

(c)any department of that government,

but not to any entity (hereafter referred to as a " separate entity") which is distinct from the executive organs of the government of the State and capable of suing or being sued.

(2)A separate entity is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom if, and only if—

(a)the proceedings relate to anything done by it in the exercise of sovereign authority; and

(b)the circumstances are such that a State (or, in the case of proceedings to which section 10 above applies, a State which is not a party to the Brussels Convention) would have been so immune.

(3)If a separate entity (not being a State's central bank or other monetary authority) submits to the jurisdiction in respect of proceedings in the case of which it is entitled to immunity by

virtue of subsection (2) above, subsections (1) to (4) of section 13 above shall apply to it in respect of those proceedings as if references to a State were references to that entity.

(4)Property of a State's central bank or other monetary authority shall not be regarded for the purposes of subsection (4) of section 13 above as in use or intended for use for commercial purposes; and where any such bank or authority is a separate entity subsections (1) to (3) of that section shall apply to it as if references to a State were references to the bank or authority.

(5)Section 12 above applies to proceedings against the constituent territories of a federal State ; and Her Majesty may by Order in Council provide for the other provisions of this Part of this Act to apply to any such constituent territory specified in the Order as they apply to a State.

(6)Where the provisions of this Part of this Act do not apply to a constituent territory by virtue of any such Order subsections (2) and (3) above shall apply to it as if it were a separate entity.

15Restriction and extension of immunities and privileges

(1)If it appears to Her Majesty that the immunities and privileges conferred by this Part of this Act in relation to any State—

(a)exceed those accorded by the law of that State in relation to the United Kingdom ; or

(b)are less than those required by any treaty, convention or other international agreement to which that State and the United Kingdom are parties,

Her Majesty may by Order in Council provide for restricting or, as the case may be, extending those immunities and privileges to such extent as appears to Her Majesty to be appropriate.

(2)Any statutory instrument containing an Order under this section shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

16Excluded matters

(1)This Part of this Act does not affect any immunity or privilege conferred by the Diplomatic Privileges Act 1964 or the Consular Relations Act 1968 ; and—

(a) section 4 above does not apply to proceedings concerning the employment of the members of a mission within the meaning of the Convention scheduled to the said Act of 1964 or of the members of a consular post within the meaning of the Convention scheduled to the said Act of 1968 ;

(b) section 6(1) above does not apply to proceedings concerning a State's title to or its possession of property used for the purposes of a diplomatic mission.

(2) This Part of this Act does not apply to proceedings relating to anything done by or in relation to the armed forces of a State while present in the United Kingdom and, in particular, has effect subject to the Visiting Forces Act 1952.

(3) This Part of this Act does not apply to proceedings to which section 17(6) of the Nuclear Installations Act 1965 applies.

(4) This Part of this Act does not apply to criminal proceedings.

(5) This Part of this Act does not apply to any proceedings relating to taxation other than those mentioned in section 11 above.

17 Interpretation of Part I

(1) In this Part of this Act—

- " the Brussels Convention " means the International Convention for the Unification of Certain Rules Concerning the Immunity of State-owned Ships signed in Brussels on 10th April 1926 ;
- " commercial purposes" means purposes of such transactions or activities as are mentioned in section 3(3) above;
- " ship " includes hovercraft.

(2) In sections 2(2) and 13(3) above references to an agreement include references to a treaty, convention or other international agreement.

(3) For the purposes of sections 3 to 8 above the territory of the United Kingdom shall be deemed to include any dependent territory in respect of which the United Kingdom is a party to the European Convention on State Immunity.

(4) In sections 3(1), 4(1), 5 and 16(2) above references to the United Kingdom include references to its territorial waters and any area designated under section 1(7) of the Continental Shelf Act 1964.

(5) In relation to Scotland in this Part of this Act " action in rem " means such an action only in relation to Admiralty proceedings.

Part II Judgments against United Kingdom in Convention States

18 Recognition of judgments against United Kingdom

(1) This section applies to any judgment given against the United Kingdom by a court in another State party to the European Convention on State Immunity, being a judgment—

(a) given in proceedings in which the United Kingdom was not entitled to immunity by virtue of provisions corresponding to those of sections 2 to 11 above; and

(b) which is final, that is to say, which is not or is no longer subject to appeal or, if given in default of appearance, liable to be set aside.

(2) Subject to section 19 below, a judgment to which this section applies shall be recognised in any court in the United Kingdom as conclusive between the parties thereto in all proceedings founded on the same cause of action and may be relied on by way of defence or counter-claim in such proceedings.

(3) Subsection (2) above (but not section 19 below) shall have effect also in relation to any settlement entered into by the United Kingdom before a court in another State party to the Convention which under the law of that State is treated as equivalent to a judgment.

(4) In this section references to a court in a State party to the Convention include references to a court in any territory in respect of which it is a party.

19 Exceptions to recognition

(1) A court need not give effect to section 18 above in the case of a judgment—

(a) if to do so would be manifestly contrary to public policy or if any party to the proceedings in which the judgment was given had no adequate opportunity to present his case; or

(b)if the judgment was given without provisions corresponding to those of section 12 above having been complied with and the United Kingdom has not entered an appearance or applied to have the judgment set aside.

(2)A court need not give effect to section 18 above in the case of a judgment—

(a)if proceedings between the same parties, based on the same facts and having the same purpose—

(i)are pending before a court in the United Kingdom and were the first to be instituted ; or

(ii)are pending before a court in another State party to the Convention, were the first to be instituted and may result in a judgment to which that section will apply; or

(b)if the result of the judgment is inconsistent with the result of another judgment given in proceedings between the same parties and—

(i)the other judgment is by a court in the United Kingdom and either those proceedings were the first to be instituted or the judgment of that court was given before the first-mentioned judgment became final within the meaning of subsection (1)(b) of section 18 above ; or

(ii)the other judgment is by a court in another State party to the Convention and that section has already become applicable to it.

(3)Where the judgment was given against the United Kingdom in proceedings in respect of which the United Kingdom was not entitled to immunity by virtue of a provision corresponding to section 6(2) above, a court need not give effect to section 18 above in respect of the judgment if the court that gave the judgment—

(a)would not have had jurisdiction in the matter if it had applied rules of jurisdiction corresponding to those applicable to such matters in the United Kingdom; or

(b)applied a law other than that indicated by the United Kingdom rules of private international law and would have reached a different conclusion if it had applied the law so indicated.

(4)In subsection (2) above references to a court in the United Kingdom include (references to a court in any dependent territory in respect of which the United Kingdom is a party to the

Convention, and references to a court in another State party to the Convention include references to a court in any territory in respect of which it is a party.

Part III Miscellaneous and Supplementary

20 Heads of State

(1) Subject to the provisions of this section and to any necessary modifications, the Diplomatic Privileges Act 1964 shall apply to—

- (a) a sovereign or other head of State;
- (b) members of his family forming part of his household; and
- (c) his private servants,

as it applies to the head of a diplomatic mission, to members of his family forming part of his household and to his private servants.

(2) The immunities and privileges conferred by virtue of subsection (1)(a) and (b) above shall not be subject to the restrictions by reference to nationality or residence mentioned in Article 37(1) or 38 in Schedule 1 to the said Act of 1964.

(3) Subject to any direction to the contrary by the Secretary of State, a person on whom immunities and privileges are conferred by virtue of subsection (1) above shall be entitled to the exemption conferred by section 8(3) of the Immigration Act 1971.

(4) Except as respects value added tax and duties of customs or excise, this section does not affect any question whether a person is exempt from, or immune as respects proceedings relating to, taxation.

(5) This section applies to the sovereign or other head of any State on which immunities and privileges are conferred by Part I of this Act and is without prejudice to the application of that Part to any such sovereign or head of State in his public capacity.

21 Evidence by certificate

A certificate by or on behalf of the Secretary of State shall be conclusive evidence on any question—

(a) whether any country is a State for the purposes of Part I of this Act, whether any territory is a constituent territory of a federal State for those purposes or as to the person or persons to be regarded for those purposes as the head or government of a State;

(b) whether a State is a party to the Brussels Convention mentioned in Part I of this Act;

(c) whether a State is a party to the European Convention on State Immunity, whether it has made a declaration under Article 24 of that Convention or as to the territories in respect of which the United Kingdom or any other State is a party ;

(d) whether, and if so when, a document has been served or received as mentioned in section 12(1) or (5) above.

22 General interpretation

(1) In this Act " court" includes any tribunal or body exercising judicial functions; and references to the courts or law of the United Kingdom include references to the courts or law of any part of the United Kingdom.

(2) In this Act references to entry of appearance and judgments in default of appearance include references to any corresponding procedures.

(3) In this Act "the European Convention on State Immunity " means the Convention of that name signed in Basle on 16th May 1972.

(4) In this Act " dependent territory " means—

(a) any of the Channel Islands;

(b) the Isle of Man;

(c) any colony other than one for whose external relations a country other than the United Kingdom is responsible ; or

(d) any country or territory outside Her Majesty's dominions in which Her Majesty has jurisdiction in right of the government of the United Kingdom.

(5) Any power conferred by this Act to make an Order in Council includes power to vary or revoke a previous Order.

23 Short title, repeals, commencement and extent

(1) This Act may be cited as the State Immunity Act 1978.

(2) Section 13 of the Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act 1938 and section 7 of the Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1940 (which become unnecessary in consequence of Part I of this Act) are hereby repealed.

(3) Subject to subsection (4) below, Parts I and II of this Act do not apply to proceedings in respect of matters that occurred before the date of the coming into force of this Act and, in particular—

(a) sections 2(2) and 13(3) do not apply to any prior agreement, and

(b) sections 3, 4 and 9 do not apply to any transaction, contract or arbitration agreement, entered into before that date.

(4) Section 12 above applies to any proceedings instituted after the coming into force of this Act.

(5) This Act shall come into force on such date as may be specified by an order made by the Lord Chancellor by statutory instrument

(6) This Act extends to Northern Ireland.

(7) Her Majesty may by Order in Council extend any of the provisions of this Act, with or without modification, to any dependent territory

Arbitration Act 1996

CHAPTER 23

An Act to restate and improve the law relating to arbitration pursuant to an arbitration agreement; to make other provision relating to arbitration and arbitration awards; and for connected purposes.

[17th June 1996]

Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:

Part I Arbitration pursuant to an arbitration agreement

Introductory

1 General principles

The provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly

(a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense;

(b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest;

(c) in matters governed by this Part the court should not intervene except as provided by this Part.

2 Scope of application of provisions

(1) The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland.

(2) The following sections apply even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined—

(a) sections 9 to 11 (stay of legal proceedings, &c.), and

(b) section 66 (enforcement of arbitral awards).

(3) The powers conferred by the following sections apply even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined—

(a) section 43 (securing the attendance of witnesses), and

(b) section 44 (court powers exercisable in support of arbitral proceedings);

but the court may refuse to exercise any such power if, in the opinion of the court, the fact that the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland, or that when designated or determined the seat is likely to be outside England and Wales or Northern Ireland, makes it inappropriate to do so.

(4)The court may exercise a power conferred by any provision of this Part not mentioned in subsection (2) or (3) for the purpose of supporting the arbitral process where—

(a)no seat of the arbitration has been designated or determined, and

(b)by reason of a connection with England and Wales or Northern Ireland the court is satisfied that it is appropriate to do so.

(5)Section 7 (separability of arbitration agreement) and section 8 (death of a party) apply where the law applicable to the arbitration agreement is the law of England and Wales or Northern Ireland even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or has not been designated or determined.

3The seat of the arbitration

In this Part “the seat of the arbitration” means the juridical seat of the arbitration designated—

(a)by the parties to the arbitration agreement, or

(b)by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in that regard, or

(c)by the arbitral tribunal if so authorised by the parties,

or determined, in the absence of any such designation, having regard to the parties' agreement and all the relevant circumstances.

4Mandatory and non-mandatory provisions

(1)The mandatory provisions of this Part are listed in Schedule 1 and have effect notwithstanding any agreement to the contrary.

(2)The other provisions of this Part (the “non-mandatory provisions”) allow the parties to make their own arrangements by agreement but provide rules which apply in the absence of such agreement.

(3)The parties may make such arrangements by agreeing to the application of institutional rules or providing any other means by which a matter may be decided.

(4) It is immaterial whether or not the law applicable to the parties' agreement is the law of England and Wales or, as the case may be, Northern Ireland.

(5) The choice of a law other than the law of England and Wales or Northern Ireland as the applicable law in respect of a matter provided for by a non-mandatory provision of this Part is equivalent to an agreement making provision about that matter.

For this purpose an applicable law determined in accordance with the parties' agreement, or which is objectively determined in the absence of any express or implied choice, shall be treated as chosen by the parties.

5 Agreements to be in writing

(1) The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing.

The expressions "agreement", "agree" and "agreed" shall be construed accordingly.

(2) There is an agreement in writing

(a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties),

(b) if the agreement is made by exchange of communications in writing, or

(c) if the agreement is evidenced in writing.

(3) Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing.

(4) An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement.

(5) An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise than in writing is alleged by one party against another party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged.

(6)References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means.

The arbitration agreement

6Definition of arbitration agreement

(1)In this Part an “arbitration agreement” means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not).

(2)The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of the agreement.

7Separability of arbitration agreement

Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement.

8Whether agreement discharged by death of a party

(1)Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement is not discharged by the death of a party and may be enforced by or against the personal representatives of that party.

(2)Subsection (1) does not affect the operation of any enactment or rule of law by virtue of which a substantive right or obligation is extinguished by death.

Stay of legal proceedings

9Stay of legal proceedings

(1)A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter.

(2) An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures.

(3) An application may not be made by a person before taking the appropriate procedural step (if any) to acknowledge the legal proceedings against him or after he has taken any step in those proceedings to answer the substantive claim.

(4) On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed.

(5) If the court refuses to stay the legal proceedings, any provision that an award is a condition precedent to the bringing of legal proceedings in respect of any matter is of no effect in relation to those proceedings.

10 Reference of interpleader issue to arbitration

(1) Where in legal proceedings relief by way of interpleader is granted and any issue between the claimants is one in respect of which there is an arbitration agreement between them, the court granting the relief shall direct that the issue be determined in accordance with the agreement unless the circumstances are such that proceedings brought by a claimant in respect of the matter would not be stayed.

(2) Where subsection (1) applies but the court does not direct that the issue be determined in accordance with the arbitration agreement, any provision that an award is a condition precedent to the bringing of legal proceedings in respect of any matter shall not affect the determination of that issue by the court.

11 Retention of security where Admiralty proceedings stayed

(1) Where Admiralty proceedings are stayed on the ground that the dispute in question should be submitted to arbitration, the court granting the stay may, if in those proceedings property has been arrested or bail or other security has been given to prevent or obtain release from arrest

(a) order that the property arrested be retained as security for the satisfaction of any award given in the arbitration in respect of that dispute, or

(b) order that the stay of those proceedings be conditional on the provision of equivalent security for the satisfaction of any such award.

(2) Subject to any provision made by rules of court and to any necessary modifications, the same law and practice shall apply in relation to property retained in pursuance of an order as would apply if it were held for the purposes of proceedings in the court making the order.

Commencement of arbitral proceedings

12 Power of court to extend time for beginning arbitral proceedings, &c

(1) Where an arbitration agreement to refer future disputes to arbitration provides that a claim shall be barred, or the claimant's right extinguished, unless the claimant takes within a time fixed by the agreement some step—

(a) to begin arbitral proceedings, or

(b) to begin other dispute resolution procedures which must be exhausted before arbitral proceedings can be begun,

the court may by order extend the time for taking that step.

(2) Any party to the arbitration agreement may apply for such an order (upon notice to the other parties), but only after a claim has arisen and after exhausting any available arbitral process for obtaining an extension of time.

(3) The court shall make an order only if satisfied—

(a) that the circumstances are such as were outside the reasonable contemplation of the parties when they agreed the provision in question, and that it would be just to extend the time, or

(b) that the conduct of one party makes it unjust to hold the other party to the strict terms of the provision in question.

(4) The court may extend the time for such period and on such terms as it thinks fit, and may do so whether or not the time previously fixed (by agreement or by a previous order) has expired.

(5) An order under this section does not affect the operation of the Limitation Acts (see section 13).

(6) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

13 Application of Limitation Acts

(1) The Limitation Acts apply to arbitral proceedings as they apply to legal proceedings.

(2) The court may order that in computing the time prescribed by the Limitation Acts for the commencement of proceedings (including arbitral proceedings) in respect of a dispute which was the subject matter—

(a) of an award which the court orders to be set aside or declares to be of no effect, or

(b) of the affected part of an award which the court orders to be set aside in part, or declares to be in part of no effect,

the period between the commencement of the arbitration and the date of the order referred to in paragraph (a) or (b) shall be excluded.

(3) In determining for the purposes of the Limitation Acts when a cause of action accrued, any provision that an award is a condition precedent to the bringing of legal proceedings in respect of a matter to which an arbitration agreement applies shall be disregarded.

(4) In this Part “the Limitation Acts” means—

(a) in England and Wales, the [1980 c. 58.] Limitation Act 1980, the [1984 c. 16.] Foreign Limitation Periods Act 1984 and any other enactment (whenever passed) relating to the limitation of actions;

(b) in Northern Ireland, the [S.I. 1989/1339 (N.I. 11).] Limitation (Northern Ireland) Order 1989, the [S.I. 1985/754 (N.I. 5).] Foreign Limitation Periods (Northern Ireland) Order 1985 and any other enactment (whenever passed) relating to the limitation of actions.

14 Commencement of arbitral proceedings

(1) The parties are free to agree when arbitral proceedings are to be regarded as commenced for the purposes of this Part and for the purposes of the Limitation Acts.

(2) If there is no such agreement the following provisions apply.

(3) Where the arbitrator is named or designated in the arbitration agreement, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party serves on the other party

or parties a notice in writing requiring him or them to submit that matter to the person so named or designated.

(4) Where the arbitrator or arbitrators are to be appointed by the parties, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party serves on the other party or parties notice in writing requiring him or them to appoint an arbitrator or to agree to the appointment of an arbitrator in respect of that matter.

(5) Where the arbitrator or arbitrators are to be appointed by a person other than a party to the proceedings, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party gives notice in writing to that person requesting him to make the appointment in respect of that matter.

The arbitral tribunal

15 The arbitral tribunal

(1) The parties are free to agree on the number of arbitrators to form the tribunal and whether there is to be a chairman or umpire.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, an agreement that the number of arbitrators shall be two or any other even number shall be understood as requiring the appointment of an additional arbitrator as chairman of the tribunal.

(3) If there is no agreement as to the number of arbitrators, the tribunal shall consist of a sole arbitrator.

16 Procedure for appointment of arbitrators

(1) The parties are free to agree on the procedure for appointing the arbitrator or arbitrators, including the procedure for appointing any chairman or umpire.

(2) If or to the extent that there is no such agreement, the following provisions apply.

(3) If the tribunal is to consist of a sole arbitrator, the parties shall jointly appoint the arbitrator not later than 28 days after service of a request in writing by either party to do so.

(4) If the tribunal is to consist of two arbitrators, each party shall appoint one arbitrator not later than 14 days after service of a request in writing by either party to do so.

(5) If the tribunal is to consist of three arbitrators

(a) each party shall appoint one arbitrator not later than 14 days after service of a request in writing by either party to do so, and

(b) the two so appointed shall forthwith appoint a third arbitrator as the chairman of the tribunal.

(6) If the tribunal is to consist of two arbitrators and an umpire

(a) each party shall appoint one arbitrator not later than 14 days after service of a request in writing by either party to do so, and

(b) the two so appointed may appoint an umpire at any time after they themselves are appointed and shall do so before any substantive hearing or forthwith if they cannot agree on a matter relating to the arbitration.

(7) In any other case (in particular, if there are more than two parties) section 18 applies as in the case of a failure of the agreed appointment procedure.

17 Power in case of default to appoint sole arbitrator

(1) Unless the parties otherwise agree, where each of two parties to an arbitration agreement is to appoint an arbitrator and one party (“the party in default”) refuses to do so, or fails to do so within the time specified, the other party, having duly appointed his arbitrator, may give notice in writing to the party in default that he proposes to appoint his arbitrator to act as sole arbitrator.

(2) If the party in default does not within 7 clear days of that notice being given—

(a) make the required appointment, and

(b) notify the other party that he has done so,

the other party may appoint his arbitrator as sole arbitrator whose award shall be binding on both parties as if he had been so appointed by agreement.

(3) Where a sole arbitrator has been appointed under subsection (2), the party in default may (upon notice to the appointing party) apply to the court which may set aside the appointment.

(4)The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

18 Failure of appointment procedure

(1)The parties are free to agree what is to happen in the event of a failure of the procedure for the appointment of the arbitral tribunal.

There is no failure if an appointment is duly made under section 17 (power in case of default to appoint sole arbitrator), unless that appointment is set aside.

(2)If or to the extent that there is no such agreement any party to the arbitration agreement may (upon notice to the other parties) apply to the court to exercise its powers under this section.

(3)Those powers are

(a)to give directions as to the making of any necessary appointments;

(b)to direct that the tribunal shall be constituted by such appointments (or any one or more of them) as have been made;

(c)to revoke any appointments already made;

(d)to make any necessary appointments itself.

(4)An appointment made by the court under this section has effect as if made with the agreement of the parties.

(5)The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

19 Court to have regard to agreed qualifications

In deciding whether to exercise, and in considering how to exercise, any of its powers under section 16 (procedure for appointment of arbitrators) or section 18 (failure of appointment procedure), the court shall have due regard to any agreement of the parties as to the qualifications required of the arbitrators.

20Chairman

(1)Where the parties have agreed that there is to be a chairman, they are free to agree what the functions of the chairman are to be in relation to the making of decisions, orders and awards.

(2)If or to the extent that there is no such agreement, the following provisions apply.

(3)Decisions, orders and awards shall be made by all or a majority of the arbitrators (including the chairman).

(4)The view of the chairman shall prevail in relation to a decision, order or award in respect of which there is neither unanimity nor a majority under subsection (3).

21Umpire

(1)Where the parties have agreed that there is to be an umpire, they are free to agree what the functions of the umpire are to be, and in particular—

(a)whether he is to attend the proceedings, and

(b)when he is to replace the other arbitrators as the tribunal with power to make decisions, orders and awards.

(2)If or to the extent that there is no such agreement, the following provisions apply.

(3)The umpire shall attend the proceedings and be supplied with the same documents and other materials as are supplied to the other arbitrators.

(4)Decisions, orders and awards shall be made by the other arbitrators unless and until they cannot agree on a matter relating to the arbitration.

In that event they shall forthwith give notice in writing to the parties and the umpire, whereupon the umpire shall replace them as the tribunal with power to make decisions, orders and awards as if he were sole arbitrator.

(5)If the arbitrators cannot agree but fail to give notice of that fact, or if any of them fails to join in the giving of notice, any party to the arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court which may order that the umpire shall

replace the other arbitrators as the tribunal with power to make decisions, orders and awards as if he were sole arbitrator.

(6) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

22 Decision-making where no chairman or umpire

(1) Where the parties agree that there shall be two or more arbitrators with no chairman or umpire, the parties are free to agree how the tribunal is to make decisions, orders and awards.

(2) If there is no such agreement, decisions, orders and awards shall be made by all or a majority of the arbitrators.

23 Revocation of arbitrator's authority

(1) The parties are free to agree in what circumstances the authority of an arbitrator may be revoked.

(2) If or to the extent that there is no such agreement the following provisions apply.

(3) The authority of an arbitrator may not be revoked except—

(a) by the parties acting jointly, or

(b) by an arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in that regard.

(4) Revocation of the authority of an arbitrator by the parties acting jointly must be agreed in writing unless the parties also agree (whether or not in writing) to terminate the arbitration agreement.

(5) Nothing in this section affects the power of the court—

(a) to revoke an appointment under section 18 (powers exercisable in case of failure of appointment procedure), or

(b) to remove an arbitrator on the grounds specified in section 24.

24 Power of court to remove arbitrator

(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds—

(a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality;

(b) that he does not possess the qualifications required by the arbitration agreement;

(c) that he is physically or mentally incapable of conducting the proceedings or there are justifiable doubts as to his capacity to do so;

(d) that he has refused or failed

(i) properly to conduct the proceedings, or

(ii) to use all reasonable despatch in conducting the proceedings or making an award,

and that substantial injustice has been or will be caused to the applicant.

(2) If there is an arbitral or other institution or person vested by the parties with power to remove an arbitrator, the court shall not exercise its power of removal unless satisfied that the applicant has first exhausted any available recourse to that institution or person.

(3) The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending.

(4) Where the court removes an arbitrator, it may make such order as it thinks fit with respect to his entitlement (if any) to fees or expenses, or the repayment of any fees or expenses already paid.

(5) The arbitrator concerned is entitled to appear and be heard by the court before it makes any order under this section.

(6) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

25 Resignation of arbitrator

(1) The parties are free to agree with an arbitrator as to the consequences of his resignation as regards—

(a) his entitlement (if any) to fees or expenses, and

(b) any liability thereby incurred by him.

(2) If or to the extent that there is no such agreement the following provisions apply.

(3) An arbitrator who resigns his appointment may (upon notice to the parties) apply to the court—

(a) to grant him relief from any liability thereby incurred by him, and

(b) to make such order as it thinks fit with respect to his entitlement (if any) to fees or expenses or the repayment of any fees or expenses already paid.

(4) If the court is satisfied that in all the circumstances it was reasonable for the arbitrator to resign, it may grant such relief as is mentioned in subsection (3)(a) on such terms as it thinks fit.

(5) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

26 Death of arbitrator or person appointing him

(1) The authority of an arbitrator is personal and ceases on his death.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, the death of the person by whom an arbitrator was appointed does not revoke the arbitrator's authority.

27 Filling of vacancy, &c

(1) Where an arbitrator ceases to hold office, the parties are free to agree—

(a) whether and if so how the vacancy is to be filled,

(b) whether and if so to what extent the previous proceedings should stand, and

(c) what effect (if any) his ceasing to hold office has on any appointment made by him (alone or jointly).

(2) If or to the extent that there is no such agreement, the following provisions apply.

(3) The provisions of sections 16 (procedure for appointment of arbitrators) and 18 (failure of appointment procedure) apply in relation to the filling of the vacancy as in relation to an original appointment.

(4) The tribunal (when reconstituted) shall determine whether and if so to what extent the previous proceedings should stand.

This does not affect any right of a party to challenge those proceedings on any ground which had arisen before the arbitrator ceased to hold office.

(5) His ceasing to hold office does not affect any appointment by him (alone or jointly) of another arbitrator, in particular any appointment of a chairman or umpire.

28 Joint and several liability of parties to arbitrators for fees and expenses

(1) The parties are jointly and severally liable to pay to the arbitrators such reasonable fees and expenses (if any) as are appropriate in the circumstances.

(2) Any party may apply to the court (upon notice to the other parties and to the arbitrators) which may order that the amount of the arbitrators' fees and expenses shall be considered and adjusted by such means and upon such terms as it may direct.

(3) If the application is made after any amount has been paid to the arbitrators by way of fees or expenses, the court may order the repayment of such amount (if any) as is shown to be excessive, but shall not do so unless it is shown that it is reasonable in the circumstances to order repayment.

(4) The above provisions have effect subject to any order of the court under section 24(4) or 25(3)(b) (order as to entitlement to fees or expenses in case of removal or resignation of arbitrator).

(5) Nothing in this section affects any liability of a party to any other party to pay all or any of the costs of the arbitration (see sections 59 to 65) or any contractual right of an arbitrator to payment of his fees and expenses.

(6) In this section references to arbitrators include an arbitrator who has ceased to act and an umpire who has not replaced the other arbitrators.

29 Immunity of arbitrator

(1) An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith.

(2) Subsection (1) applies to an employee or agent of an arbitrator as it applies to the arbitrator himself.

(3) This section does not affect any liability incurred by an arbitrator by reason of his resigning (but see section 25).

Jurisdiction of the arbitral tribunal

30 Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to

(a) whether there is a valid arbitration agreement,

(b) whether the tribunal is properly constituted, and

(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.

31 Objection to substantive jurisdiction of tribunal

(1) An objection that the arbitral tribunal lacks substantive jurisdiction at the outset of the proceedings must be raised by a party not later than the time he takes the first step in the proceedings to contest the merits of any matter in relation to which he challenges the tribunal's jurisdiction.

A party is not precluded from raising such an objection by the fact that he has appointed or participated in the appointment of an arbitrator.

(2) Any objection during the course of the arbitral proceedings that the arbitral tribunal is exceeding its substantive jurisdiction must be made as soon as possible after the matter alleged to be beyond its jurisdiction is raised.

(3) The arbitral tribunal may admit an objection later than the time specified in subsection (1) or (2) if it considers the delay justified.

(4) Where an objection is duly taken to the tribunal's substantive jurisdiction and the tribunal has power to rule on its own jurisdiction, it may—

(a) rule on the matter in an award as to jurisdiction, or

(b) deal with the objection in its award on the merits.

If the parties agree which of these courses the tribunal should take, the tribunal shall proceed accordingly.

(5) The tribunal may in any case, and shall if the parties so agree, stay proceedings whilst an application is made to the court under section 32 (determination of preliminary point of jurisdiction).

32 Determination of preliminary point of jurisdiction

(1) The court may, on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties), determine any question as to the substantive jurisdiction of the tribunal.

A party may lose the right to object (see section 73).

(2) An application under this section shall not be considered unless—

(a) it is made with the agreement in writing of all the other parties to the proceedings, or

(b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied—

(i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs,

(ii) that the application was made without delay, and

(iii) that there is good reason why the matter should be decided by the court.

(3)An application under this section, unless made with the agreement of all the other parties to the proceedings, shall state the grounds on which it is said that the matter should be decided by the court.

(4)Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending.

(5)Unless the court gives leave, no appeal lies from a decision of the court whether the conditions specified in subsection (2) are met.

(6)The decision of the court on the question of jurisdiction shall be treated as a judgment of the court for the purposes of an appeal.

But no appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question involves a point of law which is one of general importance or is one which for some other special reason should be considered by the Court of Appeal.

The arbitral proceedings

33General duty of the tribunal

(1)The tribunal shall—

(a)act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and

(b)adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.

(2)The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it.

34Procedural and evidential matters

(1)It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter.

(2) Procedural and evidential matters include—

- (a) when and where any part of the proceedings is to be held;
- (b) the language or languages to be used in the proceedings and whether translations of any relevant documents are to be supplied;
- (c) whether any and if so what form of written statements of claim and defence are to be used, when these should be supplied and the extent to which such statements can be later amended;
- (d) whether any and if so which documents or classes of documents should be disclosed between and produced by the parties and at what stage;
- (e) whether any and if so what questions should be put to and answered by the respective parties and when and in what form this should be done;
- (f) whether to apply strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material (oral, written or other) sought to be tendered on any matters of fact or opinion, and the time, manner and form in which such material should be exchanged and presented;
- (g) whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law;
- (h) whether and to what extent there should be oral or written evidence or submissions.

(3) The tribunal may fix the time within which any directions given by it are to be complied with, and may if it thinks fit extend the time so fixed (whether or not it has expired).

35 Consolidation of proceedings and concurrent hearings

(1) The parties are free to agree—

(a) that the arbitral proceedings shall be consolidated with other arbitral proceedings, or

(b) that concurrent hearings shall be held,

on such terms as may be agreed.

(2) Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no power to order consolidation of proceedings or concurrent hearings.

36 Legal or other representation

Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may be represented in the proceedings by a lawyer or other person chosen by him.

37 Power to appoint experts, legal advisers or assessors

(1) Unless otherwise agreed by the parties—

(a) the tribunal may—

(i) appoint experts or legal advisers to report to it and the parties, or

(ii) appoint assessors to assist it on technical matters,

and may allow any such expert, legal adviser or assessor to attend the proceedings; and

(b) the parties shall be given a reasonable opportunity to comment on any information, opinion or advice offered by any such person.

(2) The fees and expenses of an expert, legal adviser or assessor appointed by the tribunal for which the arbitrators are liable are expenses of the arbitrators for the purposes of this Part.

38 General powers exercisable by the tribunal

(1) The parties are free to agree on the powers exercisable by the arbitral tribunal for the purposes of and in relation to the proceedings.

(2) Unless otherwise agreed by the parties the tribunal has the following powers.

(3) The tribunal may order a claimant to provide security for the costs of the arbitration.

This power shall not be exercised on the ground that the claimant is—

(a) an individual ordinarily resident outside the United Kingdom, or

(b) a corporation or association incorporated or formed under the law of a country outside the United Kingdom, or whose central management and control is exercised outside the United Kingdom.

(4) The tribunal may give directions in relation to any property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings, and which is owned by or is in the possession of a party to the proceedings—

(a)for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property by the tribunal, an expert or a party, or

(b)ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property.

(5)The tribunal may direct that a party or witness shall be examined on oath or affirmation, and may for that purpose administer any necessary oath or take any necessary affirmation.

(6)The tribunal may give directions to a party for the preservation for the purposes of the proceedings of any evidence in his custody or control.

39Power to make provisional awards

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

(2)This includes, for instance, making

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

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

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

(4)Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no such power.

This does not affect its powers under section 47 (awards on different issues, &c.).

40General duty of parties

(1)The parties shall do all things necessary for the proper and expeditious conduct of the arbitral proceedings.

(2)This includes—

(a)complying without delay with any determination of the tribunal as to procedural or evidential matters, or with any order or directions of the tribunal, and

(b) where appropriate, taking without delay any necessary steps to obtain a decision of the court on a preliminary question of jurisdiction or law (see sections 32 and 45).

41 Powers of tribunal in case of party's default

(1) The parties are free to agree on the powers of the tribunal in case of a party's failure to do something necessary for the proper and expeditious conduct of the arbitration.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, the following provisions apply.

(3) If the tribunal is satisfied that there has been inordinate and inexcusable delay on the part of the claimant in pursuing his claim and that the delay—

(a) gives rise, or is likely to give rise, to a substantial risk that it is not possible to have a fair resolution of the issues in that claim, or

(b) has caused, or is likely to cause, serious prejudice to the respondent,

the tribunal may make an award dismissing the claim.

(4) If without showing sufficient cause a party

(a) fails to attend or be represented at an oral hearing of which due notice was given, or

(b) where matters are to be dealt with in writing, fails after due notice to submit written evidence or make written submissions,

the tribunal may continue the proceedings in the absence of that party or, as the case may be, without any written evidence or submissions on his behalf, and may make an award on the basis of the evidence before it.

(5) If without showing sufficient cause a party fails to comply with any order or directions of the tribunal, the tribunal may make a peremptory order to the same effect, prescribing such time for compliance with it as the tribunal considers appropriate.

(6) If a claimant fails to comply with a peremptory order of the tribunal to provide security for costs, the tribunal may make an award dismissing his claim.

(7) If a party fails to comply with any other kind of peremptory order, then, without prejudice to section 42 (enforcement by court of tribunal's peremptory orders), the tribunal may do any of the following

(a) direct that the party in default shall not be entitled to rely upon any allegation or material which was the subject matter of the order;

(b) draw such adverse inferences from the act of non-compliance as the circumstances justify;

(c) proceed to an award on the basis of such materials as have been properly provided to it;

(d) make such order as it thinks fit as to the payment of costs of the arbitration incurred in consequence of the non-compliance.

Powers of court in relation to arbitral proceedings

42 Enforcement of peremptory orders of tribunal

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the court may make an order requiring a party to comply with a peremptory order made by the tribunal.

(2) An application for an order under this section may be made

(a) by the tribunal (upon notice to the parties),

(b) by a party to the arbitral proceedings with the permission of the tribunal (and upon notice to the other parties), or

(c) where the parties have agreed that the powers of the court under this section shall be available.

(3) The court shall not act unless it is satisfied that the applicant has exhausted any available arbitral process in respect of failure to comply with the tribunal's order.

(4) No order shall be made under this section unless the court is satisfied that the person to whom the tribunal's order was directed has failed to comply with it within the time prescribed in the order or, if no time was prescribed, within a reasonable time.

(5) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

43 Securing the attendance of witnesses

(1) A party to arbitral proceedings may use the same court procedures as are available in relation to legal proceedings to secure the attendance before the tribunal of a witness in order to give oral testimony or to produce documents or other material evidence.

(2) This may only be done with the permission of the tribunal or the agreement of the other parties.

(3) The court procedures may only be used if

(a) the witness is in the United Kingdom, and

(b) the arbitral proceedings are being conducted in England and Wales or, as the case may be, Northern Ireland.

(4) A person shall not be compelled by virtue of this section to produce any document or other material evidence which he could not be compelled to produce in legal proceedings.

44 Court powers exercisable in support of arbitral proceedings

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings.

(2) Those matters are—

(a) the taking of the evidence of witnesses;

(b) the preservation of evidence;

(c) making orders relating to property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings—

(i) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property, or

(ii) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property;

and for that purpose authorising any person to enter any premises in the possession or control of a party to the arbitration;

(d)the sale of any goods the subject of the proceedings;

(e)the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver.

(3)If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets.

(4)If the case is not one of urgency, the court shall act only on the application of a party to the arbitral proceedings (upon notice to the other parties and to the tribunal) made with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the other parties.

(5)In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.

(6)If the court so orders, an order made by it under this section shall cease to have effect in whole or in part on the order of the tribunal or of any such arbitral or other institution or person having power to act in relation to the subject-matter of the order.

(7)The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

45Determination of preliminary point of law

(1)Unless otherwise agreed by the parties, the court may on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties) determine any question of law arising in the course of the proceedings which the court is satisfied substantially affects the rights of one or more of the parties.

An agreement to dispense with reasons for the tribunal's award shall be considered an agreement to exclude the court's jurisdiction under this section.

(2)An application under this section shall not be considered unless

(a)it is made with the agreement of all the other parties to the proceedings, or

(b)it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied

(i)that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs, and

(ii) that the application was made without delay.

(3) The application shall identify the question of law to be determined and, unless made with the agreement of all the other parties to the proceedings, shall state the grounds on which it is said that the question should be decided by the court.

(4) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending.

(5) Unless the court gives leave, no appeal lies from a decision of the court whether the conditions specified in subsection (2) are met.

(6) The decision of the court on the question of law shall be treated as a judgment of the court for the purposes of an appeal.

But no appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question is one of general importance, or is one which for some other special reason should be considered by the Court of Appeal.

The award

46 Rules applicable to substance of dispute

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute

(a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or

(b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal.

(2) For this purpose the choice of the laws of a country shall be understood to refer to the substantive laws of that country and not its conflict of laws rules.

(3) If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

47 Awards on different issues, &c

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the tribunal may make more than one award at different times on different aspects of the matters to be determined.

(2) The tribunal may, in particular, make an award relating—

(a) to an issue affecting the whole claim, or

(b) to a part only of the claims or cross-claims submitted to it for decision.

(3) If the tribunal does so, it shall specify in its award the issue, or the claim or part of a claim, which is the subject matter of the award.

48 Remedies

(1) The parties are free to agree on the powers exercisable by the arbitral tribunal as regards remedies.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, the tribunal has the following powers.

(3) The tribunal may make a declaration as to any matter to be determined in the proceedings.

(4) The tribunal may order the payment of a sum of money, in any currency.

(5) The tribunal has the same powers as the court

(a) to order a party to do or refrain from doing anything;

(b) to order specific performance of a contract (other than a contract relating to land);

(c) to order the rectification, setting aside or cancellation of a deed or other document.

49 Interest

(1) The parties are free to agree on the powers of the tribunal as regards the award of interest.

(2) Unless otherwise agreed by the parties the following provisions apply.

(3) The tribunal may award simple or compound interest from such dates, at such rates and with such rests as it considers meets the justice of the case—

(a) on the whole or part of any amount awarded by the tribunal, in respect of any period up to the date of the award;

(b) on the whole or part of any amount claimed in the arbitration and outstanding at the commencement of the arbitral proceedings but paid before the award was made, in respect of any period up to the date of payment.

(4) The tribunal may award simple or compound interest from the date of the award (or any later date) until payment, at such rates and with such rests as it considers meets the justice of the case, on the outstanding amount of any award (including any award of interest under subsection (3) and any award as to costs).

(5) References in this section to an amount awarded by the tribunal include an amount payable in consequence of a declaratory award by the tribunal.

(6) The above provisions do not affect any other power of the tribunal to award interest.

50 Extension of time for making award

(1) Where the time for making an award is limited by or in pursuance of the arbitration agreement, then, unless otherwise agreed by the parties, the court may in accordance with the following provisions by order extend that time.

(2) An application for an order under this section may be made

(a) by the tribunal (upon notice to the parties), or

(b) by any party to the proceedings (upon notice to the tribunal and the other parties),

but only after exhausting any available arbitral process for obtaining an extension of time.

(3) The court shall only make an order if satisfied that a substantial injustice would otherwise be done.

(4) The court may extend the time for such period and on such terms as it thinks fit, and may do so whether or not the time previously fixed (by or under the agreement or by a previous order) has expired.

(5)The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

51Settlement

(1)If during arbitral proceedings the parties settle the dispute, the following provisions apply unless otherwise agreed by the parties.

(2)The tribunal shall terminate the substantive proceedings and, if so requested by the parties and not objected to by the tribunal, shall record the settlement in the form of an agreed award.

(3)An agreed award shall state that it is an award of the tribunal and shall have the same status and effect as any other award on the merits of the case.

(4)The following provisions of this Part relating to awards (sections 52 to 58) apply to an agreed award.

(5)Unless the parties have also settled the matter of the payment of the costs of the arbitration, the provisions of this Part relating to costs (sections 59 to 65) continue to apply.

52Form of award

(1)The parties are free to agree on the form of an award.

(2)If or to the extent that there is no such agreement, the following provisions apply.

(3)The award shall be in writing signed by all the arbitrators or all those assenting to the award.

(4)The award shall contain the reasons for the award unless it is an agreed award or the parties have agreed to dispense with reasons.

(5)The award shall state the seat of the arbitration and the date when the award is made.

53Place where award treated as made

Unless otherwise agreed by the parties, where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland, any award in the proceedings shall be treated as made there, regardless of where it was signed, despatched or delivered to any of the parties.

54 Date of award

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the tribunal may decide what is to be taken to be the date on which the award was made.

(2) In the absence of any such decision, the date of the award shall be taken to be the date on which it is signed by the arbitrator or, where more than one arbitrator signs the award, by the last of them.

55 Notification of award

(1) The parties are free to agree on the requirements as to notification of the award to the parties.

(2) If there is no such agreement, the award shall be notified to the parties by service on them of copies of the award, which shall be done without delay after the award is made.

(3) Nothing in this section affects section 56 (power to withhold award in case of non-payment).

56 Power to withhold award in case of non-payment

(1) The tribunal may refuse to deliver an award to the parties except upon full payment of the fees and expenses of the arbitrators.

(2) If the tribunal refuses on that ground to deliver an award, a party to the arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and the tribunal) apply to the court, which may order that—

(a) the tribunal shall deliver the award on the payment into court by the applicant of the fees and expenses demanded, or such lesser amount as the court may specify,

(b) the amount of the fees and expenses properly payable shall be determined by such means and upon such terms as the court may direct, and

(c) out of the money paid into court there shall be paid out such fees and expenses as may be found to be properly payable and the balance of the money (if any) shall be paid out to the applicant.

(3) For this purpose the amount of fees and expenses properly payable is the amount the applicant is liable to pay under section 28 or any agreement relating to the payment of the arbitrators.

(4) No application to the court may be made where there is any available arbitral process for appeal or review of the amount of the fees or expenses demanded.

(5) References in this section to arbitrators include an arbitrator who has ceased to act and an umpire who has not replaced the other arbitrators.

(6) The above provisions of this section also apply in relation to any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the delivery of the tribunal's award.

As they so apply, the references to the fees and expenses of the arbitrators shall be construed as including the fees and expenses of that institution or person.

(7) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

(8) Nothing in this section shall be construed as excluding an application under section 28 where payment has been made to the arbitrators in order to obtain the award.

57 Correction of award or additional award

(1) The parties are free to agree on the powers of the tribunal to correct an award or make an additional award.

(2) If or to the extent there is no such agreement, the following provisions apply.

(3) The tribunal may on its own initiative or on the application of a party—

(a) correct an award so as to remove any clerical mistake or error arising from an accidental slip or omission or clarify or remove any ambiguity in the award, or

(b) make an additional award in respect of any claim (including a claim for interest or costs) which was presented to the tribunal but was not dealt with in the award.

These powers shall not be exercised without first affording the other parties a reasonable opportunity to make representations to the tribunal.

(4) Any application for the exercise of those powers must be made within 28 days of the date of the award or such longer period as the parties may agree.

(5) Any correction of an award shall be made within 28 days of the date the application was received by the tribunal or, where the correction is made by the tribunal on its own initiative, within 28 days of the date of the award or, in either case, such longer period as the parties may agree.

(6) Any additional award shall be made within 56 days of the date of the original award or such longer period as the parties may agree.

(7) Any correction of an award shall form part of the award.

58 Effect of award

(1) Unless otherwise agreed by the parties, an award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement is final and binding both on the parties and on any persons claiming through or under them.

(2) This does not affect the right of a person to challenge the award by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.

Costs of the arbitration

59 Costs of the arbitration

(1) References in this Part to the costs of the arbitration are to—

- (a) the arbitrators' fees and expenses,
- (b) the fees and expenses of any arbitral institution concerned, and
- (c) the legal or other costs of the parties.

(2) Any such reference includes the costs of or incidental to any proceedings to determine the amount of the recoverable costs of the arbitration (see section 63).

60 Agreement to pay costs in any event

An agreement which has the effect that a party is to pay the whole or part of the costs of the arbitration in any event is only valid if made after the dispute in question has arisen.

61 Award of costs

(1) The tribunal may make an award allocating the costs of the arbitration as between the parties, subject to any agreement of the parties.

(2) Unless the parties otherwise agree, the tribunal shall award costs on the general principle that costs should follow the event except where it appears to the tribunal that in the circumstances this is not appropriate in relation to the whole or part of the costs.

62 Effect of agreement or award about costs

Unless the parties otherwise agree, any obligation under an agreement between them as to how the costs of the arbitration are to be borne, or under an award allocating the costs of the arbitration, extends only to such costs as are recoverable.

63 The recoverable costs of the arbitration

(1) The parties are free to agree what costs of the arbitration are recoverable.

(2) If or to the extent there is no such agreement, the following provisions apply.

(3) The tribunal may determine by award the recoverable costs of the arbitration on such basis as it thinks fit.

If it does so, it shall specify—

(a) the basis on which it has acted, and

(b) the items of recoverable costs and the amount referable to each.

(4) If the tribunal does not determine the recoverable costs of the arbitration, any party to the arbitral proceedings may apply to the court (upon notice to the other parties) which may—

(a) determine the recoverable costs of the arbitration on such basis as it thinks fit, or

(b) order that they shall be determined by such means and upon such terms as it may specify.

(5) Unless the tribunal or the court determines otherwise—

(a) the recoverable costs of the arbitration shall be determined on the basis that there shall be allowed a reasonable amount in respect of all costs reasonably incurred, and

(b) any doubt as to whether costs were reasonably incurred or were reasonable in amount shall be resolved in favour of the paying party.

(6) The above provisions have effect subject to section 64 (recoverable fees and expenses of arbitrators).

(7) Nothing in this section affects any right of the arbitrators, any expert, legal adviser or assessor appointed by the tribunal, or any arbitral institution, to payment of their fees and expenses.

64 Recoverable fees and expenses of arbitrators

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the recoverable costs of the arbitration shall include in respect of the fees and expenses of the arbitrators only such reasonable fees and expenses as are appropriate in the circumstances.

(2) If there is any question as to what reasonable fees and expenses are appropriate in the circumstances, and the matter is not already before the court on an application under section 63(4), the court may on the application of any party (upon notice to the other parties)—

(a) determine the matter, or

(b) order that it be determined by such means and upon such terms as the court may specify.

(3) Subsection (1) has effect subject to any order of the court under section 24(4) or 25(3)(b) (order as to entitlement to fees or expenses in case of removal or resignation of arbitrator).

(4) Nothing in this section affects any right of the arbitrator to payment of his fees and expenses.

65 Power to limit recoverable costs

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the tribunal may direct that the recoverable costs of the arbitration, or of any part of the arbitral proceedings, shall be limited to a specified amount.

(2) Any direction may be made or varied at any stage, but this must be done sufficiently in advance of the incurring of costs to which it relates, or the taking of any steps in the proceedings which may be affected by it, for the limit to be taken into account.

Powers of the court in relation to award

66 Enforcement of the award

(1) An award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement may, by leave of the court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect.

(2) Where leave is so given, judgment may be entered in terms of the award.

(3) Leave to enforce an award shall not be given where, or to the extent that, the person against whom it is sought to be enforced shows that the tribunal lacked substantive jurisdiction to make the award.

The right to raise such an objection may have been lost (see section 73).

(4) Nothing in this section affects the recognition or enforcement of an award under any other enactment or rule of law, in particular under Part II of the [1950 c. 27.] Arbitration Act 1950 (enforcement of awards under Geneva Convention) or the provisions of Part III of this Act relating to the recognition and enforcement of awards under the New York Convention or by an action on the award.

67 Challenging the award: substantive jurisdiction

(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court—

(a) challenging any award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction; or

(b) for an order declaring an award made by the tribunal on the merits to be of no effect, in whole or in part, because the tribunal did not have substantive jurisdiction.

A party may lose the right to object (see section 73) and the right to apply is subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

(2) The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make a further award while an application to the court under this section is pending in relation to an award as to jurisdiction.

(3) On an application under this section challenging an award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction, the court may by order—

(a) confirm the award,

(b) vary the award, or

(c) set aside the award in whole or in part.

(4) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

68 Challenging the award: serious irregularity

(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court challenging an award in the proceedings on the ground of serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award.

A party may lose the right to object (see section 73) and the right to apply is subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

(2) Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant—

(a) failure by the tribunal to comply with section 33 (general duty of tribunal);

(b) the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67);

(c) failure by the tribunal to conduct the proceedings in accordance with the procedure agreed by the parties;

(d) failure by the tribunal to deal with all the issues that were put to it;

(e) any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award exceeding its powers;

(f) uncertainty or ambiguity as to the effect of the award;

(g) the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy;

(h) failure to comply with the requirements as to the form of the award; or

(i) any irregularity in the conduct of the proceedings or in the award which is admitted by the tribunal or by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award.

(3) If there is shown to be serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award, the court may—

(a) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration,

(b) set the award aside in whole or in part, or

(c) declare the award to be of no effect, in whole or in part.

The court shall not exercise its power to set aside or to declare an award to be of no effect, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration.

(4) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

69 Appeal on point of law

(1) Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings.

An agreement to dispense with reasons for the tribunal's award shall be considered an agreement to exclude the court's jurisdiction under this section.

(2) An appeal shall not be brought under this section except—

(a) with the agreement of all the other parties to the proceedings, or

(b) with the leave of the court.

The right to appeal is also subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

(3) Leave to appeal shall be given only if the court is satisfied—

(a) that the determination of the question will substantially affect the rights of one or more of the parties,

(b)that the question is one which the tribunal was asked to determine,

(c)that, on the basis of the findings of fact in the award—

(i)the decision of the tribunal on the question is obviously wrong, or

(ii)the question is one of general public importance and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt, and

(d)that, despite the agreement of the parties to resolve the matter by arbitration, it is just and proper in all the circumstances for the court to determine the question.

(4)An application for leave to appeal under this section shall identify the question of law to be determined and state the grounds on which it is alleged that leave to appeal should be granted.

(5)The court shall determine an application for leave to appeal under this section without a hearing unless it appears to the court that a hearing is required.

(6)The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section to grant or refuse leave to appeal.

(7)On an appeal under this section the court may by order

(a)confirm the award,

(b)vary the award,

(c)remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration in the light of the court's determination, or

(d)set aside the award in whole or in part.

The court shall not exercise its power to set aside an award, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration.

(8)The decision of the court on an appeal under this section shall be treated as a judgment of the court for the purposes of a further appeal.

But no such appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question is one of general importance or is one which for some other special reason should be considered by the Court of Appeal.

70 Challenge or appeal: supplementary provisions

(1) The following provisions apply to an application or appeal under section 67, 68 or 69.

(2) An application or appeal may not be brought if the applicant or appellant has not first exhausted—

(a) any available arbitral process of appeal or review, and

(b) any available recourse under section 57 (correction of award or additional award).

(3) Any application or appeal must be brought within 28 days of the date of the award or, if there has been any arbitral process of appeal or review, of the date when the applicant or appellant was notified of the result of that process.

(4) If on an application or appeal it appears to the court that the award—

(a) does not contain the tribunal's reasons, or

(b) does not set out the tribunal's reasons in sufficient detail to enable the court properly to consider the application or appeal,

the court may order the tribunal to state the reasons for its award in sufficient detail for that purpose.

(5) Where the court makes an order under subsection (4), it may make such further order as it thinks fit with respect to any additional costs of the arbitration resulting from its order.

(6) The court may order the applicant or appellant to provide security for the costs of the application or appeal, and may direct that the application or appeal be dismissed if the order is not complied with.

The power to order security for costs shall not be exercised on the ground that the applicant or appellant is—

(a) an individual ordinarily resident outside the United Kingdom, or

(b) a corporation or association incorporated or formed under the law of a country outside the United Kingdom, or whose central management and control is exercised outside the United Kingdom.

(7) The court may order that any money payable under the award shall be brought into court or otherwise secured pending the determination of the application or appeal, and may direct that the application or appeal be dismissed if the order is not complied with.

(8) The court may grant leave to appeal subject to conditions to the same or similar effect as an order under subsection (6) or (7).

This does not affect the general discretion of the court to grant leave subject to conditions.

71 Challenge or appeal: effect of order of court

(1) The following provisions have effect where the court makes an order under section 67, 68 or 69 with respect to an award.

(2) Where the award is varied, the variation has effect as part of the tribunal's award.

(3) Where the award is remitted to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration, the tribunal shall make a fresh award in respect of the matters remitted within three months of the date of the order for remission or such longer or shorter period as the court may direct.

(4) Where the award is set aside or declared to be of no effect, in whole or in part, the court may also order that any provision that an award is a condition precedent to the bringing of legal proceedings in respect of a matter to which the arbitration agreement applies, is of no effect as regards the subject matter of the award or, as the case may be, the relevant part of the award.

Miscellaneous

72 Saving for rights of person who takes no part in proceedings

(1) A person alleged to be a party to arbitral proceedings but who takes no part in the proceedings may question—

(a) whether there is a valid arbitration agreement,

(b) whether the tribunal is properly constituted, or

(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement,

by proceedings in the court for a declaration or injunction or other appropriate relief.

(2) He also has the same right as a party to the arbitral proceedings to challenge an award—

(a) by an application under section 67 on the ground of lack of substantive jurisdiction in relation to him, or

(b) by an application under section 68 on the ground of serious irregularity (within the meaning of that section) affecting him;

and section 70(2) (duty to exhaust arbitral procedures) does not apply in his case.

73 Loss of right to object

(1) If a party to arbitral proceedings takes part, or continues to take part, in the proceedings without making, either forthwith or within such time as is allowed by the arbitration agreement or the tribunal or by any provision of this Part, any objection—

(a) that the tribunal lacks substantive jurisdiction,

(b) that the proceedings have been improperly conducted,

(c) that there has been a failure to comply with the arbitration agreement or with any provision of this Part, or

(d) that there has been any other irregularity affecting the tribunal or the proceedings,

he may not raise that objection later, before the tribunal or the court, unless he shows that, at the time he took part or continued to take part in the proceedings, he did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection.

(2) Where the arbitral tribunal rules that it has substantive jurisdiction and a party to arbitral proceedings who could have questioned that ruling—

(a) by any available arbitral process of appeal or review, or

(b) by challenging the award,

does not do so, or does not do so within the time allowed by the arbitration agreement or any provision of this Part, he may not object later to the tribunal's substantive jurisdiction on any ground which was the subject of that ruling.

74 Immunity of arbitral institutions, &c

(1) An arbitral or other institution or person designated or requested by the parties to appoint or nominate an arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of that function unless the act or omission is shown to have been in bad faith.

(2) An arbitral or other institution or person by whom an arbitrator is appointed or nominated is not liable, by reason of having appointed or nominated him, for anything done or omitted by the arbitrator (or his employees or agents) in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator.

(3) The above provisions apply to an employee or agent of an arbitral or other institution or person as they apply to the institution or person himself.

75 Charge to secure payment of solicitors' costs

The powers of the court to make declarations and orders under section 73 of the [1974 c. 47.] Solicitors Act 1974 or Article 71H of the [S.I. 1976/582 (N.I. 12).] Solicitors (Northern Ireland) Order 1976 (power to charge property recovered in the proceedings with the payment of solicitors' costs) may be exercised in relation to arbitral proceedings as if those proceedings were proceedings in the court.

Supplementary

76 Service of notices, &c

(1) The parties are free to agree on the manner of service of any notice or other document required or authorised to be given or served in pursuance of the arbitration agreement or for the purposes of the arbitral proceedings.

(2) If or to the extent that there is no such agreement the following provisions apply.

(3) A notice or other document may be served on a person by any effective means.

(4) If a notice or other document is addressed, pre-paid and delivered by post—

(a)to the addressee's last known principal residence or, if he is or has been carrying on a trade, profession or business, his last known principal business address, or

(b)where the addressee is a body corporate, to the body's registered or principal office,

it shall be treated as effectively served.

(5)This section does not apply to the service of documents for the purposes of legal proceedings, for which provision is made by rules of court.

(6)References in this Part to a notice or other document include any form of communication in writing and references to giving or serving a notice or other document shall be construed accordingly.

77Powers of court in relation to service of documents

(1)This section applies where service of a document on a person in the manner agreed by the parties, or in accordance with provisions of section 76 having effect in default of agreement, is not reasonably practicable.

(2)Unless otherwise agreed by the parties, the court may make such order as it thinks fit—

(a)for service in such manner as the court may direct, or

(b)dispensing with service of the document.

(3)Any party to the arbitration agreement may apply for an order, but only after exhausting any available arbitral process for resolving the matter.

(4)The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

78Reckoning periods of time

(1)The parties are free to agree on the method of reckoning periods of time for the purposes of any provision agreed by them or any provision of this Part having effect in default of such agreement.

(2)If or to the extent there is no such agreement, periods of time shall be reckoned in accordance with the following provisions.

(3)Where the act is required to be done within a specified period after or from a specified date, the period begins immediately after that date.

(4)Where the act is required to be done a specified number of clear days after a specified date, at least that number of days must intervene between the day on which the act is done and that date.

(5)Where the period is a period of seven days or less which would include a Saturday, Sunday or a public holiday in the place where anything which has to be done within the period falls to be done, that day shall be excluded.

In relation to England and Wales or Northern Ireland, a “public holiday” means Christmas Day, Good Friday or a day which under the [1971 c. 80.] Banking and Financial Dealings Act 1971 is a bank holiday.

79Power of court to extend time limits relating to arbitral proceedings

(1)Unless the parties otherwise agree, the court may by order extend any time limit agreed by them in relation to any matter relating to the arbitral proceedings or specified in any provision of this Part having effect in default of such agreement.

This section does not apply to a time limit to which section 12 applies (power of court to extend time for beginning arbitral proceedings, &c.).

(2)An application for an order may be made

(a)by any party to the arbitral proceedings (upon notice to the other parties and to the tribunal), or

(b)by the arbitral tribunal (upon notice to the parties).

(3)The court shall not exercise its power to extend a time limit unless it is satisfied—

(a)that any available recourse to the tribunal, or to any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has first been exhausted, and

(b)that a substantial injustice would otherwise be done.

(4)The court’s power under this section may be exercised whether or not the time has already expired.

(5) An order under this section may be made on such terms as the court thinks fit.

(6) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

80 Notice and other requirements in connection with legal proceedings

(1) References in this Part to an application, appeal or other step in relation to legal proceedings being taken “upon notice” to the other parties to the arbitral proceedings, or to the tribunal, are to such notice of the originating process as is required by rules of court and do not impose any separate requirement.

(2) Rules of court shall be made—

(a) requiring such notice to be given as indicated by any provision of this Part, and

(b) as to the manner, form and content of any such notice.

(3) Subject to any provision made by rules of court, a requirement to give notice to the tribunal of legal proceedings shall be construed—

(a) if there is more than one arbitrator, as a requirement to give notice to each of them; and

(b) if the tribunal is not fully constituted, as a requirement to give notice to any arbitrator who has been appointed.

(4) References in this Part to making an application or appeal to the court within a specified period are to the issue within that period of the appropriate originating process in accordance with rules of court.

(5) Where any provision of this Part requires an application or appeal to be made to the court within a specified time, the rules of court relating to the reckoning of periods, the extending or abridging of periods, and the consequences of not taking a step within the period prescribed by the rules, apply in relation to that requirement.

(6) Provision may be made by rules of court amending the provisions of this Part—

(a) with respect to the time within which any application or appeal to the court must be made,

(b)so as to keep any provision made by this Part in relation to arbitral proceedings in step with the corresponding provision of rules of court applying in relation to proceedings in the court, or

(c)so as to keep any provision made by this Part in relation to legal proceedings in step with the corresponding provision of rules of court applying generally in relation to proceedings in the court.

(7)Nothing in this section affects the generality of the power to make rules of court.

81 Saving for certain matters governed by common law

(1)Nothing in this Part shall be construed as excluding the operation of any rule of law consistent with the provisions of this Part, in particular, any rule of law as to—

(a)matters which are not capable of settlement by arbitration;

(b)the effect of an oral arbitration agreement; or

(c)the refusal of recognition or enforcement of an arbitral award on grounds of public policy.

(2)Nothing in this Act shall be construed as reviving any jurisdiction of the court to set aside or remit an award on the ground of errors of fact or law on the face of the award.

82 Minor definitions

(1)In this Part—

- “arbitrator”, unless the context otherwise requires, includes an umpire;
- “available arbitral process”, in relation to any matter, includes any process of appeal to or review by an arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to that matter;
- “claimant”, unless the context otherwise requires, includes a counterclaimant, and related expressions shall be construed accordingly;
- “dispute” includes any difference;
- “enactment” includes an enactment contained in Northern Ireland legislation;
- “legal proceedings” means civil proceedings in the High Court or a county court;
- “peremptory order” means an order made under section 41(5) or made in exercise of any corresponding power conferred by the parties;

- “premises” includes land, buildings, moveable structures, vehicles, vessels, aircraft and hovercraft;
- “question of law” means—
 - (a)

for a court in England and Wales, a question of the law of England and Wales, and
 - (b)

for a court in Northern Ireland, a question of the law of Northern Ireland;
- “substantive jurisdiction”, in relation to an arbitral tribunal, refers to the matters specified in section 30(1)(a) to (c), and references to the tribunal exceeding its substantive jurisdiction shall be construed accordingly.

(2)References in this Part to a party to an arbitration agreement include any person claiming under or through a party to the agreement.

83Index of defined expressions: Part I

In this Part the expressions listed below are defined or otherwise explained by the provisions indicated—

agreement, agree and agreed	section 5(1)
agreement in writing	section 5(2) to (5)
arbitration agreement	sections 6 and 5(1)
Arbitrator	section 82(1)
available arbitral process	section 82(1)
Claimant	section 82(1)
commencement (in relation to arbitral proceedings)	section 14
costs of the arbitration	section 59
the court	section 105
Dispute	section 82(1)

Enactment	section 82(1)
legal proceedings	section 82(1)
Limitation Acts	section 13(4)
notice (or other document)	section 76(6)
party—	
—in relation to an arbitration agreement	section 82(2)
—where section 106(2) or (3) applies	section 106(4)
peremptory order	section 82(1) (and see section 41(5))
Premises	section 82(1)
question of law	section 82(1)
recoverable costs	sections 63 and 64
seat of the arbitration	section 3
serve and service (of notice or other document)	section 76(6)
substantive jurisdiction (in relation to an arbitral tribunal)	section 82(1) (and see section 30(1)(a) to (c))
upon notice (to the parties or the tribunal)	section 80
written and in writing	section 5(6)

84 Transitional provisions

(1) The provisions of this Part do not apply to arbitral proceedings commenced before the date on which this Part comes into force.

(2) They apply to arbitral proceedings commenced on or after that date under an arbitration agreement whenever made.

(3) The above provisions have effect subject to any transitional provision made by an order under section 109(2) (power to include transitional provisions in commencement order).

Part II Other provisions relating to arbitration

Domestic arbitration agreements

85 Modification of Part I in relation to domestic arbitration agreement

(1) In the case of a domestic arbitration agreement the provisions of Part I are modified in accordance with the following sections.

(2) For this purpose a “domestic arbitration agreement” means an arbitration agreement to which none of the parties is—

(a) an individual who is a national of, or habitually resident in, a state other than the United Kingdom, or

(b) a body corporate which is incorporated in, or whose central control and management is exercised in, a state other than the United Kingdom,

and under which the seat of the arbitration (if the seat has been designated or determined) is in the United Kingdom.

(3) In subsection (2) “arbitration agreement” and “seat of the arbitration” have the same meaning as in Part I (see sections 3, 5(1) and 6).

86 Staying of legal proceedings

(1) In section 9 (stay of legal proceedings), subsection (4) (stay unless the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed) does not apply to a domestic arbitration agreement.

(2) On an application under that section in relation to a domestic arbitration agreement the court shall grant a stay unless satisfied—

(a) that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed, or

(b) that there are other sufficient grounds for not requiring the parties to abide by the arbitration agreement.

(3) The court may treat as a sufficient ground under subsection (2)(b) the fact that the applicant is or was at any material time not ready and willing to do all things necessary for

the proper conduct of the arbitration or of any other dispute resolution procedures required to be exhausted before resorting to arbitration.

(4) For the purposes of this section the question whether an arbitration agreement is a domestic arbitration agreement shall be determined by reference to the facts at the time the legal proceedings are commenced.

87 Effectiveness of agreement to exclude court's jurisdiction

(1) In the case of a domestic arbitration agreement any agreement to exclude the jurisdiction of the court under—

(a) section 45 (determination of preliminary point of law), or

(b) section 69 (challenging the award: appeal on point of law),

is not effective unless entered into after the commencement of the arbitral proceedings in which the question arises or the award is made.

(2) For this purpose the commencement of the arbitral proceedings has the same meaning as in Part I (see section 14).

(3) For the purposes of this section the question whether an arbitration agreement is a domestic arbitration agreement shall be determined by reference to the facts at the time the agreement is entered into.

88 Power to repeal or amend sections 85 to 87

(1) The Secretary of State may by order repeal or amend the provisions of sections 85 to 87.

(2) An order under this section may contain such supplementary, incidental and transitional provisions as appear to the Secretary of State to be appropriate.

(3) An order under this section shall be made by statutory instrument and no such order shall be made unless a draft of it has been laid before and approved by a resolution of each House of Parliament.

Consumer arbitration agreements

89 Application of unfair terms regulations to consumer arbitration agreements

(1) The following sections extend the application of the [S.I. 1994/3159] Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 in relation to a term which constitutes an arbitration agreement.

For this purpose “arbitration agreement” means an agreement to submit to arbitration present or future disputes or differences (whether or not contractual).

(2) In those sections “the Regulations” means those regulations and includes any regulations amending or replacing those regulations.

(3) Those sections apply whatever the law applicable to the arbitration agreement.

90 Regulations apply where consumer is a legal person

The Regulations apply where the consumer is a legal person as they apply where the consumer is a natural person.

91 Arbitration agreement unfair where modest amount sought

(1) A term which constitutes an arbitration agreement is unfair for the purposes of the Regulations so far as it relates to a claim for a pecuniary remedy which does not exceed the amount specified by order for the purposes of this section.

(2) Orders under this section may make different provision for different cases and for different purposes.

(3) The power to make orders under this section is exercisable

(a) for England and Wales, by the Secretary of State with the concurrence of the Lord Chancellor,

(b) for Scotland, by the Secretary of State with the concurrence of the Lord Advocate, and

(c) for Northern Ireland, by the Department of Economic Development for Northern Ireland with the concurrence of the Lord Chancellor.

(4) Any such order for England and Wales or Scotland shall be made by statutory instrument which shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

(5) Any such order for Northern Ireland shall be a statutory rule for the purposes of the [S.I. 1979/1573 (N.I. 12).] Statutory Rules (Northern Ireland) Order 1979 and shall be subject to negative resolution, within the meaning of section 41(6) of the [1954 c. 33 (N.I.).] Interpretation Act (Northern Ireland) 1954.

Small claims arbitration in the county court

92 Exclusion of Part I in relation to small claims arbitration in the county court

Nothing in Part I of this Act applies to arbitration under section 64 of the [1984 c. 28.] County Courts Act 1984.

Appointment of judges as arbitrators

93 Appointment of judges as arbitrators

(1) A judge of the Commercial Court or an official referee may, if in all the circumstances he thinks fit, accept appointment as a sole arbitrator or as umpire by or by virtue of an arbitration agreement.

(2) A judge of the Commercial Court shall not do so unless the Lord Chief Justice has informed him that, having regard to the state of business in the High Court and the Crown Court, he can be made available.

(3) An official referee shall not do so unless the Lord Chief Justice has informed him that, having regard to the state of official referees' business, he can be made available.

(4) The fees payable for the services of a judge of the Commercial Court or official referee as arbitrator or umpire shall be taken in the High Court.

(5) In this section—

- “arbitration agreement” has the same meaning as in Part I; and
- “official referee” means a person nominated under section 68(1)(a) of the [1981 c. 54.] Supreme Court Act 1981 to deal with official referees' business.

(6)The provisions of Part I of this Act apply to arbitration before a person appointed under this section with the modifications specified in Schedule 2.

Statutory arbitrations

94Application of Part I to statutory arbitrations

(1)The provisions of Part I apply to every arbitration under an enactment (a “statutory arbitration”), whether the enactment was passed or made before or after the commencement of this Act, subject to the adaptations and exclusions specified in sections 95 to 98.

(2)The provisions of Part I do not apply to a statutory arbitration if or to the extent that their application—

(a)is inconsistent with the provisions of the enactment concerned, with any rules or procedure authorised or recognised by it, or

(b)is excluded by any other enactment.

(3)In this section and the following provisions of this Part “enactment”—

(a)in England and Wales, includes an enactment contained in subordinate legislation within the meaning of the [1978 c. 30.] Interpretation Act 1978;

(b)in Northern Ireland, means a statutory provision within the meaning of section 1(f) of the [1954 c. 33 (N.I.).] Interpretation Act (Northern Ireland) 1954.

95General adaptation of provisions in relation to statutory arbitrations

(1)The provisions of Part I apply to a statutory arbitration—

(a)as if the arbitration were pursuant to an arbitration agreement and as if the enactment were that agreement, and

(b)as if the persons by and against whom a claim subject to arbitration in pursuance of the enactment may be or has been made were parties to that agreement.

(2)Every statutory arbitration shall be taken to have its seat in England and Wales or, as the case may be, in Northern Ireland.

96 Specific adaptations of provisions in relation to statutory arbitrations

(1) The following provisions of Part I apply to a statutory arbitration with the following adaptations.

(2) In section 30(1) (competence of tribunal to rule on its own jurisdiction), the reference in paragraph (a) to whether there is a valid arbitration agreement shall be construed as a reference to whether the enactment applies to the dispute or difference in question.

(3) Section 35 (consolidation of proceedings and concurrent hearings) applies only so as to authorise the consolidation of proceedings, or concurrent hearings in proceedings, under the same enactment.

(4) Section 46 (rules applicable to substance of dispute) applies with the omission of subsection (1)(b) (determination in accordance with considerations agreed by parties).

97 Provisions excluded from applying to statutory arbitrations

The following provisions of Part I do not apply in relation to a statutory arbitration—

(a) section 8 (whether agreement discharged by death of a party);

(b) section 12 (power of court to extend agreed time limits);

(c) sections 9(5), 10(2) and 71(4) (restrictions on effect of provision that award condition precedent to right to bring legal proceedings).

98 Power to make further provision by regulations

(1) The Secretary of State may make provision by regulations for adapting or excluding any provision of Part I in relation to statutory arbitrations in general or statutory arbitrations of any particular description.

(2) The power is exercisable whether the enactment concerned is passed or made before or after the commencement of this Act.

(3) Regulations under this section shall be made by statutory instrument which shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

Part III Recognition and enforcement of certain foreign awards

Enforcement of Geneva Convention awards

99 Continuation of Part II of the Arbitration Act 1950

Part II of the [1950 c. 27.] Arbitration Act 1950 (enforcement of certain foreign awards) continues to apply in relation to foreign awards within the meaning of that Part which are not also New York Convention awards.

Recognition and enforcement of New York Convention awards

100 New York Convention awards

(1) In this Part a “New York Convention award” means an award made, in pursuance of an arbitration agreement, in the territory of a state (other than the United Kingdom) which is a party to the New York Convention.

(2) For the purposes of subsection (1) and of the provisions of this Part relating to such awards—

(a) “arbitration agreement” means an arbitration agreement in writing, and

(b) an award shall be treated as made at the seat of the arbitration, regardless of where it was signed, despatched or delivered to any of the parties.

In this subsection “agreement in writing” and “seat of the arbitration” have the same meaning as in Part I.

(3) If Her Majesty by Order in Council declares that a state specified in the Order is a party to the New York Convention, or is a party in respect of any territory so specified, the Order shall, while in force, be conclusive evidence of that fact.

(4) In this section “the New York Convention” means the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration on 10th June 1958.

101 Recognition and enforcement of awards

(1) A New York Convention award shall be recognised as binding on the persons as between whom it was made, and may accordingly be relied on by those persons by way of defence, set-off or otherwise in any legal proceedings in England and Wales or Northern Ireland.

(2)A New York Convention award may, by leave of the court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect.

As to the meaning of “the court” see section 105.

(3)Where leave is so given, judgment may be entered in terms of the award.

102 Evidence to be produced by party seeking recognition or enforcement

(1)A party seeking the recognition or enforcement of a New York Convention award must produce—

(a)the duly authenticated original award or a duly certified copy of it, and

(b)the original arbitration agreement or a duly certified copy of it.

(2)If the award or agreement is in a foreign language, the party must also produce a translation of it certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent.

103 Refusal of recognition or enforcement

(1)Recognition or enforcement of a New York Convention award shall not be refused except in the following cases.

(2)Recognition or enforcement of the award may be refused if the person against whom it is invoked proves—

(a)that a party to the arbitration agreement was (under the law applicable to him) under some incapacity;

(b)that the arbitration agreement was not valid under the law to which the parties subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made;

(c)that he was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case;

(d)that the award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration (but see subsection (4));

(e) that the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, with the law of the country in which the arbitration took place;

(f) that the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, it was made.

(3) Recognition or enforcement of the award may also be refused if the award is in respect of a matter which is not capable of settlement by arbitration, or if it would be contrary to public policy to recognise or enforce the award.

(4) An award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be recognised or enforced to the extent that it contains decisions on matters submitted to arbitration which can be separated from those on matters not so submitted.

(5) Where an application for the setting aside or suspension of the award has been made to such a competent authority as is mentioned in subsection (2)(f), the court before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision on the recognition or enforcement of the award.

It may also on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award order the other party to give suitable security.

104 Saving for other bases of recognition or enforcement

Nothing in the preceding provisions of this Part affects any right to rely upon or enforce a New York Convention award at common law or under section 66.

Part IV General provisions

105 Meaning of “the court”: jurisdiction of High Court and county court

(1) In this Act “the court” means the High Court or a county court, subject to the following provisions.

(2) The Lord Chancellor may by order make provision—

(a) allocating proceedings under this Act to the High Court or to county courts; or

(b) specifying proceedings under this Act which may be commenced or taken only in the High Court or in a county court.

(3) The Lord Chancellor may by order make provision requiring proceedings of any specified description under this Act in relation to which a county court has jurisdiction to be commenced or taken in one or more specified county courts.

Any jurisdiction so exercisable by a specified county court is exercisable throughout England and Wales or, as the case may be, Northern Ireland.

(4) An order under this section—

(a) may differentiate between categories of proceedings by reference to such criteria as the Lord Chancellor sees fit to specify, and

(b) may make such incidental or transitional provision as the Lord Chancellor considers necessary or expedient.

(5) An order under this section for England and Wales shall be made by statutory instrument which shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

(6) An order under this section for Northern Ireland shall be a statutory rule for the purposes of the [S.I. 1979/1573 (N.I. 12).] Statutory Rules (Northern Ireland) Order 1979 which shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament in like manner as a statutory instrument and section 5 of the [1946 c. 36.] Statutory Instruments Act 1946 shall apply accordingly.

106 Crown application

(1) Part I of this Act applies to any arbitration agreement to which Her Majesty, either in right of the Crown or of the Duchy of Lancaster or otherwise, or the Duke of Cornwall, is a party.

(2) Where Her Majesty is party to an arbitration agreement otherwise than in right of the Crown, Her Majesty shall be represented for the purposes of any arbitral proceedings—

(a) where the agreement was entered into by Her Majesty in right of the Duchy of Lancaster, by the Chancellor of the Duchy or such person as he may appoint, and

(b) in any other case, by such person as Her Majesty may appoint in writing under the Royal Sign Manual.

(3) Where the Duke of Cornwall is party to an arbitration agreement, he shall be represented for the purposes of any arbitral proceedings by such person as he may appoint.

(4) References in Part I to a party or the parties to the arbitration agreement or to arbitral proceedings shall be construed, where subsection (2) or (3) applies, as references to the person representing Her Majesty or the Duke of Cornwall.

107 Consequential amendments and repeals

(1) The enactments specified in Schedule 3 are amended in accordance with that Schedule, the amendments being consequential on the provisions of this Act.

(2) The enactments specified in Schedule 4 are repealed to the extent specified.

108 Extent

(1) The provisions of this Act extend to England and Wales and, except as mentioned below, to Northern Ireland.

(2) The following provisions of Part II do not extend to Northern Ireland—

- section 92 (exclusion of Part I in relation to small claims arbitration in the county court), and
- section 93 and Schedule 2 (appointment of judges as arbitrators).

(3) Sections 89, 90 and 91 (consumer arbitration agreements) extend to Scotland and the provisions of Schedules 3 and 4 (consequential amendments and repeals) extend to Scotland so far as they relate to enactments which so extend, subject as follows.

(4) The repeal of the [1975 c. 3.] Arbitration Act 1975 extends only to England and Wales and Northern Ireland.

109 Commencement

(1) The provisions of this Act come into force on such day as the Secretary of State may appoint by order made by statutory instrument, and different days may be appointed for different purposes.

(2) An order under subsection (1) may contain such transitional provisions as appear to the Secretary of State to be appropriate.

110 Short title

This Act may be cited as the Arbitration Act 1996.

SCHEDULES

Section 4(1).

SCHEDULE 1 Mandatory provisions of Part I

- sections 9 to 11 (stay of legal proceedings);
- section 12 (power of court to extend agreed time limits);
- section 13 (application of Limitation Acts);
- section 24 (power of court to remove arbitrator);
- section 26(1) (effect of death of arbitrator);
- section 28 (liability of parties for fees and expenses of arbitrators);
- section 29 (immunity of arbitrator);
- section 31 (objection to substantive jurisdiction of tribunal);
- section 32 (determination of preliminary point of jurisdiction);
- section 33 (general duty of tribunal);
- section 37(2) (items to be treated as expenses of arbitrators);
- section 40 (general duty of parties);
- section 43 (securing the attendance of witnesses);
- section 56 (power to withhold award in case of non-payment);
- section 60 (effectiveness of agreement for payment of costs in any event);
- section 66 (enforcement of award);
- sections 67 and 68 (challenging the award: substantive jurisdiction and serious irregularity), and sections 70 and 71 (supplementary provisions; effect of order of court) so far as relating to those sections;
- section 72 (saving for rights of person who takes no part in proceedings);
- section 73 (loss of right to object);
- section 74 (immunity of arbitral institutions, &c.);
- section 75 (charge to secure payment of solicitors' costs).

Section 93(6).

SCHEDULE 2 Modifications of Part I in relation to judge-arbitrators

Introductory

1 In this Schedule “judge-arbitrator” means a judge of the Commercial Court or official referee appointed as arbitrator or umpire under section 93.

General

2(1) Subject to the following provisions of this Schedule, references in Part I to the court shall be construed in relation to a judge-arbitrator, or in relation to the appointment of a judge-arbitrator, as references to the Court of Appeal.

(2) The references in sections 32(6), 45(6) and 69(8) to the Court of Appeal shall in such a case be construed as references to the House of Lords.

Arbitrator’s fees

3(1) The power of the court in section 28(2) to order consideration and adjustment of the liability of a party for the fees of an arbitrator may be exercised by a judge-arbitrator.

(2) Any such exercise of the power is subject to the powers of the Court of Appeal under sections 24(4) and 25(3)(b) (directions as to entitlement to fees or expenses in case of removal or resignation).

Exercise of court powers in support of arbitration

4(1) Where the arbitral tribunal consists of or includes a judge-arbitrator the powers of the court under sections 42 to 44 (enforcement of pre-emptory orders, summoning witnesses, and other court powers) are exercisable by the High Court and also by the judge-arbitrator himself.

(2) Anything done by a judge-arbitrator in the exercise of those powers shall be regarded as done by him in his capacity as judge of the High Court and have effect as if done by that court.

Nothing in this sub-paragraph prejudices any power vested in him as arbitrator or umpire.

Extension of time for making award

5(1)The power conferred by section 50 (extension of time for making award) is exercisable by the judge-arbitrator himself.

(2)Any appeal from a decision of a judge-arbitrator under that section lies to the Court of Appeal with the leave of that court.

Withholding award in case of non-payment

6(1)The provisions of paragraph 7 apply in place of the provisions of section 56 (power to withhold award in the case of non-payment) in relation to the withholding of an award for non-payment of the fees and expenses of a judge-arbitrator.

(2)This does not affect the application of section 56 in relation to the delivery of such an award by an arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the delivery of the award.

7(1)A judge-arbitrator may refuse to deliver an award except upon payment of the fees and expenses mentioned in section 56(1).

(2)The judge-arbitrator may, on an application by a party to the arbitral proceedings, order that if he pays into the High Court the fees and expenses demanded, or such lesser amount as the judge-arbitrator may specify—

(a)the award shall be delivered,

(b)the amount of the fees and expenses properly payable shall be determined by such means and upon such terms as he may direct, and

(c)out of the money paid into court there shall be paid out such fees and expenses as may be found to be properly payable and the balance of the money (if any) shall be paid out to the applicant.

(3)For this purpose the amount of fees and expenses properly payable is the amount the applicant is liable to pay under section 28 or any agreement relating to the payment of the arbitrator.

(4) No application to the judge-arbitrator under this paragraph may be made where there is any available arbitral process for appeal or review of the amount of the fees or expenses demanded.

(5) Any appeal from a decision of a judge-arbitrator under this paragraph lies to the Court of Appeal with the leave of that court.

(6) Where a party to arbitral proceedings appeals under sub-paragraph (5), an arbitrator is entitled to appear and be heard.

Correction of award or additional award

8 Subsections (4) to (6) of section 57 (correction of award or additional award: time limit for application or exercise of power) do not apply to a judge-arbitrator.

Costs

9 Where the arbitral tribunal consists of or includes a judge-arbitrator the powers of the court under section 63(4) (determination of recoverable costs) shall be exercised by the High Court.

10(1) The power of the court under section 64 to determine an arbitrator's reasonable fees and expenses may be exercised by a judge-arbitrator.

(2) Any such exercise of the power is subject to the powers of the Court of Appeal under sections 24(4) and 25(3)(b) (directions as to entitlement to fees or expenses in case of removal or resignation).

Enforcement of award

11 The leave of the court required by section 66 (enforcement of award) may in the case of an award of a judge-arbitrator be given by the judge-arbitrator himself.

Solicitors' costs

12 The powers of the court to make declarations and orders under the provisions applied by section 75 (power to charge property recovered in arbitral proceedings with the payment of solicitors' costs) may be exercised by the judge-arbitrator.

Powers of court in relation to service of documents

13(1)The power of the court under section 77(2) (powers of court in relation to service of documents) is exercisable by the judge-arbitrator.

(2)Any appeal from a decision of a judge-arbitrator under that section lies to the Court of Appeal with the leave of that court.

Powers of court to extend time limits relating to arbitral proceedings

14(1)The power conferred by section 79 (power of court to extend time limits relating to arbitral proceedings) is exercisable by the judge-arbitrator himself.

(2)Any appeal from a decision of a judge-arbitrator under that section lies to the Court of Appeal with the leave of that court.

Section 107(1).

SCHEDULE 3Consequential amendments

Merchant Shipping Act 1894 (c. 60)

1In section 496 of the Merchant Shipping Act 1894 (provisions as to deposits by owners of goods), after subsection (4) insert—

“(5)In subsection (3) the expression “legal proceedings” includes arbitral proceedings and as respects England and Wales and Northern Ireland the provisions of section 14 of the Arbitration Act 1996 apply to determine when such proceedings are commenced.”.

Stannaries Court (Abolition) Act 1896 (c. 45)

2In section 4(1) of the Stannaries Court (Abolition) Act 1896 (references of certain disputes to arbitration), for the words from “tried before” to “any such reference” substitute “referred to arbitration before himself or before an arbitrator agreed on by the parties or an officer of the court”.

Tithe Act 1936 (c. 43)

3In section 39(1) of the Tithe Act 1936 (proceedings of Tithe Redemption Commission)—

(a)for “the Arbitration Acts 1889 to 1934” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”;

(b)for paragraph (e) substitute—

“(e)the making of an application to the court to determine a preliminary point of law and the bringing of an appeal to the court on a point of law;”;

(c)for “the said Acts” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Education Act 1944 (c. 31)

4In section 75(2) of the Education Act 1944 (proceedings of Independent School Tribunals) for “the Arbitration Acts 1889 to 1934” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Commonwealth Telegraphs Act 1949 (c. 39)

5In section 8(2) of the Commonwealth Telegraphs Act 1949 (proceedings of referees under the Act) for “the Arbitration Acts 1889 to 1934, or the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937,” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Lands Tribunal Act 1949 (c. 42)

6In section 3 of the Lands Tribunal Act 1949 (proceedings before the Lands Tribunal)—

(a)in subsection (6)(c) (procedural rules: power to apply Arbitration Acts), and

(b)in subsection (8) (exclusion of Arbitration Acts except as applied by rules),

for “the Arbitration Acts 1889 to 1934” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Wireless Telegraphy Act 1949 (c. 54)

7In the Wireless Telegraphy Act 1949, Schedule 2 (procedure of appeals tribunal), in paragraph 3(1)—

(a)for the words “the Arbitration Acts 1889 to 1934” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”;

(b)after the word “Wales” insert “or Northern Ireland”; and

(c)for “the said Acts” substitute “Part I of that Act”.

Patents Act 1949 (c. 87)

8In section 67 of the Patents Act 1949 (proceedings as to infringement of pre-1978 patents referred to comptroller), for “The Arbitration Acts 1889 to 1934” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

National Health Service (Amendment) Act 1949 (c. 93)

9In section 7(8) of the [1946 c. 81.] National Health Service (Amendment) Act 1949 (arbitration in relation to hardship arising from the National Health Service Act 1946 or the Act), for “the Arbitration Acts 1889 to 1934” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996” and for “the said Acts” substitute “Part I of that Act”.

Arbitration Act 1950 (c. 27)

10In section 36(1) of the Arbitration Act 1950 (effect of foreign awards enforceable under Part II of that Act) for “section 26 of this Act” substitute “section 66 of the Arbitration Act 1996”.

Interpretation Act (Northern Ireland) 1954 (c. 33 (N.I.))

11In section 46(2) of the Interpretation Act (Northern Ireland) 1954 (miscellaneous definitions), for the definition of “arbitrator” substitute—

““arbitrator” has the same meaning as in Part I of the Arbitration Act 1996;”.

Agricultural Marketing Act 1958 (c. 47)

12In section 12(1) of the Agricultural Marketing Act 1958 (application of provisions of Arbitration Act 1950)—

(a)for the words from the beginning to “shall apply” substitute “Sections 45 and 69 of the Arbitration Act 1996 (which relate to the determination by the court of questions of law) and section 66 of that Act (enforcement of awards) apply”; and

(b)for “an arbitration” substitute “arbitral proceedings”.

Carriage by Air Act 1961 (c. 27)

13(1)The Carriage by Air Act 1961 is amended as follows.

(2)In section 5(3) (time for bringing proceedings)—

(a)for “an arbitration” in the first place where it occurs substitute “arbitral proceedings”; and

(b)for the words from “and subsections (3) and (4)” to the end substitute “and the provisions of section 14 of the Arbitration Act 1996 apply to determine when such proceedings are commenced.”.

(3) In section 11(c) (application of section 5 to Scotland)—

(a) for “subsections (3) and (4)” substitute “the provisions of section 14 of the Arbitration Act 1996”; and

(b) for “an arbitration” substitute “arbitral proceedings”.

Factories Act 1961 (c. 34)

14 In the Factories Act 1961, for section 171 (application of Arbitration Act 1950), substitute—

“171 Application of the Arbitration Act 1996

Part I of the Arbitration Act 1996 does not apply to proceedings under this Act except in so far as it may be applied by regulations made under this Act.”.

Clergy Pensions Measure 1961 (No. 3)

15 In the Clergy Pensions Measure 1961, section 38(4) (determination of questions), for the words “The Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Transport Act 1962 (c. 46)

16(1) The Transport Act 1962 is amended as follows.

(2) In section 74(6)(f) (proceedings before referees in pension disputes), for the words “the Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

(3) In section 81(7) (proceedings before referees in compensation disputes), for the words “the Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

(4) In Schedule 7, Part IV (pensions), in paragraph 17(5) for the words “the Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Corn Rents Act 1963 (c. 14)

17 In the Corn Rents Act 1963, section 1(5) (schemes for apportioning corn rents, &c.), for the words “the Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Plant Varieties and Seeds Act 1964 (c. 14)

18In section 10(6) of the Plant Varieties and Seeds Act 1964 (meaning of “arbitration agreement”), for “the meaning given by section 32 of the Arbitration Act 1950” substitute “the same meaning as in Part I of the Arbitration Act 1996”.

Lands Tribunal and Compensation Act (Northern Ireland) 1964 (c. 29 (N.I.))

19In section 9 of the Lands Tribunal and Compensation Act (Northern Ireland) 1964 (proceedings of Lands Tribunal), in subsection (3) (where Tribunal acts as arbitrator) for “the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Industrial and Provident Societies Act 1965 (c. 12)

20(1)Section 60 of the Industrial and Provident Societies Act 1965 is amended as follows.

(2)In subsection (8) (procedure for hearing disputes between society and member, &c.)—

(a)in paragraph (a) for “the Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”; and

(b)in paragraph (b) omit “by virtue of section 12 of the said Act of 1950”.

(3)For subsection (9) substitute—

“(9)The court or registrar to whom any dispute is referred under subsections (2) to (7) may at the request of either party state a case on any question of law arising in the dispute for the opinion of the High Court or, as the case may be, the Court of Session.”.

Carriage of Goods by Road Act 1965 (c. 37)

21In section 7(2) of the Carriage of Goods by Road Act 1965 (arbitrations: time at which deemed to commence), for paragraphs (a) and (b) substitute—

“(a)as respects England and Wales and Northern Ireland, the provisions of section 14(3) to (5) of the Arbitration Act 1996 (which determine the time at which an arbitration is commenced) apply;”.

Factories Act (Northern Ireland) 1965 (c. 20 (N.I.))

22In section 171 of the Factories Act (Northern Ireland) 1965 (application of Arbitration Act), for “The Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Commonwealth Secretariat Act 1966 (c. 10)

23In section 1(3) of the Commonwealth Secretariat Act 1966 (contracts with Commonwealth Secretariat to be deemed to contain provision for arbitration), for “the Arbitration Act 1950 and the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Arbitration (International Investment Disputes) Act 1966 (c. 41)

24In the Arbitration (International Investment Disputes) Act 1966, for section 3 (application of Arbitration Act 1950 and other enactments) substitute—

“3Application of provisions of Arbitration Act 1996

(1)The Lord Chancellor may by order direct that any of the provisions contained in sections 36 and 38 to 44 of the Arbitration Act 1996 (provisions concerning the conduct of arbitral proceedings, &c.) shall apply to such proceedings pursuant to the Convention as are specified in the order with or without any modifications or exceptions specified in the order.

(2)Subject to subsection (1), the Arbitration Act 1996 shall not apply to proceedings pursuant to the Convention, but this subsection shall not be taken as affecting section 9 of that Act (stay of legal proceedings in respect of matter subject to arbitration).

(3)An order made under this section—

(a)may be varied or revoked by a subsequent order so made, and

(b)shall be contained in a statutory instrument.”.

Poultry Improvement Act (Northern Ireland) 1968 (c. 12 (N.I.))

25In paragraph 10(4) of the Schedule to the Poultry Improvement Act (Northern Ireland) 1968 (reference of disputes), for “The Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Industrial and Provident Societies Act (Northern Ireland) 1969 (c. 24 (N.I.))

26(1)Section 69 of the Industrial and Provident Societies Act (Northern Ireland) 1969 (decision of disputes) is amended as follows.

(2)In subsection (7) (decision of disputes)—

(a)in the opening words, omit the words from “and without prejudice” to “1937”;

(b)at the beginning of paragraph (a) insert “without prejudice to any powers exercisable by virtue of Part I of the Arbitration Act 1996,”; and

(c)in paragraph (b) omit “the registrar or” and “registrar or” and for the words from “as might have been granted by the High Court” to the end substitute “as might be granted by the registrar”.

(3)For subsection (8) substitute—

“(8)The court or registrar to whom any dispute is referred under subsections (2) to (6) may at the request of either party state a case on any question of law arising in the dispute for the opinion of the High Court.”.

Health and Personal Social Services (Northern Ireland) Order 1972 (N.I.14)

27In Article 105(6) of the Health and Personal Social Services (Northern Ireland) Order 1972 (arbitrations under the Order), for “the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Consumer Credit Act 1974 (c. 39)

28(1)Section 146 of the Consumer Credit Act 1974 is amended as follows.

(2)In subsection (2) (solicitor engaged in contentious business), for “section 86(1) of the Solicitors Act 1957” substitute “section 87(1) of the Solicitors Act 1974”.

(3)In subsection (4) (solicitor in Northern Ireland engaged in contentious business), for the words from “business done” to “Administration of Estates (Northern Ireland) Order 1979” substitute “contentious business (as defined in Article 3(2) of the Solicitors (Northern Ireland) Order 1976.”.

Friendly Societies Act 1974 (c. 46)

29(1)The Friendly Societies Act 1974 is amended as follows.

(2)For section 78(1) (statement of case) substitute—

“(1)Any arbitrator, arbiter or umpire to whom a dispute falling within section 76 above is referred under the rules of a registered society or branch may at the request of either party state a case on any question of law arising in the dispute for the opinion of the High Court or, as the case may be, the Court of Session.”.

(3)In section 83(3) (procedure on objections to amalgamations &c. of friendly societies), for “the Arbitration Act 1950 or, in Northern Ireland, the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Industry Act 1975 (c. 68)

30In Schedule 3 to the Industry Act (arbitration of disputes relating to vesting and compensation orders), in paragraph 14 (application of certain provisions of Arbitration Acts)—

(a)for “the Arbitration Act 1950 or, in Northern Ireland, the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”, and

(b)for “that Act” substitute “that Part”.

Industrial Relations (Northern Ireland) Order 1976 (N.I.16)

31In Article 59(9) of the Industrial Relations (Northern Ireland) Order 1976 (proceedings of industrial tribunal), for “The Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Aircraft and Shipbuilding Industries Act 1977 (c. 3)

32In Schedule 7 to the Aircraft and Shipbuilding Industries Act 1977 (procedure of Arbitration Tribunal), in paragraph 2—

(a)for “the Arbitration Act 1950 or, in Northern Ireland, the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”, and

(b)for “that Act” substitute “that Part”.

Patents Act 1977 (c. 37)

33In section 130 of the Patents Act 1977 (interpretation), in subsection (8) (exclusion of Arbitration Act) for “The Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Judicature (Northern Ireland) Act 1978 (c. 23)

34(1)The Judicature (Northern Ireland) Act 1978 is amended as follows.

(2)In section 35(2) (restrictions on appeals to the Court of Appeal), after paragraph (f) insert—

“(fa)except as provided by Part I of the Arbitration Act 1996, from any decision of the High Court under that Part;”.

(3)In section 55(2) (rules of court) after paragraph (c) insert—

“(cc)providing for any prescribed part of the jurisdiction of the High Court in relation to the trial of any action involving matters of account to be exercised in the prescribed manner by a person agreed by the parties and for the remuneration of any such person;”.

Health and Safety at Work (Northern Ireland) Order 1978 (N.I.9)

35In Schedule 4 to the Health and Safety at Work (Northern Ireland) Order 1978 (licensing provisions), in paragraph 3, for “The Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

County Courts (Northern Ireland) Order 1980 (N.I.3)

36(1)The County Courts (Northern Ireland) Order 1980 is amended as follows.

(2)In Article 30 (civil jurisdiction exercisable by district judge)—

(a)for paragraph (2) substitute—

“(2)Any order, decision or determination made by a district judge under this Article (other than one made in dealing with a claim by way of arbitration under paragraph (3)) shall be embodied in a decree which for all purposes (including the right of appeal under Part VI) shall have the like effect as a decree pronounced by a county court judge.”;

(b)for paragraphs (4) and (5) substitute

“(4)Where in any action to which paragraph (1) applies the claim is dealt with by way of arbitration under paragraph (3)

(a)any award made by the district judge in dealing with the claim shall be embodied in a decree which for all purposes (except the right of appeal under Part VI) shall have the like effect as a decree pronounced by a county court judge;

(b)the district judge may, and shall if so required by the High Court, state for the determination of the High Court any question of law arising out of an award so made;

(c)except as provided by sub-paragraph (b), any award so made shall be final; and

(d)except as otherwise provided by county court rules, no costs shall be awarded in connection with the action.

(5)Subject to paragraph (4), county court rules may—

(a)apply any of the provisions of Part I of the Arbitration Act 1996 to arbitrations under paragraph (3) with such modifications as may be prescribed;

(b)prescribe the rules of evidence to be followed on any arbitration under paragraph (3) and, in particular, make provision with respect to the manner of taking and questioning evidence.

(5A)Except as provided by virtue of paragraph (5)(a), Part I of the Arbitration Act 1996 shall not apply to an arbitration under paragraph (3).”.

(3)After Article 61 insert

“Appeals from decisions under Part I of Arbitration Act 1996

61A(1)Article 61 does not apply to a decision of a county court judge made in the exercise of the jurisdiction conferred by Part I of the Arbitration Act 1996.

(2)Any party dissatisfied with a decision of the county court made in the exercise of the jurisdiction conferred by any of the following provisions of Part I of the Arbitration Act 1996, namely

- (a) section 32 (question as to substantive jurisdiction of arbitral tribunal);
- (b) section 45 (question of law arising in course of arbitral proceedings);
- (c) section 67 (challenging award of arbitral tribunal: substantive jurisdiction);
- (d) section 68 (challenging award of arbitral tribunal: serious irregularity);
- (e) section 69 (appeal on point of law),

may, subject to the provisions of that Part, appeal from that decision to the Court of Appeal.

(3) Any party dissatisfied with any decision of a county court made in the exercise of the jurisdiction conferred by any other provision of Part I of the Arbitration Act 1996 may, subject to the provisions of that Part, appeal from that decision to the High Court.

(4) The decision of the Court of Appeal on an appeal under paragraph (2) shall be final.”.

Supreme Court Act 1981 (c. 54)

37(1) The Supreme Court Act 1981 is amended as follows.

(2) In section 18(1) (restrictions on appeals to the Court of Appeal), for paragraph (g) substitute—

“(g) except as provided by Part I of the Arbitration Act 1996, from any decision of the High Court under that Part;”.

(3) In section 151 (interpretation, &c.), in the definition of “arbitration agreement”, for “the Arbitration Act 1950 by virtue of section 32 of that Act;” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996;”.

Merchant Shipping (Liner Conferences) Act 1982 (c. 37)

38 In section 7(5) of the Merchant Shipping (Liner Conferences) Act 1982 (stay of legal proceedings), for the words from “section 4(1)” to the end substitute “section 9 of the Arbitration Act 1996 (which also provides for the staying of legal proceedings).”.

Agricultural Marketing (Northern Ireland) Order 1982 (N.I.12)

39In Article 14 of the Agricultural Marketing (Northern Ireland) Order 1982 (application of provisions of Arbitration Act (Northern Ireland) 1937)—

(a)for the words from the beginning to “shall apply” substitute “Section 45 and 69 of the Arbitration Act 1996 (which relate to the determination by the court of questions of law) and section 66 of that Act (enforcement of awards)” apply; and

(b)for “an arbitration” substitute “arbitral proceedings”.

Mental Health Act 1983 (c. 20)

40In section 78 of the Mental Health Act 1983 (procedure of Mental Health Review Tribunals), in subsection (9) for “The Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Registered Homes Act 1984 (c. 23)

41In section 43 of the Registered Homes Act 1984 (procedure of Registered Homes Tribunals), in subsection (3) for “The Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Housing Act 1985 (c. 68)

42In section 47(3) of the Housing Act 1985 (agreement as to determination of matters relating to service charges) for “section 32 of the Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Landlord and Tenant Act 1985 (c. 70)

43In section 19(3) of the Landlord and Tenant Act 1985 (agreement as to determination of matters relating to service charges), for “section 32 of the Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Credit Unions (Northern Ireland) Order 1985 (N.I.12)

44(1) Article 72 of the Credit Unions (Northern Ireland) Order 1985 (decision of disputes) is amended as follows.

(2) In paragraph (7)

(a) in the opening words, omit the words from “and without prejudice” to “1937”;

(b) at the beginning of sub-paragraph (a) insert “without prejudice to any powers exercisable by virtue of Part I of the Arbitration Act 1996,”; and

(c) in sub-paragraph (b) omit “the registrar or” and “registrar or” and for the words from “as might have been granted by the High Court” to the end substitute “as might be granted by the registrar”.

(3) For paragraph (8) substitute

“(8) The court or registrar to whom any dispute is referred under paragraphs (2) to (6) may at the request of either party state a case on any question of law arising in the dispute for the opinion of the High Court.”.

Agricultural Holdings Act 1986 (c. 5)

45 In section 84(1) of the Agricultural Holdings Act 1986 (provisions relating to arbitration), for “the Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Insolvency Act 1986 (c. 45)

46 In the Insolvency Act 1986, after section 349 insert—

“349A Arbitration agreements to which bankrupt is party

(1) This section applies where a bankrupt has become party to a contract containing an arbitration agreement before the commencement of his bankruptcy.

(2) If the trustee in bankruptcy adopts the contract, the arbitration agreement is enforceable by or against the trustee in relation to matters arising from or connected with the contract.

(3) If the trustee in bankruptcy does not adopt the contract and a matter to which the arbitration agreement applies requires to be determined in connection with or for the purposes of the bankruptcy proceedings—

(a) the trustee with the consent of the creditors' committee, or

(b) any other party to the agreement,

may apply to the court which may, if it thinks fit in all the circumstances of the case, order that the matter be referred to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(4) In this section—

- “arbitration agreement” has the same meaning as in Part I of the Arbitration Act 1996; and
- “the court” means the court which has jurisdiction in the bankruptcy proceedings.”.

Building Societies Act 1986 (c. 53)

47 In Part II of Schedule 14 to the Building Societies Act 1986 (settlement of disputes: arbitration), in paragraph 5(6) for “the Arbitration Act 1950 and the Arbitration Act 1979 or, in Northern Ireland, the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Mental Health (Northern Ireland) Order 1986 (N.I.4)

48 In Article 83 of the Mental Health (Northern Ireland) Order 1986 (procedure of Mental Health Review Tribunal), in paragraph (8) for “The Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Multilateral Investment Guarantee Agency Act 1988 (c. 8)

49For section 6 of the Multilateral Investment Guarantee Agency Act 1988 (application of Arbitration Act) substitute—

“6Application of Arbitration Act

(1)The Lord Chancellor may by order made by statutory instrument direct that any of the provisions of sections 36 and 38 to 44 of the Arbitration Act 1996 (provisions in relation to the conduct of the arbitral proceedings, &c.) apply, with such modifications or exceptions as are specified in the order, to such arbitration proceedings pursuant to Annex II to the Convention as are specified in the order.

(2)Except as provided by an order under subsection (1) above, no provision of Part I of the Arbitration Act 1996 other than section 9 (stay of legal proceedings) applies to any such proceedings.”.

Copyright, Designs and Patents Act 1988 (c. 48)

50In section 150 of the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (Lord Chancellor’s power to make rules for Copyright Tribunal), for subsection (2) substitute—

“(2)The rules may apply in relation to the Tribunal, as respects proceedings in England and Wales or Northern Ireland, any of the provisions of Part I of the Arbitration Act 1996.”.

Fair Employment (Northern Ireland) Act 1989 (c. 32)

51In the Fair Employment (Northern Ireland) Act 1989, section 5(7) (procedure of Fair Employment Tribunal), for “The Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Limitation (Northern Ireland) Order 1989 (N.I.11)

52In Article 2(2) of the Limitation (Northern Ireland) Order 1989 (interpretation), in the definition of “arbitration agreement”, for “the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Insolvency (Northern Ireland) Order 1989 (N.I.19)

53In the Insolvency (Northern Ireland) Order 1989, after Article 320 insert—

“Arbitration agreements to which bankrupt is party.

320A(1)This Article applies where a bankrupt had become party to a contract containing an arbitration agreement before the commencement of his bankruptcy.

(2)If the trustee in bankruptcy adopts the contract, the arbitration agreement is enforceable by or against the trustee in relation to matters arising from or connected with the contract.

(3)If the trustee in bankruptcy does not adopt the contract and a matter to which the arbitration agreement applies requires to be determined in connection with or for the purposes of the bankruptcy proceedings—

(a)the trustee with the consent of the creditors' committee, or

(b)any other party to the agreement,

may apply to the court which may, if it thinks fit in all the circumstances of the case, order that the matter be referred to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(4)In this Article—

- “arbitration agreement” has the same meaning as in Part I of the Arbitration Act 1996; and
- “the court” means the court which has jurisdiction in the bankruptcy proceedings.”.

Social Security Administration Act 1992 (c. 5)

54In section 59 of the Social Security Administration Act 1992 (procedure for inquiries, &c.), in subsection (7), for “The Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Social Security Administration (Northern Ireland) Act 1992 (c. 8)

55In section 57 of the Social Security Administration (Northern Ireland) Act 1992 (procedure for inquiries, &c.), in subsection (6) for “the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (c. 52)

56In sections 212(5) and 263(6) of the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (application of Arbitration Act) for “the Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Industrial Relations (Northern Ireland) Order 1992 (N.I.5)

57In Articles 84(9) and 92(5) of the Industrial Relations (Northern Ireland) Order 1992 (application of Arbitration Act) for “The Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Registered Homes (Northern Ireland) Order 1992 (N.I.20)

58In Article 33(3) of the Registered Homes (Northern Ireland) Order 1992 (procedure of Registered Homes Tribunal) for “The Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Education Act 1993 (c. 35)

59In section 180(4) of the Education Act 1993 (procedure of Special Educational Needs Tribunal), for “The Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Roads (Northern Ireland) Order 1993 (N.I.15)

60(1)The Roads (Northern Ireland) Order 1993 is amended as follows.

(2)In Article 131 (application of Arbitration Act) for “the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

(3) In Schedule 4 (disputes), in paragraph 3(2) for “the Arbitration Act (Northern Ireland) 1937” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

Merchant Shipping Act 1995 (c. 21)

61 In Part II of Schedule 6 to the Merchant Shipping Act 1995 (provisions having effect in connection with Convention Relating to the Carriage of Passengers and Their Luggage by Sea), for paragraph 7 substitute—

“7 Article 16 shall apply to arbitral proceedings as it applies to an action; and, as respects England and Wales and Northern Ireland, the provisions of section 14 of the Arbitration Act 1996 apply to determine for the purposes of that Article when an arbitration is commenced.”.

Industrial Tribunals Act 1996 (c. 17)

62 In section 6(2) of the Industrial Tribunals Act 1996 (procedure of industrial tribunals), for “The Arbitration Act 1950” substitute “Part I of the Arbitration Act 1996”.

TABLES DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	I
TABLE DES ABBREVIATION.....	V
INTRODUCTION GENERALE.....	1
CHAPITER PRELIMINAIRE.....	10
Section I –Le Protocol de Genève du 24 septembre 1923.....	12
Section II – La Convention de Genève du 26 septembre 1927.....	13
Section III- Le projet de la CCI de 1953.....	16
Section IV- Le projet du Conseil Economique et Sociale de 1955.....	17
Section V- L’adoption de la Convention de New York de 1958.....	19
PREMIERE PARTIE: LA RECONNAISSANCE ET L’EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES SUR LE FONDEMENT DE LA CONVENTION DE 1958.....	22
CHAPITRE I: Le champ d’application de la Convention de New York de 1958.....	24
Section I- Les dispositions prévues par l’article I de la Convention de New York.....	24
Paragraphe I- Les sentences soumises à la Convention.....	25
Paragraphe II- La nationalité des parties.....	30
Paragraphe III- La sentence arbitrale étrangère.....	31
Sous-Paragraphe 1- Le critère de la territorialité.....	32
Sous-Paragraphe 2- Les sentences non considérées comme nationales.....	36
A- La sentence rendue dans le pays d’exécution.....	38
B- Une sentence « a-nationale ».....	41
Paragraphe IV- Les réserves.....	47
Sous-Paragraphe 1: La réserve de réciprocité.....	48
Sous-Paragraphe 2: La réserve de commercialité.....	53
Section II- La procédure en vue de l’exécution de la sentence arbitrale selon la Convention.....	57

Paragraphe I- Les règles procédurales de la Convention.....	58
Sous-Paragraphe 1- L'application des règles procédurales.....	58
Sous-Paragraphe 2- L'interdiction d'imposer des conditions plus rigoureuses.....	61
Paragraphe II- Les conditions imposées au demandeur.....	62
Sous-Paragraphe 1- Les conditions d'authentification et de certification.....	63
A- L'authentification.....	65
B- La certification.....	66
C- L'autorité compétente pour authentifier ou certifier les documents.....	66
D- Les conditions de soumission sont-elles obligatoires?.....	67
Sous-Paragraphe 2- La traduction.....	69
Section III- L'élargissement du champ d'application de la Convention.....	73
Paragraphe I- La liberté d'une partie de choisir une loi nationale plus favorable.....	74
Sous-Paragraphe 1- La combinaison des dispositions de la Convention avec d'autres lois nationales.....	75
Sous-Paragraphe 2- La partie ayant le droit d'invoquer la loi " <i>la plus favorable</i> ".....	78
Sous-Paragraphe 3- La légitimité du recours aux autres traités.....	79
Sous-Paragraphe 4- la relation existante entre les articles V et VII.....	81
A- Le caractère obligatoire ou facultatif.....	81
B- La position de la jurisprudence par rapport à l'application de l'article VII al.1.....	83
Paragraphe II- La relation entre la Convention de New York et les précédents conventions internationales.....	88
CHAPITRE II- Les limites au champ d'application de la Convention de New York de 1958.....	92
Section I- La compétence des juridictions d'exécution relative à l'ajournement de la sentence et à la demande de garanties.....	92
Paragraphe I – Le pouvoir discrétionnaire d'exécuter ou de suspendre la sentence.....	93
Paragraphe II- Les garanties convenables.....	102
Section II- L'immunité des Etats.....	105
Paragraphe I- L'étendue de l'immunité.....	106

Paragraphe II- Le lien entre l'immunité et la Convention de New York.....	110
Paragraphe III- Les formes d'immunité et les approches doctrinales et jurisprudentielles...	112
Sous-Paragraphe 1- L'immunité de juridiction.....	113
A- La renonciation à l'immunité de juridiction.....	114
B- La position des différents Etats.....	116
1- Les Etats Unis.....	116
2- Le Royaume-Uni.....	119
3- L'Australie.....	121
4- La France.....	121
Sous-Paragraphe 2- L'immunité d'exécution.....	122
A- La renonciation à l'immunité d'exécution.....	123
1- L'approche Australienne.....	124
2- L'approche américaine.....	125
3- La position française.....	126
4- Hong Kong.....	131
5- La position anglaise.....	132
B- Les biens protégés par l'immunité d'exécution.....	133

DEUXIEME PARTIE- LES MOTIFS DU REFUS D'EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES SUR LE FONDEMENT DE LA CONVENTION.....148

I- Les différentes approches portant sur la nature discrétionnaire de l'article V....	150
A- Les arguments en faveur de la nature obligatoire de l'article V.....	150
B- Les arguments contre la nature obligatoire de l'article V.....	155
C- La jurisprudence sur la nature discrétionnaire de l'article V.....	156
II- Les motifs sont exhaustifs.....	157
CHAPITRE I- Les motifs du refus d'exécution d'après la requête du demandeur.....	160
Section I- L'invalidité de la convention d'arbitrage pour incapacité des parties et illicéité de la convention d'arbitrage.....	160
Paragraphe I- L'incapacité des parties.....	161
Sous-Paragraphe 1- La loi applicable à l'incapacité.....	162
Sous-Paragraphe 2- Le domaine d'application de l'incapacité.....	164
Sous-Paragraphe 3- La capacité juridique de l'Etat et de ses organismes.....	166
Paragraphe II- La licéité de la convention d'arbitrage.....	169
Sous-Paragraphe 1- La loi applicable.....	170
Sous-Paragraphe 2- Le champ d'application de la licéité de la convention d'arbitrage.....	173

A- La question de la compétence des juridictions arbitrales.....	174
B- La licéité formelle de la convention d'arbitrage.....	178
Section II- L'atteinte à la procédure arbitrale.....	184
Paragraphe I- La détermination du principe de contradictoire.....	184
Paragraphe II- La loi applicable au principe du contradictoire.....	186
Paragraphe III- Le principe du contradictoire et sa relation avec l'ordre public.....	188
Paragraphe IV- L'atteinte au principe du contradictoire.....	190
Sous-Paragraphe 1- Le droit à l'information.....	192
A- La détermination de l'expression « <i>dûment informé ou notifié</i> ».....	193
B- Les délais de notification.....	196
Sous-Paragraphe 2- L'impossibilité pour une partie de présenter ses moyens.....	198
Section III- L'abus de pouvoir de l'arbitre.....	205
Paragraphe I- Le dépassement des pouvoirs de l'arbitre.....	206
Sous-Paragraphe 1- Le dépassement des pouvoirs de l'arbitre « <i>ultra petita</i> ».....	208
Sous-Paragraphe 2- Le dépassement des pouvoirs de l'arbitre « <i>infra petita</i> ».....	213
Paragraphe II- Les sentences partielles.....	217
Section IV- L'irrégularité du tribunal ou de la procédure arbitrale.....	221
Paragraphe I- La loi applicable.....	221
Sous-Paragraphe 1- L'approche « <i>stricte</i> ».....	224
Sous-Paragraphe 2- L'approche « <i>souple</i> ».....	228
Paragraphe II- Le champ d'application.....	230
Section V- La sentence non-obligatoire ou annulée ou suspendue dans son pays d'origine.....	238
Paragraphe I- La sentence « <i>non-obligatoire</i> ».....	239
Sous-Paragraphe 1- La définition de la sentence obligatoire.....	241
Sous-Paragraphe 2- Le moment à partir duquel la sentence devient obligatoire.....	244
Paragraphe II- L'annulation de la sentence.....	247
Sous-Paragraphe 1- L'autorité compétente.....	248

Sous-Paragraphe 2- Le champ d'application de la sentence annulée.....	255
Sous-Paragraphe 3- La légitimité de l'exécution d'une sentence arbitrale annulée.....	256
A- L'approche territoriale.....	257
1- Les arguments en faveur de l'approche territoriale.....	258
2- Les arguments contre l'approche territoriale.....	260
3- L'application de l'approche territoriale par les juridictions étatiques.....	262
B- L'approche de la délocalisation.....	268
1- Les arguments en faveur de l'approche de la délocalisation.....	268
2- Les arguments contre l'approche de la délocalisation.....	271
3- L'application de cette approche par les juridictions nationales.....	272
C- L'approche du compromis.....	283
Paragraphe III- La suspension d'une sentence arbitrale.....	285
CHAPITRE II- Les motifs de refus d'exécution soulevé d'office par les juridictions étatiques.....	290
Section I- L'inarbitrabilité du litige.....	293
Paragraphe I- La loi applicable.....	294
Paragraphe II- Le sujet de l'arbitrabilité.....	297
Sous Paragraphe 1- L'arbitrabilité en matière du droit social, des contrats administratifs et de la nationalisation.....	300
A- Le droit social.....	300
B- Les contrats administratifs.....	302
C- La nationalisation.....	303
Sous-Paragraphe 1- L'arbitrabilité en matière de faillite, des contrats de consommation, du droit boursier et du droit de la concurrence.....	304
A- La faillite.....	304
B- Les contrats de consommation.....	305
C- Le droit boursier.....	307
D- Le droit de la concurrence (antitrust).....	308
Sous-Paragraphe 3- Les autres domaines d'arbitrabilité.....	311
A- Les contrats de mandat et de licence.....	311
B- La fraude, la corruption et autres délits.....	313
C- Le droit des sociétés.....	314
D- La propriété intellectuelle.....	315
Section II- L'atteinte à l'ordre public.....	317

Paragraphe I- La définition de l'ordre public.....	320
Paragraphe II- L'ordre public dans le cadre de la Convention de New York.....	323
Sous-Paragraphe 1- La définition de l'ordre public en droit interne.....	324
A- L'interprétation stricte de l'ordre public.....	332
B- Ordre public national et ordre public international.....	334
Sous-Paragraphe 2- La violation ou l'atteinte à l'ordre public.....	342
A- La mauvaise application de la loi nationale par les arbitres.....	342
B- Le taux d'intérêt excessif.....	344
C- L'impartialité des arbitres.....	347
D- La fraude et l'illégalité.....	348
E- Le défaut de motivation.....	351
Paragraphe 3- La révision de l'ordre public.....	352
Conclusion du 1 ^{er} Chapitre.....	91
Conclusion du 2 ^{ème} Chapitre.....	143
Conclusion Générale de la Première Partie.....	144
Conclusion du 1 ^{er} Chapitre.....	288
Conclusion du 2 ^{ème} Chapitre.....	356
Conclusion de la Deuxième Partie.....	357
CONCLUSION GENERALE.....	359
BIBLIOGRAPHIE.....	366
ANNEXE.....	394
TABLES DES MATIÈRES.....	563