

**Assemblée générale**

Distr. générale
13 janvier 2014
Français
Original: anglais

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

Règlement des litiges commerciaux**Guide de la CNUDCI sur la Convention pour la reconnaissance et
l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)****Note du Secrétariat****Additif****[Article II-2]****C. Une clause compromissoire ou un compromis contenus
dans un échange de documents****a. Un échange**

47. Aux termes de l'article II-2, une convention satisfait également à l'exigence de forme "écrite" si elle est contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes. Comme l'a fait observer une juridiction allemande, l'élément essentiel s'agissant de l'exigence d'un échange de documents au sens de la Convention de New York est son caractère mutuel; à savoir le fait qu'il s'agisse d'une transmission réciproque de documents⁸².

48. Le Tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia a confirmé que le comportement unilatéral d'une partie ne suffit pas à établir l'existence d'une "convention écrite" au sens de l'article II-2 de la Convention⁸³. En l'espèce, la

⁸² Oberlandesgericht [OLG] Francfort, Allemagne, 26 juin 2006, 26 Sch 28/05; Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG], Allemagne, 12 décembre 2002, 4 Z Sch 16/02.

⁸³ *Moscow Dynamo c. Alexander M. Ovechkin*, District Court, District of Columbia, États-Unis d'Amérique, 18 janvier 2006, 05-2245 (EGS).



partie adverse n'avait jamais répondu expressément ou implicitement aux lettres dans lesquelles figuraient les conventions d'arbitrage.

49. Dans le contexte de la soumission à l'arbitrage d'un différend en matière d'investissements, la Cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis a confirmé que l'exigence d'un échange de documents au sens de l'article II de la Convention était satisfaite par une offre d'arbitrage contenue dans un traité d'investissement bilatéral et son acceptation ultérieure par un investisseur dans la demande d'arbitrage⁸⁴.

b. Liste non exhaustive de documents

50. Bien que l'article II-2 se contente de mentionner expressément "un échange de lettres ou de télégrammes", il est largement admis qu'il vise tout échange de documents sans se limiter à des lettres et télégrammes. La plupart des juridictions considèrent qu'une convention d'arbitrage contenue dans un échange de documents ou tout autre type de communication écrite, tant matérielle qu'électronique, satisfait à l'exigence de l'article II-2⁸⁵.

51. À titre d'exemple, une juridiction canadienne statuant sur la validité d'une convention d'arbitrage au regard de l'article V-1 a) a confirmé qu'une "convention écrite" au sens de l'article II-2 peut prendre des formes diverses et devrait faire l'objet d'une interprétation fonctionnelle et pragmatique⁸⁶.

52. D'ailleurs, à sa trente-neuvième session, tenue en juillet 2006, la CNUDCI a expressément recommandé qu'on applique le paragraphe 2 de l'article II "en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs"⁸⁷. À titre de

⁸⁴ *Republic of Ecuador c. Chevron Corp. (US)*, Court of Appeals, Second Circuit, États-Unis d'Amérique, 17 mars 2011, 10–1020–cv (L), 10–1026 (Con). Voir aussi *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran c. Gould Inc., Gould Marketing, Inc., Hoffman Export Corporation, and Gould International, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit, États-Unis d'Amérique, 23 octobre 1989, 88–5879/88–5881 sur le fait que le statut du Tribunal des différends irano-américains puisse être considéré comme une "convention écrite".

⁸⁵ Pour un échange de télex et télécopies, voir: *Compagnie de Navigation et Transports SA c. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal fédéral, Suisse, 16 janvier 1995; *C.S.A. c. E. Corporation*, Cour de justice de Genève, Suisse, 14 avril 1983, 187. Pour un échange de courriers électroniques, accompagné d'une confirmation par télécopie, voir: *Great Offshore Ltd c. Iranian Offshore Engineering & Construction Co*, Supreme Court, Civil Appellate Jurisdiction, Inde, 25 août 2008, demande d'arbitrage n° 10 de 2006.

⁸⁶ *Sheldon Proctor c. Leon Schellenberg*, Cour d'appel du Manitoba, Canada, 11 décembre 2002.

⁸⁷ Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958 (2006), par. 1. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 177 à 181 et annexe II, disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/A2F.pdf>. Dès 2005, la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux élaborée par la CNUDCI prévoyait que ce texte s'appliquerait, en vertu de son article 20, à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique la Convention de New York. Voir la résolution 60/21 adoptée par l'Assemblée générale le 23 novembre 2005 sur la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf.

confirmation supplémentaire, à la même session, la CNUDCI a modifié la Loi type sur l'arbitrage afin de préciser qu'"une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite (...)"⁸⁸. Conformément à la recommandation formulée par la CNUDCI, une décision rendue récemment par une juridiction espagnole estime que la liste des documents figurant à l'article II n'est pas exhaustive et, qu'en conséquence, une convention d'arbitrage conclue par des moyens de communication électroniques satisfait à l'exigence de forme écrite⁸⁹.

53. Certains commentateurs ont également considéré que les éléments énumérés dans l'article II-2 ne sont pas exhaustifs, en se fondant sur le mot "*include*" (inclut) figurant dans la version anglaise de cet article⁹⁰.

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

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

55. Le Tribunal fédéral suisse a confirmé que lorsque la convention d'arbitrage est contenue dans un échange de documents, l'exigence de signature ne s'applique pas⁹¹. De la même manière, statuant sur le fondement de l'article 7 de la loi indienne de 1996 sur l'arbitrage (qui reprend l'article II-2 de la Convention), la Cour suprême indienne a admis l'existence d'une convention d'arbitrage contenue dans un contrat non signé ayant été échangé entre les parties⁹². Cette solution a été adoptée par de nombreux États⁹³.

⁸⁸ Article 7-4 (option I) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (avec les amendements adoptés en 2006).

⁸⁹ Haute Cour de justice de Catalogne, Espagne, 15 mars 2012, RJ 2012/6120.

⁹⁰ Voir, par exemple, Toby Landau, Salim Moollan, *Article II and the Requirement of the Form*, dans ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 189, p. 244 à 247 (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008); Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitration Agreements in Online Business to Business Transactions*, dans LIBER AMICORUM K.-H. BOCKSTIEGEL 355 (2001), p. 358 à 362. Force est de reconnaître toutefois que, pris seul, cet argument n'est pas déterminant car il n'est pas corroboré par le libellé de ce même paragraphe dans les autres langues officielles de la Convention. Par exemple, l'expression employée en français, "*On entend par "convention écrite" (...)*", ne permet pas de penser qu'il puisse s'agir d'une liste non exhaustive, mais laisse plutôt entendre qu'il s'agit d'une définition de la "convention écrite".

⁹¹ *Compagnie de Navigation et Transports SA c. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal fédéral, Suisse, 16 janvier 1995; *Tradax Export SA c. Amoco Iran Oil Company*, Tribunal fédéral, Suisse, 7 février 1984.

⁹² *M/S Unissi (India) Pvt Ltd c. Post Graduate Institute of Medical Education and Research*, Supreme Court, Inde, 1^{er} octobre 2008, affaire civile n° 6039 de 2008.

⁹³ *Not Indicated c. Not Indicated*, Cour suprême, Autriche, 21 février 1978, X Y.B. COM. ARB. 418 (1985), p. 418 et 419; *Standard Bent Glass Corp. c. Glassrobots OY*, Court of Appeals, Third Circuit, États-Unis d'Amérique, 20 juin 2003, 02-2169. Voir aussi, au stade de l'exécution de la sentence: *Landgericht [LG] Zweibrücken*, Allemagne, 11 janvier 1978, 6.0 H 1/77; *Oberlandesgericht [OLG] Schleswig*, Allemagne, 30 mars 2000, 16 SchH 05/99.

56. Au contraire, un petit nombre de décisions refusent l'exécution d'une convention d'arbitrage non signée ayant fait l'objet d'un échange par télex⁹⁴.

57. Les *travaux préparatoires* et le libellé de l'article II-2 corroborent l'approche selon laquelle l'exigence de signature ne s'applique pas à un échange de documents. Les rédacteurs de la Convention de New York ont veillé à adopter une exigence de forme écrite souple, qui corresponde à la réalité des affaires⁹⁵. C'est pour cette raison qu'une distinction a été établie entre "une clause compromissoire [...] et un compromis, signés par les parties" "ou" "contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes".

ARTICLE II-3

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

A. Principes généraux

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

59. L'article II-3 dispose que le "tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage [...]". Ainsi que l'a observé la Cour suprême canadienne, l'objet et le but de l'article II-3 sont de renforcer l'obligation d'exécuter les conventions d'arbitrage⁹⁶.

60. Les *travaux préparatoires* sont silencieux sur la portée de l'obligation des tribunaux de renvoyer les parties à l'arbitrage. L'expression "renverra les parties à l'arbitrage" est tirée du Protocole de Genève, qui énonce, en ses dispositions pertinentes, que "les tribunaux des États contractants [...] renverront les intéressés,

⁹⁴ Voir par exemple, *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anonima Comercial Industrial Financeira Imobiliaria y Agropecuaria c. Moinho Paulista Ltd*, Cour supérieure de justice, Brésil, 17 mai 2006, SEC 866 ; décision confirmée dans *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anonima Comercial Industrial Financeira Imobiliaria y Agropecuaria c. Moinho Paulista Ltda.*, Cour supérieure de justice, Brésil, 7 mars 2007, demande de clarification de SEC 866.

⁹⁵ *Travaux préparatoires*, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Observations des gouvernements relatives au projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, E/2822/Add.4 (Royaume-Uni); *Travaux préparatoires*, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, compte rendu analytique de la treizième séance, E/CONF.26/SR.13 (représentant de la Conférence de La Haye de droit international privé); *Travaux préparatoires*, Rapport du Comité de l'exécution des sentences arbitrales internationales, E/AC.42/SR.7 (Suède, Inde); *Travaux préparatoires*, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, compte rendu analytique de la 9^e séance E/CONF.26/SR.9 (représentant de l'Allemagne), p. 3.

⁹⁶ *GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc. et Scierie Thomas-Louis Tremblay Inc.*, Cour suprême, Canada, 22 juillet 2005, 30217.

à la demande de l'un d'eux, au jugement des arbitres"⁹⁷. Cette formule a été proposée par la délégation suédoise à la Conférence de New York et adoptée après avoir été à nouveau modifiée par le Comité de rédaction⁹⁸.

61. Les juridictions interprètent les mots "renverra" figurant à l'article II-3 comme signifiant que le renvoi à l'arbitrage est obligatoire et ne saurait être laissé à leur appréciation⁹⁹. En pratique, elles s'acquittent de leur obligation de renvoi des parties à l'arbitrage de deux façons différentes.

62. La première solution, choisie par les juridictions des systèmes de droit romano-germanique, consiste à décliner leur compétence en présence d'une convention d'arbitrage. Par exemple, dans un certain nombre de décisions, les juridictions françaises et suisses ont estimé que, conformément à l'article II de la Convention, la présence d'une convention d'arbitrage les privait de leur compétence et elles ont donc renvoyé les parties à l'arbitrage¹⁰⁰.

63. La seconde solution, choisie par la plupart des juridictions de *common law*, consiste à surseoir à statuer, donnant ainsi effet à leur obligation d'exécuter les conventions d'arbitrage. À titre d'exemple, la Cour fédérale australienne, interprétant le paragraphe 2 de l'article 7 de la loi australienne sur l'arbitrage international à la lumière de l'article II-3 de la Convention, a estimé que le membre de phrase "renverra les parties à l'arbitrage [...] ne devrait pas être interprété comme obligeant les parties à soumettre leurs différends à l'arbitrage"¹⁰¹. Elle explique qu'au contraire les tribunaux étatiques devraient surseoir à statuer, mais ne peuvent imposer aux parties de recourir à l'arbitrage si elles ne le souhaitent pas.

⁹⁷ Protocole de Genève relatif aux clauses d'arbitrage, article 4.

⁹⁸ *Travaux préparatoires*, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, compte rendu analytique de la vingt et unième séance, E/CONF.26/SR.21, p. 18 à 23; *Travaux préparatoires*, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, Consideration on the Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (examen du projet de convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, en anglais seulement), E/CONF.26/L.59.

⁹⁹ Voir, par exemple, *Renusagar Power Co Ltd c. General Electric Company and anor*, Supreme Court, Inde, 16 août 1984; *Shin-Etsu Chemical Co Ltd c. Aksh Optifibre Ltd and anor*, Supreme Court, Inde, 12 août 2005; *Ishwar D. Jain c. Henri Courier de Mere*, Court of Appeals, Seventh Circuit, États-Unis d'Amérique, 3 avril 1995, 94-3314; *Aasma et al. c. American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association Inc. (USA)*, Court of Appeals, Sixth Circuit, États-Unis d'Amérique, 29 août 1996, 94-3881, 94-3883; *InterGen N.V. (Netherlands) c. Grina (Switzerland)*, Court of Appeals, First Circuit, États-Unis d'Amérique, 22 septembre 2003, 03-1056; *Ingosstrakh c. Aabis Rederi Sovfrakht*, Tribunal municipal de Moscou, ex-URSS, 6 mai 1968, I Y.B. COM. ARB. 206 (1976); *Louis Dreyfus Corporation of New York c. Oriana Soc. di Navigazione S.p.a*, Cour de cassation, Italie, 27 février 1970, 470, I Y.B. COM. ARB. 189 (1976); *Nile Cotton Ginning Company c. Cargill Limited*, Cour d'appel du Caire, Égypte, 29 juin 2003, 92-7876.

¹⁰⁰ *Société Sysmode S.A.R.L. et Société Sysmode France c. Société Metra HOS et Société SEMA*, Cour d'appel de Paris, 8 décembre 1988; *Les Tréfileries & Ateliers de Commercy c. Société Philipp Brothers France et Société Derby & Co Limited*, Cour d'appel de Nancy, 5 décembre 1980. Voir aussi: *Fondation M c. Banque X*, Tribunal fédéral, Suisse, 29 avril 1996.

¹⁰¹ *Hi-Fert Pty Ltd c. Kuikiang Maritime Carriers Inc.*, Federal Court, Australie, 26 mai 1998, NG 1100 & 1101 de 1997. Voir aussi: *Westco Airconditioning Ltd c. Sui Chong Construction and Engineering Ltd*, Court of First Instance, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Hong Kong, 3 février 1998, n° A12848.

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

65. Les juridictions de certains pays vont jusqu'à délivrer des injonctions antipoursuites pour favoriser l'arbitrage. La Cour d'appel d'Angleterre a notamment estimé que ces injonctions visant à obliger les parties à se conformer à une convention d'arbitrage n'étaient pas contraires à la Convention de New York¹⁰².

b. Nécessité d'une demande d'une partie

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

67. La question de savoir si une juridiction peut, ou non, renvoyer d'office les parties à l'arbitrage n'est pas expressément tranchée par l'article II-3. Cependant, puisque par définition l'arbitrage repose sur le consentement des parties, celles-ci demeurent libres de renoncer à la convention d'arbitrage antérieurement conclue entre elles. Si aucune des parties ne fait valoir l'existence d'une convention d'arbitrage, la juridiction ne renverra pas d'office les parties à l'arbitrage mais confirmera, en conséquence, sa propre compétence¹⁰³. Dans de telles situations, les juridictions considèrent souvent que les parties ont renoncé à leur droit de recourir à l'arbitrage.

68. Ainsi, les juridictions américaines estiment généralement que les parties renoncent à leur droit de soumettre leur différend à l'arbitrage lorsqu'elles prennent part "de façon substantielle" à la procédure judiciaire, ou lorsqu'elles cherchent à obtenir l'annulation de la convention d'arbitrage auprès des juridictions d'un autre pays¹⁰⁴. Pour déterminer si la conduite des parties équivalait à une renonciation à leur droit de recourir à l'arbitrage, une juridiction brésilienne a estimé qu'une telle renonciation devait être clairement établie; à savoir que toutes les parties devaient avoir agi d'une manière qui démontre sans doute possible leur volonté de renoncer à la convention d'arbitrage¹⁰⁵.

69. Les *travaux préparatoires* montrent que les rédacteurs de la Convention de New York ont envisagé la possibilité que les parties omettent d'invoquer l'existence d'une convention d'arbitrage au cours de la procédure devant les juridictions nationales. Ils ont, en effet, spécifiquement supprimé l'expression "d'office"

¹⁰² *Aggeliki Charis Compania Maritima SA c. Pagnan SpA*, Court of Appeal, Angleterre et pays de Galles, 17 mai 1994; *Midgulf International Ltd c. Groupe Chimiche Tunisien*, Court of Appeal, Angleterre et pays de Galles, 10 février 2010, A3/2009/1664; A3/2009/1664(A); A3/2009/1664(B); A3/2009/1664(C).

¹⁰³ Voir, par exemple, *British Telecommunications Plc c. SAE Group Inc*, High Court of Justice, Angleterre et pays de Galles, 18 février 2009, HT-08-336, [2009] EWHC 252 (TCC).

¹⁰⁴ *Anna Dockeray c. Carnival Corporation*, District Court, Southern District of Florida, Miami Division, États-Unis d'Amérique, 11 mai 2010, 10-20799; *Apple & Eve LLC c. Yantai North Andre Juice Co. Ltd*, District Court, Eastern District of New York, États-Unis d'Amérique, 27 avril 2009, 07-CV-745 (JFB)(WDW).

¹⁰⁵ *Companhia Nacional de Cimento Portland – CNCP c. CP Cimento e Participações S/A*, Cour de justice de Rio de Janeiro, Brésil, 18 septembre 2007, affaire civile 24.798/2007. À comparer avec *L'Aiglon S/A c. Têxtil União S/A*, Cour supérieure de justice, Brésil, 18 mai 2005, SEC 856 (*supra* [A/CN.9/814/Add.1] par. 22) dans laquelle la Cour a estimé que la participation à la procédure arbitrale équivalait au consentement à l'arbitrage.

figurant dans une précédente version du paragraphe 3 du projet d'article II, afin de ménager aux parties une plus grande liberté et de leur laisser la possibilité de renoncer à leur droit de voir un différend donné réglé par l'arbitrage¹⁰⁶.

c. Questions au sujet desquelles il existe une convention

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

71. La Cour d'appel d'Angleterre a indiqué que, conformément tant à la loi anglaise de 1975 sur l'arbitrage, qu'à la Convention de New York, les tribunaux étatiques "sont tenus de renvoyer un différend à l'arbitrage s'il concerne toute question devant faire l'objet d'un renvoi"¹⁰⁷. Pour interpréter le mot "question", la Cour fédérale australienne s'est appuyée sur l'approche de la Convention favorable à l'arbitrage et estimé que ce terme avait une "large portée" et ne se limitait pas, aux fins de l'article 7-2 b) de la loi australienne sur l'arbitrage (qui est similaire à l'article II-3 de la Convention), à viser les seules questions soulevées par les conclusions des parties¹⁰⁸.

72. Pour établir si un différend ou une demande donnée tombent sous le coup de l'obligation de renvoi des parties à l'arbitrage, les juridictions nationales apprécient la portée de la convention d'arbitrage¹⁰⁹. Par exemple, une juridiction australienne a sursis à statuer en vertu du paragraphe 2 de l'article 7 de la loi sur l'arbitrage (donnant effet à l'article II-3 de la Convention de New York) en se fondant sur l'interprétation des dispositions de la convention d'arbitrage formulées largement et qui visaient "tout différend découlant de cet accord ou de son exécution (...)". La Cour a conclu que les demandes liées à l'exécution de l'accord entraient dans le champ d'application de la convention d'arbitrage¹¹⁰. Inversement, lorsque les parties ont volontairement exclu certaines questions du champ d'application de leur convention d'arbitrage, les juridictions les renvoient à l'arbitrage pour autant que le différend ne fasse pas partie des questions exclues¹¹¹.

73. De la même manière, pour déterminer si elle devait ou non renvoyer le différend devant un arbitre, en vertu tant que de la loi fédérale sur l'arbitrage que de la Convention, la Cour d'appel de la onzième circonscription des États-Unis a apprécié si le litige portait sur les contrats de travail en cause, découlait de ces

¹⁰⁶ *Travaux préparatoires*, Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, compte rendu analytique de la vingt-quatrième séance, E/CONF.26/SR.24.

¹⁰⁷ *Kammgarn Spinnerei GmbH c. Nova (Jersey) Knit Ltd*, Court of Appeal, Angleterre, 2 avril 1976.

¹⁰⁸ *Casaceli c. Natuzzi S.p.A. (précédemment dénommé Industrie Natuzzi S.p.A.)*, Federal Court, Australie, 29 juin 2012, NSD 396 of 2012. Voir aussi: *CTA International Pty Ltd c. Sichuan Changhong Electric Co.*, Supreme Court of Victoria, Australie, 6 septembre 2002, 4278 de 2001.

¹⁰⁹ *Nicola c. Ideal Image Development Corporation Inc.*, Federal Court, Australie, 16 octobre 2009, NSD 1738 de 2008; *Commonwealth Development, Corp c. Montague*, Supreme Court of Queensland, Australie, 27 juin 2000, recours n° 8159 de 1999, DC n° 29 de 1999.

¹¹⁰ *CTA International Pty Ltd c. Sichuan Changhong Electric Co.*, Supreme Court of Victoria, Australie, 6 septembre 2002, 4278 de 2001.

¹¹¹ *Société Générale Assurance Méditerranéenne – G.A.M. c. Société FSA-RE et S.A. Garantie Assistance*, Cour d'appel de Paris, France, 14 mars 2008, 07/16773.

contrats ou présentait un lien avec eux. Elle a estimé que les allégations de détention arbitraire, détresse émotionnelle causée intentionnellement, destruction de preuves, atteinte à la vie privée et mensonge ne présentaient pas de lien avec la relation employeur/salarié existant entre les parties et n'entraient donc pas dans le champ d'application de la clause compromissoire¹¹².

d. Mesures provisoires et conservatoires

74. L'obligation de renvoyer les parties à l'arbitrage ne s'applique pas aux mesures provisoires et conservatoires, sauf si la convention d'arbitrage elle-même mentionne ces mesures. La plupart des juridictions se déclarent compétentes pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'une procédure d'arbitrage, sur demande d'une partie, indépendamment de l'existence d'une convention d'arbitrage¹¹³.

75. Par exemple, une juridiction française a confirmé que l'existence d'une convention d'arbitrage ne faisait pas obstacle à ce que l'une des parties obtienne une décision provisoire urgente, dans la mesure où elle n'impliquait pas un examen au fond¹¹⁴. La Cour fédérale australienne a estimé de la même manière que l'existence d'une clause compromissoire, applicable par ailleurs, ne s'opposait pas à ce qu'une partie demande le prononcé d'injonctions ou de mesures déclaratoires¹¹⁵.

76. Certains commentateurs ont confirmé que la compétence des juridictions nationales pour prononcer des mesures provisoires n'est pas incompatible avec la Convention de New York car elle ne préjuge pas du fond du litige¹¹⁶.

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

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

78. Ni les *travaux préparatoires*, ni le texte de la Convention, ne donnent d'indication quant au critère d'examen devant être appliqué par les juridictions

¹¹² *Jane Doe c. Princess Cruise Lines, LTD., a foreign corporation, d.b.a. Princess Cruises*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, États-Unis d'Amérique, 23 septembre 2011, 10-10809.

¹¹³ *Hi-Fert Pty Ltd c. Kuikiang Maritime Carriers Inc.*, Federal Court, Australie, 26 mai 1998, NG 1100 & 1101 de 1997; *Société Fieldworks-INC c. Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, Cour d'appel de Versailles, France, 4 juillet 1996, 3603/96, 3703/96, 3998/96; *Toyota Services Afrique (TSA) c. Société Promotion de Représentation Automobiles (PREMOTO)*, Cour suprême, Côte d'Ivoire, OHADA, 4 décembre 1997, arrêt n° 317/97.

¹¹⁴ *Société Fieldworks-INC c. Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, Cour d'appel de Versailles, France, 4 juillet 1996. La nouvelle législation française relative à l'arbitrage, de 2011, limite la compétence des juridictions françaises en matière de prononcé de mesures provisoires ou conservatoires à la période antérieure à la constitution du tribunal arbitral: voir l'article 1449 du Code français de procédure civile.

¹¹⁵ *Electra Air Conditioning BV c. Seeley International Pty Ltd*, Federal Court, Australie, 8 octobre 2008, SAD 16 de 2008.

¹¹⁶ Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II, supra* [A/CN.9/814/Add.1] note 15, p. 139 à 144.

nationales dans le cadre de cet exercice et l'on n'y trouve pas non plus d'autre explication concernant les termes "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée".

a. Critère d'examen

79. La Convention de New York ne traite pas de la question du critère d'examen devant être appliqué aux conventions d'arbitrage en vertu de l'article II-3¹¹⁷.

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

81. La Convention n'interdisant aux tribunaux étatiques d'effectuer ni un examen *prima facie* de la convention d'arbitrage¹¹⁸, ni un examen complet portant sur son existence et sa validité, aucune de ces deux approches ne saurait être considérée comme incompatible avec elle.

82. Le critère de l'examen complet a été adopté par certains pays, notamment l'Italie et l'Allemagne.

83. La Cour de cassation italienne a estimé que l'article II-3 autorise les tribunaux nationaux à apprécier la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage, faisant observer que l'examen de la validité de la convention d'arbitrage relève du pouvoir inhérent de la juridiction nationale saisie¹¹⁹.

84. Sans renvoyer expressément à la Convention, les juridictions allemandes effectuent également un examen complet de la convention d'arbitrage lorsqu'elles apprécient si elles doivent renvoyer les parties à l'arbitrage. Elles se fondent pour ce faire sur le Code civil allemand, qui prévoit expressément qu'avant la constitution du tribunal arbitral, une partie peut s'adresser à une juridiction pour qu'elle statue sur la recevabilité ou l'irrecevabilité de la procédure d'arbitrage¹²⁰. À titre d'exemple, la Cour suprême fédérale allemande s'est fondée sur l'article 1032 du Code de procédure civile pour effectuer un examen complet d'une convention d'arbitrage contenue dans un contrat-type de consommation. Elle a estimé que, sans préjudice du principe de compétence-compétence, la juridiction inférieure avait fait erreur en limitant son examen de la convention d'arbitrage, car la compétence des juridictions nationales ne saurait être limitée par un accord entre les parties. Ayant

¹¹⁷ La même conclusion peut être tirée de la jurisprudence concernant l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, voir UNCITRAL, 2012 DIGEST OF CASE LAW ON THE MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Article 16 (2012), p. 75 et 76, par. 3, disponible à l'adresse www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf (version anglaise uniquement).

¹¹⁸ Ce point de vue est reflété dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, dont l'article 8-1 *in fine* reprend exactement le texte de l'article II-3 de la Convention: Frédéric Bachand, *Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?*, 22 ARB. INT'L 463 (2006).

¹¹⁹ *Heraeus Kulzer GmbH c. Dellatorre Vera SpA*, Cour de cassation, Italie, 5 janvier 2007, 35.

¹²⁰ Voir l'article 1032 du Code de procédure civile (ZPO), disponible en anglais à l'adresse: www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3471.

confirmé que la convention d'arbitrage satisfaisait aux conditions de forme et de fond posées par la législation allemande, elle a renvoyé les parties à l'arbitrage¹²¹. Les commentateurs allemands confirment que les juridictions allemandes adoptent la même solution lorsqu'elles se fondent sur la Convention de New York¹²².

85. Dans d'autres pays, l'examen de la convention d'arbitrage se limite à une analyse sommaire visant à confirmer qu'elle n'est pas *prima facie* "caduque, inopérante et non susceptible d'être appliquée"¹²³.

86. Ainsi, en France, les juridictions appliquent une règle d'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage. Les juridictions nationales ne sont donc pas habilitées à effectuer une analyse approfondie de la convention d'arbitrage et doivent renvoyer les parties à l'arbitrage, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle¹²⁴.

87. De la même manière, en Inde, la Cour suprême s'est fondée sur l'esprit de la Convention de New York, et son approche favorable à l'exécution des conventions d'arbitrage, afin de déterminer le critère d'examen auquel soumettre ces dernières. Dans l'affaire *Sin-Etsu*, elle a estimé que même si rien dans le libellé de l'article II-3 lui-même "n'indiquait si la nature de la convention d'arbitrage devait être tranchée *ex facie* ou *prima facie*, exiger qu'elle soit seulement établie à première vue servait mieux l'objectif de la Convention de New York, qui est de permettre un arbitrage rapide en évitant toute intervention non indispensable des

¹²¹ Bundesgerichtshof [BGH], Allemagne, 13 janvier 2005, III ZR 265/03.

¹²² Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II*, dans RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: A GLOBAL COMMENTARY ON THE NEW YORK CONVENTION 37, p. 99 et 100 (H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N.C. Port, dir. publ., 2010); Peter Huber, *Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court*, dans ARBITRATION IN GERMANY: THE MODEL LAW IN PRACTICE 139, p. 143 et 144, par. 15 (K.-H. Böckstiegel, S. Kröll et P. Nacimiento, dir. publ., 2007).

¹²³ Pour un argument en faveur du critère de l'examen *prima facie*, voir R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, dans ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 275, p. 280 à 286 (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008); Yas Banifatemi, Emmanuel Gaillard, *Negative Effect of Competence-Competence – The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, dans ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 257 (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008); FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (E. Gaillard, J. Savage, dir. publ., 1999), p. 407 et 408. *Contra*, voir Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l'application de l'article II de la Convention de New York (Arrêt du Tribunal fédéral du 16 janvier 1995)*, 13 ASA BULL. 383 (1995), p. 388 et 389.

¹²⁴ *Legal Department du Ministère de la justice de la République d'Iraq c. Société Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Société Finmeccanica et Société Armamenti E Aerospazio*, Cour d'appel de Paris, France, 15 juin 2006; *SA Groupama transports c. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Cour de cassation, France, 2 novembre 2006, 05-21.818; *Ste A.B.S. American Bureau of Shipping c. Copropriété Maritime Jules Verne et autres*, Cour d'appel de Paris, France, 4 décembre 2002; *Société Generali France Assurances et al. c. Société Universal Legend et al.*, Cour de cassation, France, 11 juillet 2006, 05-18.681. La nouvelle législation française de 2011 relative à l'arbitrage confirme que l'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage lui-même n'est plus possible une fois que le tribunal arbitral est saisi (voir l'article 1448 du Code français de procédure civile).

autorités judiciaires”¹²⁵. La Cour a souligné qu’un examen *prima facie* de la convention d’arbitrage au stade pré-arbitral permettait d’accélérer la procédure arbitrale tout en garantissant la possibilité de contester la sentence arbitrale à l’issue de la procédure judiciaire.

88. Au Venezuela, le Tribunal suprême de justice s’est fondé sur le principe de la compétence-compétence et sur l’article II-3 de la Convention pour conclure qu’il ne pouvait pas effectuer d’examen complet de la convention d’arbitrage, mais devait plutôt se limiter à un examen sommaire pour savoir si la convention d’arbitrage est “caduque, inopérante ou non susceptible d’être appliquée”. Il a estimé en outre que, lorsqu’elles appliquent le critère de l’examen *prima facie*, les juridictions vénézuéliennes devraient se contenter d’apprécier s’il existe une convention d’arbitrage écrite et ne pas s’engager dans l’analyse de la question de savoir si les parties ont consenti à l’arbitrage¹²⁶.

89. Le critère de l’examen *prima facie* est également utilisé aux Philippines, suite à l’adoption du Règlement spécial des tribunaux sur les modes alternatifs de résolution des litiges (le “Règlement spécial sur les MARL”), lequel consiste dans des lignes directrices énoncées par la Cour suprême et s’imposant aux juridictions inférieures. L’article 2.4 de ce règlement prévoit expressément un examen sommaire pour déterminer si la convention d’arbitrage est “caduque, inopérante ou non susceptible d’être appliquée”¹²⁷.

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

91. Par exemple, les juridictions suisses appliquent un critère d’examen sommaire dans la mesure où la convention d’arbitrage désigne la Suisse comme lieu de l’arbitrage¹²⁸. Dans une telle hypothèse, le Tribunal fédéral suisse a estimé que l’examen de la juridiction saisie se limitait à un contrôle de l’existence et de la validité *prima facie* d’une clause compromissoire¹²⁹. En revanche, lorsque la convention d’arbitrage fixait un lieu d’arbitrage situé en dehors de la Suisse, le

¹²⁵ *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd (Japan) c. Aksh Optifibre Ltd. & Anr. (Ind)*, Supreme Court, Inde, 12 août 2005, recours (civil) 5048 de 2005; Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, *Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement*, N.Y.L.J. (décembre 2005), p. 3. Voir aussi *JS Ocean Liner LLC c. MV Golden Progress, Abhoul Marine LLC*, High Court of Bombay, Inde, 25 janvier 2007.

¹²⁶ *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. c. Oceanlink Offshore A.S.*, Tribunal suprême de justice, Venezuela, 10 novembre 2011, Exp. n° 09-0573, XXXVI Y.B. COM. ARB. 496 (2011).

¹²⁷ Article 2.4 du Règlement spécial sur les MARL. Voir ARBITRATION IN THE PHILIPPINES UNDER THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT OF 2004 R.A. 9285, 155 (E. Lizares, dir. publ., 2011), p. 200 à 212, par. 11.01-11.02.

¹²⁸ Sur le point de savoir si cette solution devrait être étendue à toutes les conventions d’arbitrage, voir avis favorable: Emmanuel Gaillard, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d’effet négatif de la compétence-compétence*, dans GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION – LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER 311 (G. Aksen *et al.*, dir. publ., 2005). Avis défavorable: Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l’application de l’Article II de la Convention de New York*, 13 ASA BULL. 383 (1995).

¹²⁹ *Fondation M c. Banque X*, Tribunal fédéral, Suisse, 29 avril 1996.

Tribunal fédéral a jugé qu'il avait compétence pour procéder à un examen complet de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage¹³⁰.

92. Au Canada, les juridictions ont adopté un critère d'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage, en limitant la portée de cet examen aux questions de fait. Il en résulte qu'elles sont habilitées à effectuer un examen complet de la convention d'arbitrage pour autant que la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur des "question[s] de droit". Ce principe a été posé par la Cour suprême canadienne dans l'affaire *Dell*. Ayant exposé les deux courants de pensée existant à propos du critère d'examen, elle a estimé que l'article II-3 de la Convention ne prévoit pas qu'un tribunal étatique a l'obligation de se prononcer sur la question de savoir si la convention d'arbitrage est "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée" avant que les arbitres ne le fassent. La Cour a poursuivi en estimant que, de manière générale, "toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier" conformément au principe de compétence-compétence¹³¹. Cependant, si la Cour suprême canadienne a clairement fait du critère d'examen sommaire une règle générale, elle a ensuite limité la compétence des arbitres à statuer sur leur propre compétence aux seuls faits de l'espèce, se prononçant ainsi en faveur de la compétence des juges pour statuer sur la compétence des arbitres en ce qui concerne les questions de droit et apprécier si la contestation de la compétence de ces derniers constitue une manœuvre dilatoire.

93. En Angleterre, les juridictions ont entériné le principe selon lequel le tribunal arbitral doit être le premier tribunal à statuer sur sa compétence, mais elles ont limité sa portée à maints égards. Dans sa décision fondatrice rendue en l'affaire *Fiona Trust*¹³², la Cour d'appel d'Angleterre a décidé qu'"il convient en principe que le tribunal arbitral soit le premier à apprécier s'il est compétent pour connaître du litige". Elle a cependant également estimé que les juges demeuraient compétents pour trancher la question de l'existence même d'une convention d'arbitrage. Se fondant sur la décision *Fiona Trust*, la Haute Cour de justice a expliqué, dans la décision qu'elle a rendue en l'affaire *Albon*, que le tribunal arbitral était certes compétent pour statuer sur la question de savoir si la convention d'arbitrage avait effectivement été conclue, conformément au principe de compétence-compétence, mais que ce principe "n'interdit en rien à la juridiction saisie de trancher elle-même cette question¹³³". Elle a estimé qu'avant de sursoir à statuer et de renvoyer les parties à l'arbitrage, conformément au paragraphe 1 de l'article 9 de la loi de 1996 sur l'arbitrage¹³⁴, elle devait avoir établi i) qu'il existe une convention d'arbitrage

¹³⁰ *Compagnie de Navigation et Transports SA c. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal fédéral, Suisse, 16 janvier 1995; Tribunal fédéral, Suisse, 25 octobre 2010, 4 A 279/2010.

¹³¹ *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs and Olivier Dumoulin*, Cour suprême, Canada, 13 juillet 2007.

¹³² *Fiona Trust & Holding Corp. c. Privalov*, Court of Appeal, Angleterre et pays de Galles, 24 janvier 2007, 2006 2353 A3 QBCMF, décision confirmée dans *Fili Shipping Co Ltd and others c. Premium Nafta Products Ltd and others*, House of Lords, Angleterre et pays de Galles, 17 octobre 2007.

¹³³ *Albon (t/a NA Carriage Co) c. Naza Motor Trading Sdn Bhd*, High Court of Justice, Angleterre et pays de Galles, 29 mars 2007, HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch).

¹³⁴ L'article 9, paragraphe 1, de la loi anglaise de 1996 sur l'arbitrage donne effet à l'article II. Elle dispose: "Une partie à une convention d'arbitrage contre laquelle une procédure judiciaire a été

valide et ii) que le litige relève de son champ d'application. Reprenant ce processus en deux étapes dans l'affaire *Berezovsky*, la Cour d'appel a estimé que le sursis à statuer serait accordé si le demandeur parvenait à prouver, sur la base de l'hypothèse la plus vraisemblable, que la convention d'arbitrage existe et qu'elle semble couvrir les questions litigieuses¹³⁵.

94. En pratique, lorsqu'une juridiction est convaincue qu'une convention d'arbitrage existe et que le litige relève de son objet conformément au paragraphe 1 de l'article 9 de la loi de 1996 sur l'arbitrage, elle accorde le sursis à statuer, conformément au paragraphe 4 du même article (lequel donne effet à l'article II-3 de la Convention), à moins qu'elle ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée¹³⁶. Conformément à la décision de la Haute Cour de justice rendue en l'affaire *A c. B.*, les juridictions doivent effectuer une analyse des coûts en vue de déterminer si la question de savoir si la convention d'arbitrage est "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée" devrait être tranchée par le tribunal arbitral ou par le juge¹³⁷. La Haute Cour a estimé que la solution adoptée "dépendra largement de la mesure dans laquelle la résolution de cette question supposera des constatations concernant les faits ayant un impact sur le contenu des droits et obligations des parties déjà en cause et du point de savoir si, de manière générale, le procès peut se limiter à un périmètre d'investigation assez circonscrit ou s'il est probable qu'il débordera largement sur les questions litigieuses au fond. Dans ce dernier cas, il est plus probable que l'instance adéquate pour trancher des questions de compétence sera le tribunal arbitral, sous réserve qu'il possède la compétence de sa compétence". Cette solution a été uniformément suivie¹³⁸.

95. Aux États-Unis d'Amérique, les juridictions ont envisagé le problème du critère d'examen en se posant la question de savoir si c'est la juridiction nationale ou le tribunal arbitral qui dispose de la "compétence principale" pour décider de la validité d'une convention d'arbitrage. Le précédent faisant autorité en la matière, bien qu'il ne fasse pas référence à la Convention de New York, est une décision de la Cour suprême rendue dans l'affaire *First Options*¹³⁹.

engagée (par une demande principale ou reconventionnelle) au sujet d'une question qui, aux termes de la convention doit être soumise à l'arbitrage, peut (en le notifiant aux autres parties à l'instance) demander à la juridiction devant laquelle la procédure a été engagée de surseoir à statuer dans la mesure où ladite procédure touche à cette question."

¹³⁵ *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' c. Berezovsky & Ors*, Court of Appeal, Angleterre et pays de Galles, 2 juillet 2013, [2013] EWCA Civ 784.

¹³⁶ *Golden Ocean Group Ltd c. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, High Court of Justice, Angleterre et pays de Galles, 16 mai 2013, [2013] EWHC 1240; *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' c. Berezovsky & Ors*, Court of Appeal, Angleterre et pays de Galles, 2 juillet 2013, [2013] EWCA Civ 784.

¹³⁷ *A c. B.*, High Court of Justice, Angleterre et pays de Galles, 28 juillet 2006, 2005 FOLIO 683, [2006] EWHC 2006 (Comm).

¹³⁸ *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' c. Berezovsky & Ors*, Court of Appeal, Angleterre et pays de Galles, 2 juillet 2013, [2013] EWCA Civ 784; *Golden Ocean Group Ltd c. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, High Court of Justice, Angleterre et pays de Galles, 16 mai 2013, [2013] EWHC 1240.

¹³⁹ *First Options of Chicago Inc. c. Kaplan*, Supreme Court, États-Unis d'Amérique, 22 mai 1995, 514 U.S. 938 (1995). Voir aussi William Park, *The Arbitrability Dicta in First Options v.*

96. Dans cette affaire, la Cour suprême a estimé qu'il existe une présomption en faveur de la compétence des juges pour trancher la question de savoir si le tribunal arbitral est compétent, à moins que les parties n'aient expressément convenu dans leur convention d'arbitrage de soumettre cette question audit tribunal arbitral. Néanmoins, lorsque la juridiction saisie est convaincue qu'une convention d'arbitrage existe et qu'elle satisfait aux exigences de la loi fédérale sur l'arbitrage, comme à celles de la Convention, la Cour suprême a jugé que la présomption était renversée en faveur du tribunal arbitral¹⁴⁰.

97. Les juridictions américaines ont considéré que les parties avaient convenu de donner compétence aux arbitres pour statuer sur l'existence et la validité d'une clause compromissoire lorsque le règlement d'arbitrage les y autorisait expressément. Par exemple, la Cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis a jugé qu'une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI constituait "une preuve claire et incontestable de l'intention des parties" de laisser le soin aux arbitres de statuer sur leur propre compétence¹⁴¹. Une telle "preuve claire et incontestable" a également été déduite de conventions d'arbitrage précisant que "tout" différend devait être réglé par voie d'arbitrage¹⁴².

98. En l'absence de preuve claire et incontestable de l'intention des parties, la Cour suprême a jugé dans l'affaire *Prima Paint* que si une demande concernait "la formation" de la convention d'arbitrage, les juges étaient compétents¹⁴³. Les décisions ultérieures appliquant la Convention de New York ont suivi le même raisonnement¹⁴⁴. Pour cela, les juges ont considéré que tant la contestation de l'existence du contrat contenant la convention d'arbitrage que la contestation de la validité de celle-ci, relevaient de la "formation" de la convention d'arbitrage et devaient donc être tranchées par le juge¹⁴⁵. Par exemple, dans la décision *Sphere Drake*, la Cour d'appel de la deuxième circonscription a jugé que "si une partie fait valoir qu'un contrat est nul et fournit des preuves à l'appui de ses allégations, alors

Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?, 12 ARB. INT'L 137 (1996), réédité dans 11 INT'L ARB. REP. 28 (1996).

¹⁴⁰ *First Options of Chicago Inc. c. Kaplan*, Supreme Court, États-Unis d'Amérique, 22 mai 1995, 514 U.S. 938 (1995).

¹⁴¹ *Republic of Ecuador c. Chevron Corp. (US)*, Court of Appeals, Second Circuit, États-Unis d'Amérique, 17 mars 2011, 10-1020-cv (L), 10-1026 (Con). Pour un raisonnement similaire concernant le Règlement d'arbitrage de l'AAA, voir aussi: *JSC Surgutneftegaz c. President and fellows of Harvard College*, District Court, Southern District of New York, États-Unis d'Amérique, 3 août 2005, 04 Civ. 6069 (RCC).

¹⁴² *Oriental Republic of Uruguay, et al. c. Chemical Overseas Holdings, Inc., Chemical Overseas Holdings, Inc. and others c. Republica Oriental del Uruguay, et al.*, District Court, Southern District of New York, États-Unis d'Amérique, 24 janvier 2006, XXXI Y.B. COM. ARB. 1406 (2006).

¹⁴³ *Prima Paint Corporation c. Flood & Conklin MFG*, Supreme Court, États-Unis d'Amérique, 12 juin 1967, 388 U.S. 395 (87 S.Ct. 1801, 18 L.Ed.2d 1270).

¹⁴⁴ Voir, par exemple, *Phoenix Bulk Carriers Ltd. c. Oldendorff Carriers GmbH & Co., KG*, District Court, Southern District of New York, États-Unis d'Amérique, 6 novembre 2002, XXVIII Y.B. COM. ARB. 1088 (2003), p. 1091.

¹⁴⁵ *The Canada Life Assurance Company c. The Guardian Life Insurance Company of America*, District Court, Southern District of New York, États-Unis d'Amérique, 22 janvier 2003; *Guang Dong Light Headgear Factory c. ACI International, Inc.*, District Court, District of Kansas, États-Unis d'Amérique, 10 mai 2005, 03-4165-JAR; *Dedon GMBH and Dedon Inc. c. Janus et CIE*, Court of Appeals, Second Circuit, États-Unis d'Amérique, 6 janvier 2011, 10-4331.

cette partie n'a pas besoin d'invoquer spécifiquement la nullité de la clause compromissoire figurant dans ce contrat et elle est fondée à voir [cette question tranchée par un juge]¹⁴⁶". De la même manière, dans l'affaire *Nanosolutions*, le Tribunal de district de Columbia, se fondant sur la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Buckeye*, a estimé que "les contestations [portant spécifiquement sur] la validité de la convention d'arbitrage pouvaient être tranchées par le présent Tribunal¹⁴⁷". Cependant, pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage, les juridictions nationales ont effectué un "examen très sommaire", conforme à "la politique fédérale résolument en faveur de l'arbitrage" qui découle de la loi fédérale sur l'arbitrage donnant effet à la Convention de New York¹⁴⁸.

99. En revanche, lorsqu'elles se sont trouvées face à une contestation de la validité du contrat dans son ensemble, les juridictions américaines ont renvoyé les parties à l'arbitrage, sur le fondement tant de la Convention de New York que de la loi fédérale sur l'arbitrage¹⁴⁹.

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

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

101. Les juridictions des États-Unis ont jugé que les motifs de refus de renvoyer les parties à l'arbitrage énumérés à l'article II-3 sont exhaustifs¹⁵⁰. De la même manière, une juridiction indienne a estimé qu'en vertu de l'article II-3, il n'existe que trois motifs de refuser l'exécution d'une convention d'arbitrage: i) la

¹⁴⁶ *Sphere Drake Insurance Limited c. Clarendon America Insurance Company*, Court of Appeals, Second Circuit, États-Unis d'Amérique, 28 août 2001, 00-9464, XXVII Y.B. COM. ARB. 700 (2002), p. 707.

¹⁴⁷ *Nanosolutions, LLC et al. c. Rudy Prajza, et al.*, District Court, District of Columbia, États-Unis d'Amérique, 2 juin 2011, 10-1741.

¹⁴⁸ *Bautista c. Star Cruises and Norwegian Cruise Line, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida, États-Unis d'Amérique, 14 octobre 2003, 03-21642-CIV. Voir aussi *Agnelo Cardoso c. Carnival Corporation*, District Court, Southern District of Florida, États-Unis d'Amérique, 15 mars 2010, 09-23442-CIV-GOLD/MCALILEY; *Boston Telecommunications Group, Inc. et al. c. Deloitte Touche Tohmatsu, et al.*, District Court, Northern District of California, États-Unis d'Amérique, 7 août 2003, C 02-5971 JSW.

¹⁴⁹ *Prima Paint Corporation c. Flood & Conklin MFG*, Supreme Court, États-Unis d'Amérique, 12 juin 1967, 388 U.S. 395 (87 S.Ct. 1801, 18 L.Ed.2d 1270); *Sphere Drake Insurance Limited c. Clarendon America Insurance Company*, Court of Appeals, Second Circuit, États-Unis d'Amérique, 28 août 2001, 00-9464, XXVII Y.B. COM. ARB. 700 (2002); *Nanosolutions, LLC et al. c. Rudy Prajza, et al.*, District Court, District of Columbia, États-Unis d'Amérique, 2 juin 2011, 10-1741; *Ascension Orthopedics, Inc. c. Curasan AG*, District Court, Western District of Texas, Austin Division, États-Unis d'Amérique, 20 septembre 2006, A-06-CA-424 LY.

¹⁵⁰ *Lindo (Nicaragua) c. NCL (Bahamas), Ltd. (Bahamas)*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, États-Unis d'Amérique, 29 août 2011, 10-10367; *Aggarao (Philippines) c. MOL Ship Management Company Ltd. (Japan), Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japan), World Car Careers (Lebanon)*, Court of Appeals, Fourth Circuit, États-Unis d'Amérique, 16 mars 2012, 10-2211.

convention est caduque; ii) la convention est inopérante; et iii) la convention n'est pas susceptible d'être appliquée¹⁵¹.

102. Cependant, la Cour d'appel de la deuxième circonscription des États-Unis a estimé qu'elle était compétente pour déterminer si une convention d'arbitrage existait avant de renvoyer le différend aux arbitres¹⁵². Mais, en statuant ainsi, elle n'a fait aucune référence aux exceptions prévues à l'article II-3.

i. "Caduque"

103. L'article II-3 de la Convention ne donne aucune indication au sujet du critère juridique permettant de déterminer si une convention d'arbitrage est ou non caduque. Certaines juridictions estiment que la question doit être tranchée conformément au droit interne applicable, à savoir soit la *lex fori*¹⁵³, soit le droit applicable en vertu de la règle de conflit des lois figurant à l'article V-1 a) de la Convention¹⁵⁴.

104. Les juridictions américaines, suivies par les juridictions anglaises, ont défini le terme "caduque" comme "dépourvu d'effet juridique"¹⁵⁵. En pratique, elles ont appliqué la norme internationale concernant les moyens de défense tirés du droit des contrats. Conformément à une jurisprudence bien établie, les juridictions des États-Unis ont statué sur le motif ayant trait à la caducité conformément "aux moyens de défense invoqués classiquement en manière de contravention aux contrats pouvant être appliqués de manière neutre au niveau international, tels que la tromperie, l'erreur, la contrainte, la renonciation"¹⁵⁶. En appliquant ces normes internationales, les juridictions américaines les ont interprétées de manière stricte conformément à "une approche générale favorable à l'exécution des conventions d'arbitrage"¹⁵⁷. Ainsi, les juridictions ont-elles rejeté le moyen selon lequel la

¹⁵¹ *Gas Authority of India Ltd c. SPIE-CAPAG SA and ors*, High Court of Delhi, Inde, 15 octobre 1993, affaire n° 1440, IA n° 5206. Voir aussi, au Canada: *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corporation*, Cour d'appel de l'Ontario, Canada, 17 février 1994.

¹⁵² *Dedon GMBH and Dedon Inc. c. Janus et CIE*, Court of Appeals, Second Circuit, États-Unis d'Amérique, 6 janvier 2011, 10-4331.

¹⁵³ Piero Bernardini, *Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause*, dans IMPROVING THE EFFICIENCY OF ARBITRATION AGREEMENTS AND AWARDS: 40 YEARS OF APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION, 1998 ICCA CONGRESS SERIES 197 (Albert Jan van den Berg, dir. publ., 1998).

¹⁵⁴ Tribunal fédéral, Suisse, 21 mars 1995, 5C.215/1994/lit.

¹⁵⁵ *Rhone Mediterranee Compagnia Francese c. Lauro*, Court of Appeals, Third Circuit, États-Unis d'Amérique, 6 juillet 1983, 82-3523. Voir aussi: *Albon (t/a NA Carriage Co) c. Naza Motor Trading Sdn Bhd*, High Court of Justice, Angleterre et pays de Galles, 29 mars 2007, HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch); *Golden Ocean Group Ltd c. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, High Court of Justice, Angleterre et pays de Galles, 16 mai 2013, [2013] EWHC 1240.

¹⁵⁶ *St. Hugh Williams c. NCL (Bahamas) LTD., d.b.a. NCL.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, États-Unis d'Amérique, 9 juillet 2012, 11-12150; *Allen c. Royal Caribbean Cruise, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida, États-Unis d'Amérique, 29 septembre 2008, 08-22014.

¹⁵⁷ *Rhone Mediterranee Compagnia Francese c. Lauro*, Court of Appeals, Third Circuit, États-Unis d'Amérique, 6 juillet 1983, 82-3523; *Anna Dockeray c. Carnival Corporation*, District Court, Southern District of Florida, Miami Division, États-Unis d'Amérique, 11 mai 2010, 10-20799; *Oriental Commercial and Shipping (UK) c. Rosseel, N.V. (Belgium)*, District Court, Southern District of New York, États-Unis d'Amérique, 4 mars 1985, 84 Civ. 7173 (PKL).

convention d'arbitrage serait caduque et non susceptible d'être appliquée parce que contraire à l'ordre public des États-Unis, en motivant leur rejet par le fait que ce moyen "ne pourrait pas être appliqué de manière neutre au niveau international et, en outre, ne saurait s'imposer face à l'approche favorable à l'arbitrage"¹⁵⁸.

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

106. Dans l'arrêt *Fiona Trust*, la Cour d'appel anglaise a suspendu la procédure judiciaire introduite devant elle, conformément au paragraphe 1 de l'article 9 de la loi de 1996 sur l'arbitrage (donnant effet à l'article II-1 de la Convention de New York), car le demandeur avait invoqué l'invalidité du contrat principal sans contester la validité de la convention d'arbitrage elle-même¹⁵⁹. S'appuyant largement sur le principe de disjonction, la Cour d'appel a jugé qu'il revenait aux arbitres d'apprécier le moyen tiré de l'invalidité du contrat principal, mais non dirigé spécifiquement contre la convention d'arbitrage. De la même manière, une juridiction néerlandaise a estimé que "la validité de la convention d'arbitrage doit être appréciée séparément, indépendamment de la validité du contrat principal au sujet duquel il a été convenu de recourir à l'arbitrage, même si les deux figurent dans le même document"¹⁶⁰. De même, la Haute Cour de Madras a fait expressément référence à la "doctrine de la disjonction" et renvoyé les parties à l'arbitrage en se fondant sur l'argument selon lequel les "parties ne sauraient ignorer la clause compromissoire et en appeler à la compétence du juge civil, en se contentant d'invoquer le fait que, selon les défendeurs eux-mêmes, le contrat principal était nul"¹⁶¹.

107. La théorie de la disjonction a été validée par la plupart des pays¹⁶², des institutions arbitrales¹⁶³, par la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage¹⁶⁴ et les

¹⁵⁸ *Allen c. Royal Caribbean Cruise, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida, États-Unis d'Amérique, 29 septembre 2008, 08-22014. Voir aussi: *Aggarao (Philippines) c. MOL Ship Management Company Ltd. (Japan)*, *Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japan)*, *World Car Careers (Lebanon)*, Court of Appeals, Fourth Circuit, États-Unis d'Amérique, 16 mars 2012, 10-2211; *Ledee (Puerto Rico) c. Ceramiche Ragno (Italy)*, Court of Appeals, First Circuit, États-Unis d'Amérique, 4 août 1982, 684 F.2d 184, 82-1057. En ce qui concerne le moyen tiré du caractère léonin du contrat, voir: *Rizalyn Bautista, et al. c. Star Cruises, et al.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, États-Unis d'Amérique, 15 juillet 2005, 03-15884.

¹⁵⁹ *Fiona Trust & Holding Corp. c. Privalov*, Court of Appeal, Angleterre et pays de Galles, 24 janvier 2007, 2006 2353 A3 QBCMF, décision confirmée dans *Fili Shipping Co Ltd and others c. Premium Nafta Products Ltd and others*, House of Lords, Angleterre et pays de Galles, 17 octobre 2007.

¹⁶⁰ *Claimant c. Ocean International Marketing B.V., et al.*, Tribunal de première instance de Rotterdam, Pays-Bas, 29 juillet 2009, 194816/HA ZA 03-925.

¹⁶¹ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan c. Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, High Court of Madras, Inde, 29 octobre 2008. Voir aussi: Oberlandesgericht [OLG], Celle, Allemagne, 8 Sch 3/01, 2 octobre 2001.

¹⁶² Voir par exemple, la loi fédérale suisse sur le droit international privé, chapitre 12, article 178, par. 3; la loi colombienne sur l'arbitrage, article 5; la législation française sur l'arbitrage, article 1447; la loi anglaise sur l'arbitrage, article 7; la loi australienne sur l'arbitrage,

principaux commentateurs, qui considèrent qu'une convention d'arbitrage constitue un contrat dans le contrat¹⁶⁵.

ii. "Inopérante"

108. En général, les juridictions apprécient le caractère "inopérant" ou non de la convention dans le cadre de l'expression plus large "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée" sans distinguer plus avant. La jurisprudence pertinente montre cependant que le mot "inopérante" vise des situations dans lesquelles la convention d'arbitrage est devenue inapplicable aux parties ou à leur différend¹⁶⁶.

109. Par exemple, dans une situation où les parties ont renoncé à leur droit de recourir à l'arbitrage en engageant une procédure judiciaire, une juridiction indienne a estimé que la convention d'arbitrage était inopérante, en vertu de l'article 45 de la loi indienne de 1996 sur l'arbitrage, reprenant l'article II-3 de la Convention¹⁶⁷. En conséquence, elle a refusé de renvoyer à l'arbitrage des parties qui avaient engagé plusieurs actions au civil et au pénal devant différentes juridictions indiennes.

110. Une juridiction française a estimé qu'elle était compétente car le délai fixé pour la constitution du tribunal arbitral avait expiré, rejetant ainsi le moyen tiré de l'absence d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage au sens de l'article II de la Convention. Elle a jugé que la convention d'arbitrage était "caduque" et conclu qu'elle avait compétence pour trancher le différend, sans faire aucunement référence à la Convention¹⁶⁸.

111. La décision *Westco*, rendue par la Haute Cour de Hong Kong, offre un autre exemple de l'invocation du caractère "inopérant" d'une convention d'arbitrage. Une partie avait fait valoir que le non-respect des exigences procédurales préalables à

chapitre VI, article 16; la loi brésilienne sur l'arbitrage, article 8; la loi chinoise sur l'arbitrage, article 19.

¹⁶³ Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, article 23-1; Règlement d'arbitrage de la CCI, article 6, par. 4; Règlement d'arbitrage de la LCIA, article 23, par. 1.

¹⁶⁴ L'article 16-1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage dispose qu'"une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire". Une liste des pays ayant adopté des lois basées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage est disponible sur Internet à l'adresse www.uncitral.org.

¹⁶⁵ R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, *supra* note 123, p. 278.

¹⁶⁶ Voir par exemple, *Golden Ocean Group Ltd c. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, High Court of Justice, Angleterre et pays de Galles, 16 mai 2013, [2013] EWHC 1240.

¹⁶⁷ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan c. Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, High Court of Madras, Inde, 29 octobre 2008. Voir aussi les références figurant au par. 67.

¹⁶⁸ *Société Gefu Kuchenboss GmbH & CO.KG et Société Gefu Geschäfts-Und Verwaltungs GmbH c. Société Coréma*, Cour d'appel de Toulouse, France, 9 avril 2008.

l'engagement de la procédure arbitrale rendait la convention d'arbitrage inopérante. La Cour a écarté ce moyen et renvoyé les parties à l'arbitrage¹⁶⁹.

iii. “Non susceptible d’être appliquée”

112. La disposition renvoyant au fait que la convention d'arbitrage serait “non susceptible d’être appliquée” s’entend généralement comme visant les situations dans lesquelles la procédure d'arbitrage ne peut être effectivement engagée¹⁷⁰. Comme l’a expliqué une juridiction indienne en se fondant sur l’article 45 de la loi indienne de 1996 sur l’arbitrage (qui reprend l’article II-3 de la Convention) “l’expression ‘non susceptible d’être appliquée’ signifie en fait que la convention est inexécutable et délie en conséquence les parties de leurs obligations. Si, postérieurement à la constitution du contrat, les engagements ne peuvent être tenus et exécutés, en raison de circonstances imprévues, le contrat est inexécutable¹⁷¹”.

113. Il ressort de la jurisprudence que la convention d'arbitrage est apparue comme non susceptible d’être appliquée lorsque qu’elle présentait un défaut, à savoir principalement dans deux cas: i) lorsqu’elle manque de clarté et ne donne pas d’indications suffisantes pour permettre de mener la procédure d'arbitrage et ii) lorsqu’elle désigne une institution arbitrale qui n’existe pas.

114. Par exemple, en se fondant sur l’article 44 de la loi indienne de 1996 sur l’arbitrage (qui donne effet aux articles I et II de la Convention), une juridiction indienne a refusé l’exécution d’une clause compromissoire prévoyant “Durban comme lieu d’arbitrage et l’application du droit anglais”¹⁷². Elle a estimé que cette prétendue convention d’arbitrage était “totalement vague, ambiguë et contradictoire”. De même, le Tribunal fédéral suisse a refusé l’exécution d’une clause compromissoire prévoyant un recours à l’arbitrage “devant l’American Arbitration Association ou tout autre tribunal américain”, au motif que la convention d’arbitrage n’était pas suffisamment claire pour exclure de manière indubitable la compétence des juridictions étatiques en vertu de l’article II-3, comme de la loi suisse¹⁷³.

115. Dans une affaire dans laquelle la convention d’arbitrage désignait une institution arbitrale inexistante, une juridiction américaine a néanmoins imposé aux

¹⁶⁹ *Westco Airconditioning Ltd c. Sui Chong Construction & Engineering Co Ltd*, Court of First Instance, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Hong Kong, 3 février 1998, A12848.

¹⁷⁰ Stefan Kröll, *The ‘Incapable of Being Performed’ Exception in Article II(3) of the New York Convention*, dans ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 323, p. 326 (E. Gaillard, D. Di Pietro, dir. publ., 2008).

¹⁷¹ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan c. Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, High Court of Madras, Inde, 29 octobre 2008. Voir aussi les références mentionnées au paragraphe 67.

¹⁷² *Swiss Singapore Overseas Enterprises Pvt Ltd c. M/V African Trader*, High Court of Gujarat, Inde, 7 février 2005, affaire civile n° 23 de 2005.

¹⁷³ Tribunal fédéral, Suisse, 25 octobre 2010, 4A279/2010. Il ne ressort pas clairement de cette affaire si le Tribunal fédéral a effectué son analyse sur la base du motif correspondant au cas dans lequel la convention est “non susceptible d’être appliquée”, car la décision conclut à son invalidité en se fondant sur l’expression “caduque, inopérante ou non susceptible d’être appliquée”.

parties le renvoi à l'arbitrage en se fondant sur l'article II-3 de la Convention et sur la loi fédérale sur l'arbitrage. Elle a estimé que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI auquel il était fait référence dans la convention d'arbitrage indiquait la marche à suivre pour constituer un tribunal arbitral en l'absence de convention conclue préalablement par les parties et a rejeté l'argument du demandeur selon lequel la convention d'arbitrage était non susceptible d'être appliquée¹⁷⁴.

116. En Russie, la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie a estimé que, pour que la convention d'arbitrage puisse être exécutée en vertu de la Convention, elle devait être formulée en termes clairs permettant d'établir l'intention véritable des parties de renvoyer leur différend à un organe arbitral¹⁷⁵. Une autre juridiction russe a estimé qu'une convention d'arbitrage était "non susceptible d'être appliquée" au sens de l'article II-3 de la Convention parce qu'elle ne constituait pas une clause compromissoire standard conforme au Règlement de la CNUDCI et qu'il était donc impossible de conclure que les parties avaient convenu de l'application de ce Règlement¹⁷⁶. Elle a en outre ajouté que l'autorité de nomination, le "Président de la Chambre de commerce internationale" n'existait pas.

117. D'autres juridictions ont adopté une position favorable à l'arbitrage et interprété des conventions d'arbitrage vagues ou incohérentes de manière à les confirmer. Par exemple, les juridictions françaises ont exécuté une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de Yougoslavie nonobstant le fait que le libellé de la convention d'arbitrage prévoyait un recours à l'arbitrage sous l'égide d'une institution inexistante, la "Chambre de commerce de Belgrade". La juridiction a estimé que l'intention des parties était de faire référence au Tribunal arbitral de la Chambre de commerce de Yougoslavie, dont le siège se trouvait à Belgrade¹⁷⁷. Un raisonnement similaire a été tenu en Suisse¹⁷⁸, en Allemagne¹⁷⁹ et à Hong Kong¹⁸⁰, où les juridictions ont estimé que l'intention des parties de soumettre leurs différends à un règlement par voie d'arbitrage devait primer.

¹⁷⁴ *Travelport Global Distribution Systems B.V. c. Bellview Airlines Limited*, District Court, Southern District of New York, États-Unis d'Amérique, 10 septembre 2012, 12 Civ. 3483(DLC).

¹⁷⁵ *Tula Ammunition Factory (Russia) c. Sporting Supplies International (USA)*, Cour suprême d'arbitrage, Russie, 27 juillet 2011, VAS-7301/11.

¹⁷⁶ *ZAO UralEnergoGaz (Russia) c. OOO ABB Electroengineering (Russia)*, Neuvième Cour d'appel d'arbitrage, Russie, 24 juin 2009, n° A40-27854/09-61-247.

¹⁷⁷ *Epoux Convert c. Société Droga*, Cour d'appel de Paris, France, 14 décembre 1983, 1984 REV. ARB. 483.

¹⁷⁸ Tribunal fédéral, Suisse, 8 juillet 2003, 129 III 675.

¹⁷⁹ Kammergericht [KT] Berlin, 15 octobre 1999, XXVI Y.B. COM. ARB. 328 (2001).

¹⁸⁰ *Lucky Goldstar International Limited c. Ng Moo Kee Engineering Limited*, High Court, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, 5 mai 1993, XX Y.B. COM. ARB. 280 (1995).