



Assemblée générale

Distr.: Limitée
14 décembre 2005*

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail II (Arbitrage)
Quarante-quatrième session
New York 23-27 janvier 2006

Règlement des litiges commerciaux

Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage

Article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)

Note du secrétariat

Table des matières

	Paragraphes	Page
Introduction	1-10	3
I. Interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York par les tribunaux étatiques	11-23	6
A. Interprétation des termes "signature" et "échange de documents"	11-15	6
<i>Remarque générale.</i>	11	6
<i>Exigence absolue d'une signature ou d'un échange de documents</i>	12	6
<i>Combinaison des deux exigences de forme</i>	13	8
<i>Interprétations divergentes de l'exigence de signature.</i>	14	9
<i>Interprétations divergentes de l'exigence d'un échange de documents</i>	15	10

* Le présent document est soumis tardivement car il a fallu attendre la fin des consultations.



B.	Application d'autres principes juridiques lorsque les exigences de forme ne sont pas satisfaites	16-21	11
	<i>Prise en compte du comportement des parties ("estoppel" ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui)</i>	16-17	11
	<i>Incorporation d'une clause compromissoire ou d'un compromis par simple référence ou du fait de relations commerciales habituelles</i>	18-21	12
C.	Nouveaux moyens de communication	22-23	14
II.	Relation entre les articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York	24-34	15
A.	Exigence de forme maximale ou uniforme	26-30	16
B.	Régime autonome	31-33	20
C.	L'article VII-1 et la référence aux conventions d'arbitrage	34	20
III.	Remarques finales	35-37	20
A.	Remarques générales	35-36	20
B.	Projet de déclaration relative à l'interprétation de l'article VII-1 de la Convention	37	21

Introduction

1. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460; ce document peut être consulté, de même que tous les autres documents de la CNUDCI énumérés ci-après, sur le site Web de la CNUDCI à l'adresse www.uncitral.org). L'un des sujets proposés pour examen était la mesure dans laquelle il fallait moderniser la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (ci-après "la Convention de New York") dans le domaine de la formation de la convention d'arbitrage¹. La Commission a décidé d'actualiser, dans le cadre de travaux futurs, l'article II-2² de la Convention de New York, lequel exige que la convention d'arbitrage soit une convention écrite définie comme "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. Elle a estimé que des travaux seraient peut-être nécessaires sur les deux points généraux traités dans la note du secrétariat (A/CN.9/460, par. 22 à 31), à savoir, d'une part, la prescription de la forme écrite et ses implications pour ce qui est des moyens de communication modernes et du commerce électronique, et l'accord des parties à une convention d'arbitrage lorsque cette dernière n'a pas été consignée dans un échange de lettres ou de télégrammes⁴. La Commission a également fait remarquer qu'il serait peut-être nécessaire d'accorder une attention particulière à des cas concrets qui posaient des problèmes graves au regard de la Convention de New York, notamment l'acceptation tacite ou verbale d'une commande écrite ou d'une confirmation écrite de vente, un contrat conclu verbalement avec référence à des conditions générales écrites ou certaines notes de courtiers et autres instruments ou contrats qui transmettent des droits ou des obligations à des tiers non-signataires⁵.

2. Divers avis ont été exprimés quant à la façon de procéder pour actualiser la Convention de New York⁶, notamment: par le biais d'un protocole additionnel⁷; par

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17), par. 344.

² L'article II de la Convention de New York est libellé comme suit:

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

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

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

³ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17), par. 344.

⁴ Ibid., par. 345.

⁵ Ibid., par. 346.

⁶ Ibid., par. 347 à 349.

⁷ Ibid., par. 347; des craintes ont été exprimées quant au statut d'un tel protocole et à la possibilité qu'une tentative de révision de la Convention de New York ne mette en danger les

une révision indirecte de l'article II-2 en adoptant une législation type qui remplacerait cet article conformément à la disposition sur la loi la plus favorable énoncée à l'article VII-1⁸ de la Convention⁹; par l'élaboration, en plus d'une telle législation type, de principes directeurs ou d'autres textes n'ayant pas force obligatoire pour aider les tribunaux étatiques à appliquer la Convention¹⁰; ou par la rédaction d'une nouvelle convention distincte de la Convention de New York, en vue de traiter les cas qui échappent au champ d'application de cette dernière, y compris (mais non exclusivement) les cas où la convention d'arbitrage n'a pas respecté la prescription de forme établie à l'article II-2¹¹.

3. La Commission a renvoyé ces questions au Groupe de travail sur l'arbitrage¹², qui les a étudiées à sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000).

4. À cette session, le Groupe de travail a débattu des différentes possibilités esquissées par la Commission, d'interpréter de manière plus large l'article II-2, soit: a) en adoptant une déclaration ou une résolution relative à l'interprétation de la Convention de New York et en indiquant, pour éviter les doutes éventuels, que l'article II-2 vise certaines situations ou devrait avoir un certain effet; soit b) en encourageant une interprétation plus large de la Convention de New York et en

résultats obtenus à ce jour par cette dernière. En réponse à ces craintes, on a fait remarquer que le succès même de la Convention de New York (...) devrait permettre à la CNUDCI d'entreprendre une révision limitée du texte si cela était nécessaire pour en adapter les dispositions à l'évolution des réalités commerciales.

⁸ L'article VII de la Convention de New York est libellé comme suit:

- "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."*

⁹ Ibid., par. 348; on a fait remarquer qu'une telle solution ne serait envisageable que si l'article II-2 n'était plus interprété comme une règle uniforme établissant la prescription minimale de la forme écrite, mais plutôt comme énonçant la prescription de forme maximale. On a également émis l'idée que toute législation type susceptible d'être élaborée au sujet de la formation de la convention d'arbitrage pourrait comporter une disposition s'inspirant de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) afin d'en faciliter l'interprétation par référence à des principes internationalement acceptés (voir également par. 26 à 30 et note 59 du présent document).

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid., par. 349; bien que cette suggestion ait bénéficié d'un certain appui, une autre opinion était que l'expérience montrait que l'adoption et la ratification par un grand nombre de pays d'une nouvelle convention pouvaient prendre de nombreuses années et qu'il y aurait dans l'intervalle une absence d'uniformité peu souhaitable. On a indiqué que la solution proposée serait particulièrement appropriée pour traiter d'un certain nombre de cas concrets posant des problèmes sérieux au regard de la Convention de New York (voir par. 1 du présent document). Toutefois, pour une partie de ces cas (à savoir le transfert de droits ou d'obligations à des tiers non-signataires), on a jugé dans l'ensemble que les problèmes en jeu relevaient de questions générales relatives à la teneur et à la validité de l'opération sous-jacente. On a par conséquent douté qu'il soit souhaitable et possible de tenter de régler ces problèmes par le biais d'un ensemble de dispositions visant avant tout la formation de la convention d'arbitrage.

¹² Ibid., par. 344 à 350 et par. 380.

suivant pour ce faire la solution adoptée par certains tribunaux étatiques qui consiste à interpréter l'article II-2 à la lumière de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international¹³ (ci-après "la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage"); ou c) en élaborant un guide pratique ou des notes qui pourraient préconiser l'utilisation de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage en tant qu'outil d'interprétation susceptible de préciser l'application de l'article II-2, comme il est indiqué aux paragraphes 33 et 34 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1.

5. À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail s'est rangé à l'avis selon lequel du fait qu'un amendement formel de la Convention de New York ou l'élaboration d'un protocole à cette Convention risquait d'exacerber le défaut d'harmonisation actuel au niveau de l'interprétation, et que l'adoption d'un tel protocole ou d'un tel amendement par de nombreux États n'interviendrait qu'au bout d'un nombre d'années considérable, et qu'il y aurait, entre-temps, encore plus d'incertitude, cette solution était tout à fait irréaliste. Estimant que des lignes directrices sur la manière d'interpréter l'article II-2 permettraient d'assurer une interprétation uniforme répondant aux exigences du commerce international, le Groupe de travail a décidé d'étudier plus avant l'élaboration d'une déclaration ou d'une résolution interprétative relative à la Convention de New York qui donnerait une interprétation large des conditions de forme pour déterminer quelle serait la meilleure solution¹⁴.

6. À ses trente-troisième (Vienne, 20 novembre-1^{er} décembre 2000) et trente-quatrième (New York, 21 mai-1^{er} juin 2001) sessions, le Groupe de travail a étudié un avant-projet de déclaration interprétative concernant l'article II-2¹⁵.

7. À sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002), le Groupe de travail a été saisi du texte du projet de déclaration qu'il avait adopté à sa trente-quatrième session¹⁶ et a réexaminé les diverses options disponibles pour parer aux difficultés auxquelles avait donné lieu dans la pratique l'application de l'article II-2 avant de passer à l'examen du projet révisé de déclaration.

8. Le Groupe de travail a longuement examiné les divers arguments présentés à l'appui des propositions d'amendement de la Convention de New York et d'adoption de la déclaration interprétative¹⁷. Il a reconnu qu'il ne pouvait, à ce stade, parvenir à un consensus sur le point de savoir s'il convenait d'élaborer un protocole portant modification de la Convention de New York ou une déclaration l'interprétant, et qu'il devrait se ménager ou ménager à la Commission la possibilité de réexaminer les deux options à un stade ultérieur. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile dans l'intervalle d'offrir des lignes directrices concernant l'interprétation et l'application de l'exigence de forme posée dans des dispositions de la Convention de New York, en vue de parvenir à plus d'uniformité. Le guide pour l'incorporation dans le droit interne du projet de texte modifiant l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, que le secrétariat avait été prié d'élaborer et de lui

¹³ A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 36, et note 9.

¹⁴ A/CN.9/468, par. 88 à 99.

¹⁵ A/CN.9/485, par. 60 à 77, et A/CN.9/487, par. 42 à 63, respectivement; le dernier projet de déclaration examiné par le Groupe de travail se trouve dans le document A/CN.9/508, par. 41.

¹⁶ A/CN.9/508, par. 41.

¹⁷ Ibid., par. 42 à 48.

soumettre ultérieurement pour examen, pourrait utilement contribuer à la réalisation de cet objectif en établissant une “une parcelle” entre les nouvelles dispositions de la Loi type et la Convention de New York, en attendant que le Groupe de travail ait pris une décision finale concernant la meilleure manière de traiter la question de l’application de l’article II-2¹⁸.

9. Bien qu’aucun membre ne se soit opposé à cette façon de procéder, la crainte a été exprimée qu’en cherchant simplement à régler la question dans un guide pour l’incorporation de la nouvelle version de l’article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage on ne préjuge la question de l’éventuelle élaboration d’un protocole portant modification de la Convention de New York. Soulever des questions ayant trait à la Convention de New York dans un guide pour l’incorporation, c’est-à-dire dans un texte secondaire, ayant une valeur juridique incertaine, concernant une nouvelle disposition de la Loi type, qui n’avait elle-même pas force obligatoire, serait contre-productif. On a déclaré qu’il serait préférable de laisser complètement de côté les questions soulevées par l’interprétation de l’exigence de forme des dispositions de la Convention de New York. Le Groupe de travail a pris note de ces observations¹⁹.

10. L’examen de la manière dont les tribunaux étatiques ont défini ce qui constitue une convention écrite dans la Convention de New York peut aider à mettre en évidence les divergences d’interprétation entre les juridictions au sujet de la forme des conventions d’arbitrage. La présente note examine comment les tribunaux ont interprété les exigences de forme de l’article II-2 et étudie la mesure dans laquelle l’article VII-1 de la Convention de New York peut contribuer à moderniser cette exigence pour les conventions d’arbitrage.

I. Interprétation de l’article II-2 de la Convention de New York par les tribunaux étatiques

A. Interprétation des termes “signature” et “échange de documents”

Remarque générale

11. L’article II-1 de la Convention de New York impose aux États contractants de reconnaître une “convention écrite”. L’article II-2 définit ce terme en prévoyant deux possibilités de satisfaire à l’exigence d’“écrit”, que l’on désigne aussi comme “l’exigence de forme”: la convention se présente comme une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis qui doivent soit être signés par les parties soit être contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes. En imposant soit une signature soit un échange de documents, l’exigence de forme garantit que le consentement des parties à l’arbitrage sera expressément consigné.

Exigence absolue d’une signature ou d’un échange de documents

12. Dans un certain nombre d’affaires, les tribunaux étatiques ont appliqué à la lettre l’exigence définie par l’article II-2 et accordé l’*exequatur* à des sentences

¹⁸ Ibid., par. 49.

¹⁹ Ibid., par. 50.

arbitrales uniquement lorsque le contrat contenant la clause compromissoire ou le compromis était signé par les parties²⁰ ou contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes²¹. Dans une série d'affaires, les tribunaux étatiques ont impérativement exigé une acceptation expresse soit par signature soit par échange de documents des deux parties²². Toutefois, le principe ne semblait pas exiger que la clause compromissoire soit approuvée séparément par écrit²³ ou que les parties en discutent expressément²⁴. Au moins une juridiction a conclu qu'on ne pouvait

²⁰ Norvège, Cour d'appel de Halogaland, 16 août 1999 (Stockholm Arbitration Report (1999), vol. 2, at 121): *la cour a estimé qu'un contrat conclu par un échange de courriels faisant référence à la charte-partie GENCON n'était pas constitutif d'une convention d'arbitrage écrite au sens de l'article II-2 de la Convention de New York. Elle a conclu que les courriels échangés, avec la copie de la charte-partie GENCON, qui n'était pas signée, ne répondaient pas aux "exigences fondamentales de protection juridique prévues par la Convention"*; Pays-Bas, Tribunal de première instance de Dordrecht, North American Soccer League Marketing, Inc. (États-Unis d'Amérique) contre Admiral International Marketing and Trading BV (Pays-Bas) et Frisol Eurosport BV (Pays-Bas), 18 août 1982 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), p. 490); Allemagne, Tribunal régional supérieur du Brandebourg, 13 juin 2002 (n° 8, Sch 2/01); Espagne, Tribunal suprême, Delta Cereales España SL (Espagne) contre Barredo Hermanos SA, 6 octobre 1998 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 854): *l'exécution de la sentence arbitrale a été refusée au motif que le document fourni par les parties, contenant la clause compromissoire, n'était pas signé*.

²¹ Pays-Bas, Cour d'appel de Hertogenbosh, Sneek Hardhout Import BV (Pays-Bas) contre Karl Schlueter KG (GmbH & Co) (Allemagne), 14 juillet 1995 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 643): *une convention d'arbitrage contenue dans les conditions générales du contrat, signée par une partie et envoyée par fax à l'autre partie, qui a signé et renvoyé le document par fax, a été considérée comme valide*; Autriche, Cour suprême, 22 mai 1991 (OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61): *en relation avec l'article V-1, une juridiction a estimé que l'exécution pouvait être refusée (sur demande de la partie s'y opposant) si les exigences de forme "figurant exclusivement et de manière exhaustive à l'article II-2" n'étaient pas satisfaites*; États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de New York, Sen Mar, Inc. contre Tiger Petroleum Corporation, 1991 (774 F Supp. 879): *le tribunal a décidé qu'une clause compromissoire n'était exécutoire en vertu de la Convention de New York que si elle se trouvait dans un document écrit signé ou dans un échange de lettres; il n'y avait en l'espèce pas de convention exécutoire car la convention d'arbitrage figurait seulement dans un télex que l'autre partie contestait dans sa totalité*.

²² États-Unis, Tribunal de district pour le district ouest de Washington, Richard Bothell et Justin Bothell, d/b/a Atlas Technologies et Atlas Bimetals Labs Inc. contre Hitachi Zosen Corp et al., 19 mai 2000 (97 F Supp 2d 1048): *le tribunal a considéré que rien, dans les commandes ou dans tout autre document échangé entre les parties, n'indiquait qu'une convention d'arbitrage avait été conclue*.

²³ Italie, Cour suprême, Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH (Allemagne) contre Bristol Myers Squibb (Italie), 10 mars 2000 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 816): *la cour a déclaré qu'il n'était pas nécessaire que la clause compromissoire soit approuvée séparément par écrit, mais qu'elle était valide lorsqu'elle était contenue dans un document signé par les deux cocontractants; "à partir du moment où il est clair que les parties doivent signer la clause compromissoire et que leur intention manifeste de porter le litige devant des arbitres doit apparaître sans ambiguïté, il s'ensuit qu'une clause compromissoire n'est pas valide lorsqu'elle figure (...) dans les documents (...) signés par le vendeur étranger et n'apparaît pas dans le document (...) par lequel l'acheteur a accepté l'offre du vendeur"*.

²⁴ Corée, Cour suprême, Kukje Sangsa Co Ltd (Corée) contre GKN International Trading (Londres) Ltd (Royaume-Uni), 10 avril 1990 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 568): *la cour a estimé que l'exigence de forme de l'article II-2 était satisfaite lorsqu'un contrat de vente avait été conclu par l'acceptation de commandes conformément aux conditions y stipulées qui comprenaient une clause compromissoire; la cour a rejeté l'argument du*

déroger à l'exigence de forme, même dans les situations où le fait de considérer qu'une convention d'arbitrage ne respectait pas cette exigence serait contraire aux principes de bonne foi²⁵. Cette exigence a prévalu sur des exigences plus ou moins strictes des lois nationales (voir ci-dessous, par. 32)²⁶.

Combinaison des deux exigences de forme

13. Les tribunaux étatiques ont non seulement dans les situations où les deux parties avaient signé le même document²⁷ conclu à l'existence d'une signature mais aussi lorsque les deux exigences de forme étaient combinées, reconnaissant la validité d'une convention d'arbitrage lorsque les deux parties avaient satisfait soit à l'obligation de signature ou soit à celle de l'échange mais non lorsqu'une seule partie satisfaisait à l'exigence de forme écrite²⁸. En se fondant sur le principe que les parties doivent convenir mutuellement de se soumettre à l'arbitrage, soit par une signature soit par un échange de documents, les tribunaux ont généralement exclu les conventions d'arbitrage verbales²⁹, même si elles étaient confirmées par l'autre

défendeur selon lequel cette clause n'avait pas été acceptée parce qu'elle était imprimée en plus petits caractères que les autres conditions et qu'elle n'avait pas été discutée par les parties.

²⁵ Italie, Cour suprême, Robobar Limited (Royaume-Uni) contre Finncold sas (Italie), 28 octobre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 739): *l'argument selon lequel il serait contraire à la bonne foi de contester la validité de la clause compromissoire a été rejeté au motif qu'on ne pouvait déroger aux exigences de forme.*

²⁶ Autriche, Cour suprême, 22 mai 1991 (OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61): *en relation avec l'article V-1, une juridiction a estimé que l'exécution pouvait être refusée (sur demande de la partie s'y opposant) si l'exigence de l'écrit figurant "exclusivement et de manière exhaustive à l'article II-2" n'était pas satisfaite*; Allemagne, Tribunal régional supérieur de Schleswig, 30 mars 2000 (16 SchH 05/99): *le tribunal a déclaré que l'article II-2 prévalait sur toute loi nationale pour les exigences de forme et que le principe de l'interprétation autonome signifiait que la loi nationale ne pouvait être appliquée à l'interprétation et à la portée de la convention d'arbitrage*; Suisse, Tribunal fédéral, compagnie d'assurance (Suède) contre compagnie de réassurance (Suisse), 21 mars 1995 (Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997), p. 800): *le tribunal a déclaré que les exigences de forme devaient être exclusivement déterminées par l'article II-2, qui devait être interprété de manière indépendante, sans l'assistance du droit national*; Allemagne, Tribunal régional supérieur de Cologne, 22 juin 1999 (9 Sch 08/99): *le tribunal a estimé que l'exigence de forme de l'article II-2 était remplie lorsque les parties signaient un contrat contenant une clause compromissoire.*

²⁷ Autriche, Cour suprême, 21 février 1978, 3 Ob 120/77, SZ 51/18 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), p. 418).

²⁸ Autriche, Cour suprême, 7 novembre 1979 (OGH 7.11.1979, 3 Ob 144/79, SZ 52/160); Italie, Cour suprême, Universal Peace Shipping Enterprises SA (Panama) contre Montedipe SpA (Italie), 28 mars 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 562): *la cour a estimé qu'un contrat de vente verbal et un connaissance comprenant une clause compromissoire envoyée par une partie sans être signé ne satisfaisaient pas à l'exigence de forme de l'article II-2 de la Convention de New York.*

²⁹ Italie, Cour suprême, Marc Rich & Co AG contre Societa Italiana Impianti SpA, 25 janvier 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 554, et décision de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 25 juillet 1991, p. 233): *le contrat a été conclu par un échange de télex; étant donné qu'Impianti n'a pas répondu à un télex ultérieur de Marc Rich prévoyant des conditions supplémentaires au contrat, y compris une clause compromissoire, et ne l'a pas accepté, la cour a déclaré qu'il n'y avait pas de preuve d'une convention d'arbitrage mutuelle écrite et donc que les juridictions italiennes avaient compétence pour connaître de l'affaire; la cour a considéré qu'"en ce qui concerne les clauses compromissoires d'arbitrage étranger, la forme écrite est toujours exigée conformément à la Convention de New York".*

partie par écrit ou même s'il y avait ensuite comparution des deux parties devant l'arbitre³⁰, acceptation tacite³¹ ou exécution du contrat³². De même, ils n'ont pas reconnu l'existence d'une convention d'arbitrage par utilisation régulière préalable des conditions générales du commerce³³.

Interprétations divergentes de l'exigence de signature

14. L'exigence de signature de l'article II-2 n'a pas été interprétée de manière uniforme par les tribunaux étatiques. Des interprétations divergentes sont données à cet égard dans des décisions des tribunaux des États-Unis, qui ont estimé, dans certaines affaires, que l'exigence de signature ou d'échange de l'article II-2 s'appliquait uniquement à une convention d'arbitrage distincte d'un contrat et non à une clause compromissoire insérée dans un contrat³⁴. Selon cette interprétation,

³⁰ Allemagne, Tribunal régional supérieur de Düsseldorf, 1971 (Yearbook Commercial Arbitration II (1977), p. 237).

³¹ Allemagne, Tribunal régional supérieur de Rostock, 22 novembre 2001 (1 Sch 03/2000); Italie, Cour suprême, Marc Rich & Co AG contre Societa Italiana Impianti SpA, 25 janvier 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 554).

³² Italie, Cour suprême, Robobar Limited (Royaume-Uni) contre Finncold sas (Italie), 28 octobre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 739).

³³ Pays-Bas, Cour d'appel de La Haye, James Allen (Irlande) Ltd contre Marea Producten B.V. (Pays-Bas), 17 février 1984 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), p. 485): *les parties avaient effectué au moins 25 opérations selon les conditions habituelles comprenant une clause compromissoire; la dernière opération, qui faisait l'objet du litige, ne se référait pas à ces conditions et la cour a décidé que l'utilisation régulière préalable des conditions générales du commerce (contenant une clause compromissoire) ne pouvait pas être constitutive d'une convention d'arbitrage exécutoire dans un cas où ces conditions générales n'avaient pas expressément été mentionnées; la cour a déclaré que l'exigence d'une "convention écrite" visée dans la Convention de New York excluait la possibilité d'invoquer une telle utilisation continue.*

³⁴ États-Unis, Cour d'appel du cinquième circuit, Sphere Drake Insurance plc contre Marine Towing, Inc., 23 mars 1994 (16 F 3d 666, Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 937): *cette affaire concernait un contrat d'assurance qui n'avait pas été signé par la partie assurée. Celle-ci soutenait que, parce qu'elle n'avait pas signé le contrat, il n'existait pas de "convention écrite" au sens de la Convention de New York; pour être exécutoire en vertu de cette Convention, soit le contrat contenant la clause compromissoire devait être signé par les parties soit les parties devaient démontrer y avoir consenti par un échange de correspondance. La cour a rejeté cette interprétation et décidé que la définition d'une "convention écrite" dans la Convention de New York comprenait soit 1) une clause compromissoire insérée dans un contrat soit 2) un compromis a) signé par les parties ou b) contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes. En prenant sa décision, la cour a cité, tout en refusant de la suivre, la décision du tribunal de district pour le district sud de New York, Sen Mar, Inc. contre Tiger Petroleum Corporation, 1991 (774 F Supp. 879), qui avait une interprétation opposée de l'article II-2.*

L'interprétation donnée dans l'affaire Sphere Drake a été suivie dans l'affaire Stony Brook Marine Transportation Corporation contre Leslie Wilton, Compagnie d'assurances maritimes aériennes et terrestres et Lev A. Osman, 1996, 94 CV 5880 (JS) portant sur une clause compromissoire contenue dans un certificat d'assurance émis après le sinistre et non signée par l'assuré, mais mentionnée dans une note de couverture écrite préparée par le mandataire de l'assuré et signée par l'assureur. Cette interprétation semble également avoir influencé le tribunal de district du Minnesota dans l'affaire Polytek Engineering contre Jacobson Companies et Jacobson Inc., 1997, 984 F Supp. 1238 (bien qu'il n'ait pas explicitement fait référence à l'affaire, le tribunal est parvenu à la conclusion qu'une commande non signée qui mentionnait deux fois un contrat annexé contenant une clause compromissoire, lequel avait été exécuté partiellement par la partie essayant de se soustraire à l'arbitrage, remplissait l'exigence de

l'article II-2 prévoirait deux régimes séparés, l'un étant "une clause compromissoire insérée dans un contrat" et l'autre "un compromis a) signé par les parties ou b) contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes". Ce raisonnement a par la suite été repris dans une décision de première instance où le tribunal a estimé que des commandes non signées valaient "clause compromissoire insérée dans un contrat" et que, de ce fait, elles n'étaient pas soumises à l'exigence de signature ou d'échange³⁵. Il doit cependant être noté que cette interprétation a été infirmée en appel³⁶, et n'a pas été largement suivie aux États-Unis ni par les tribunaux d'autres États. Dans d'autres affaires, les tribunaux étatiques ont affirmé que la définition d'une "convention écrite" exigeait qu'une telle convention, qu'elle prenne la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis, soit signée par les parties ou contenue dans une série de lettres ou de télégrammes échangés par les parties³⁷.

Interprétations divergentes de l'exigence d'un échange de documents

15. L'exigence d'un échange de documents entre les parties n'a pas été interprétée de manière uniforme par les tribunaux étatiques. Certains ont donné au mot "échange" un sens strict signifiant que la partie ayant reçu le document contenant la clause compromissoire ou le compromis devait le renvoyer à la partie qui l'avait initialement envoyé³⁸. Conformément à cette tendance jurisprudentielle, l'exigence qu'il y ait un "échange" et donc une offre écrite de contrat contenant une clause

forme écrite).

³⁵ États-Unis, tribunal de district, Kahn Lucas Lancaster Inc. contre Lark International Ltd, 11 août 1997 (n° 95 CIV 10506): *le tribunal a suivi l'arrêt Sphere Drake Insurance plc contre Marine Towing Inc., et refusé de suivre la décision Sen Mar Inc. contre Tiger Petroleum Corp.: l'affaire portait sur des commandes exécutées par le défendeur sans qu'ils les ait signées; le tribunal a considéré qu'"une clause compromissoire dans un contrat suffit pour faire jouer la Convention de New York; une "convention écrite" n'a pas nécessairement à être signée par les parties ou à être contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes du moment que le tribunal est, d'une autre manière, en mesure de constater une clause compromissoire dans un contrat". Cette interprétation de l'article II-2 a été infirmée en appel (voir note 36 ci-dessous).*

³⁶ États-Unis, Cour d'appel du deuxième circuit, Kahn Lucas Lancaster Inc. contre Lark International Ltd, 29 juillet 1999 (186 F 3d 210): *la cour a déclaré que la définition d'une "convention écrite" exigeait qu'une telle convention, qu'elle prenne la forme d'un compromis ou d'une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit signée par les parties ou contenue dans une série de lettres ou de télégrammes échangés par les parties.*

³⁷ *Ce raisonnement en appel a été suivi dans des affaires ultérieures par le tribunal de district du Connecticut dans Coutinho Caro & Co USA Inc. contre Marcus Trading Inc., 14 mars 2000, Judy Tien Lo contre Aetna International, 2000, WL 565465 et par le tribunal de district pour le district sud de la Californie dans Chloe Z Fishing Co., Inc. contre Odyssey Re (Londres) Ltd, 29 avril 2000 (109 F Supp 2d 1236): le tribunal a noté les différentes interprétations et exprimé sa préférence pour celle de l'arrêt Kahn Lucas, 1999 (par rapport à l'arrêt Sphere Drake, 1994), notant cependant que les faits dans l'affaire Kahn Lucas ne pouvaient être transposés à l'espèce. Un certain nombre d'autres affaires ont expressément suivi l'interprétation donnée dans l'arrêt Kahn Lucas: le tribunal de district pour le district ouest de Washington, dans Bothell et Bothell contre Hitachi Rosen Corporation, 19 mai 2000 (97 F Supp 2d 1048), a rejeté une demande de suspension de l'instance en se fondant sur une interprétation très restrictive de l'échange; le raisonnement dans l'arrêt Kahn Lucas a également été mentionné par le tribunal commercial de la Division du Banc de la Reine, dans l'affaire XL Insurance Ltd contre Owens Corning, 28 juillet 2000, 2 Lloyd's Rep 500 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 869).*

³⁸ Italie, Cour d'appel de Naples, 1974 (Yearbook Commercial Arbitration I (1976), affaire n° 11, p. 193).

compromissoire ou de compromis et une acceptation écrite a exclu un grand nombre de situations³⁹. Dans d'autres affaires, une référence faite à la clause compromissoire ou au compromis dans une correspondance ultérieure émanant de la partie à laquelle la clause ou le compromis avaient été envoyés a été considérée comme suffisante pour satisfaire à l'exigence de forme de l'article II-2⁴⁰.

B. Application d'autres principes juridiques lorsque les exigences de forme ne sont pas satisfaites

Prise en compte du comportement des parties ("estoppel" ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui)

16. La question s'est posée de savoir si, lorsqu'une partie agissait expressément au titre d'une convention d'arbitrage sans s'y opposer, il lui était par la suite interdit, pour des raisons de bonne foi, d'invoquer la non-conformité de cette convention à l'exigence de la forme écrite énoncée à l'article II-2. Aucune solution dominante ne ressort de la jurisprudence.

17. Dans un certain nombre de décisions, des juridictions étatiques ont reconnu une convention d'arbitrage en l'absence d'un écrit compte tenu du comportement des parties, soit en se référant aux principes du droit interne des contrats⁴¹, soit en considérant que la formule souple "ne seront refusées" employée à l'article V-1 laissait une certaine marge de manœuvre aux tribunaux pour déterminer si une convention d'arbitrage avait été valablement conclue⁴². De même, un tribunal étatique a estimé que l'absence de forme écrite était réparée par le fait de participer à l'arbitrage sans s'y opposer⁴³. Les limites de l'application de ce principe étaient cependant moins claires, certaines décisions judiciaires laissant entendre que les actes liés à l'exécution devaient se référer directement à la convention d'arbitrage ou permettre à un tribunal étatique de déduire qu'une partie souhaitait accepter la convention d'arbitrage⁴⁴.

³⁹ A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 12.

⁴⁰ Italie, Cour d'appel de Florence, 1977 (Yearbook Commercial Arbitration IV (1979), affaire n° 29, p. 289).

⁴¹ État-Unis, Cour d'appel du septième circuit, Mary D. Slaney (États-Unis) contre International Amateur Athletic Federation (Monaco), 27 mars 2001 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 1091): *la Cour a déclaré que les personnes non signataires d'une convention d'arbitrage pouvaient néanmoins être liées conformément aux principes ordinaires régissant les contrats et les mandats, notamment le principe de l'estoppel.*

⁴² Hong Kong, Cour suprême, China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch (République populaire de Chine) contre Gee Tai Holdings Co Ltd, 13 juillet 1994 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 671): *la Cour suprême a analysé la doctrine de l'estoppel et a estimé qu'elle était inhérente à la Convention de New York.*

⁴³ Grèce, Cour d'appel d'Athènes, société grecque contre société ouest-allemande, Décision n° 4458 (1984) (Yearbook Commercial Arbitration XIV (1989), p. 638): *l'absence de forme écrite était réparée par le fait de participer à l'arbitrage sans s'y opposer; la Cour est arrivée à cette conclusion en appliquant le droit interne régissant les procédures d'arbitrage (sans se référer à l'article VII-1 de la Convention de New York).*

⁴⁴ Espagne, Tribunal suprême, Delta Cereales España SL (Espagne) contre Barredo Hermanos SA (Espagne), 6 octobre 1998 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 854): *l'interprétation du tribunal vise à déterminer, à partir des communications et des actes des parties, si celles-ci souhaitaient inclure la clause compromissoire dans leur contrat ou, de façon*

Incorporation d'une clause compromissoire ou d'un compromis par simple référence ou du fait de relations commerciales habituelles

18. La Convention de New York n'a pas traité la question de la reconnaissance d'une clause compromissoire ou d'un compromis qui ne satisfait pas à l'exigence de forme, mais qui se trouve incorporé dans un contrat ou un échange de lettres ou de télégrammes par simple référence.

19. S'agissant de l'incorporation par référence, certaines juridictions étatiques ont estimé que l'article II-2 exigeait une référence à la convention d'arbitrage dans le contrat principal⁴⁵, à moins que les parties n'entretiennent des relations d'affaires suivies⁴⁶. Dans le cas d'une relation continue, une clause compromissoire a été considérée comme incorporée par référence, même si l'autre partie n'en avait pas reçu les termes exacts, au motif qu'elle était présumée avoir connaissance de ladite clause⁴⁷.

générale, soumettre leur litige à l'arbitrage. Cependant, en l'espèce, ni les documents fournis par Delta ni ceux fournis par Barredo ne contenaient de clause compromissoire satisfaisant aux exigences de l'article II-2, car ils n'étaient pas signés par l'autre partie; Suisse, Cour d'appel de Genève, C Import and Export Company (République populaire de Chine) contre G SA (Suisse), 11 décembre 1997 (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998), p. 764): la Cour a déclaré que la Convention de New York autorisait, outre les actes écrits et signés, ceux dont la forme était moins rigoureuse mais qui étaient acceptés en vertu des usages commerciaux des parties.

⁴⁵ Italie, Cour suprême, Molini Lo Presti SpA (Italie) contre Continentale Italiana SpA (Italie), 2 mars 1996 (Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997), p. 734): *la référence, dans un contrat, à une clause compromissoire contenue dans un accord type a été jugée suffisante pour que ladite clause soit incorporée par référence.*

⁴⁶ France, Cour de cassation, Bomar Oil N.V. (Antilles néerlandaises) contre Entreprise tunisienne d'activités pétrolières ETAP (Tunisie), 9 novembre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 660): *un échange de télex faisant référence à la "pratique courante dans l'industrie", au "contrat standard", et à la "pratique dans le commerce international" constituait une preuve du consentement à recourir à l'arbitrage; Allemagne, Tribunal régional supérieur de Bavière, 17 septembre 1998 (4 Z Sch 01/98): un contrat de vente signé par les parties qui incorporait expressément les "conditions imprimées au verso", lesquelles prévoyaient une clause compromissoire, satisfaisait à l'exigence de forme énoncée à l'article II-2 puisqu'il ne faisait pas référence à un document séparé.*

⁴⁷ Allemagne, Schleswig, 30 mars 2000, 16 SchH 05/99: *il a été estimé qu'un contrat faisant référence aux conditions générales figurant au verso d'un contrat type utilisé par les parties depuis plusieurs années satisfaisait à l'exigence de forme écrite, même si le verso du contrat n'était jamais parvenu à l'autre partie; Suisse, Tribunal fédéral, Tradax Export S.A. (Panama) contre Amoco Iran Oil Company (États-Unis), 7 février 1984 (Yearbook Commercial Arbitration XI (1986), p. 532): le Tribunal a déclaré que l'article II-2 était muet sur la question de l'incorporation par référence et qu'il n'y avait pas de solution harmonisée à la question; une charte-partie contenait une clause compromissoire valable et la question était de savoir si la clause compromissoire était aussi incorporée, par référence à la charte-partie, dans le connaissance; cette affaire concernait des sociétés commerciales bien établies qui étaient rompues à l'utilisation des conditions types des chartes-parties; le Tribunal a donc conclu que, le connaissance se référant à l'ensemble des clauses et des conditions contenues dans la charte-partie, qui comprenait aussi la clause compromissoire, et eu égard à l'expérience des parties concernées, on pouvait présumer que le défendeur (du groupe Amoco) avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance des différents aspects relatifs au contrat de transport; le Tribunal a estimé que la clause compromissoire était par conséquent valable.*

20. Dans un certain nombre d'affaires, des juridictions ont adopté une interprétation encore plus large, en estimant qu'il pouvait y avoir incorporation par référence même si la clause compromissoire ne figurait pas dans le contrat principal, pour autant qu'il existe une référence écrite au document contenant la clause et que la partie à laquelle elle était opposée ait connaissance de la teneur du document au moment de la conclusion du contrat et ait accepté l'incorporation du document au contrat⁴⁸. Dans une autre affaire, notant que la Convention de New York confortait une politique énergique tendant à favoriser les procédures arbitrales par rapport aux procédures judiciaires, et que cette politique s'appliquait avec une force particulière dans le domaine du commerce international, une juridiction a déclaré que, même si les parties n'avaient pas signé de convention d'arbitrage, l'incorporation par référence de la clause compromissoire dans des lettres qu'elles avaient échangées était suffisante⁴⁹.

21. Dans d'autres affaires, des juridictions étatiques ont estimé que la référence ne devait pas nécessairement se rapporter expressément à la clause compromissoire

⁴⁸ France, Cour de cassation, Bomar Oil N.V. (Antilles néerlandaises) contre Entreprise tunisienne d'activités pétrolières ETAP (Tunisie), 11 octobre 1989 (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990), p. 447): *la Cour a déclaré que même si la Convention de New York n'excluait pas la reconnaissance d'une convention d'arbitrage incorporée par référence, l'article II-2 exigeait que "l'existence de cette clause soit mentionnée dans la convention principale, sauf 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"*; France, Cour de cassation, Bomar Oil N.V. (Antilles néerlandaises) contre Entreprise tunisienne d'activités pétrolières ETAP (Tunisie), 9 novembre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 660): *la Cour, sans se référer à la Convention de New York, a déclaré ce qui suit: "en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat"*; Australie, Cour suprême du Queensland, Division de la Cour d'appel, 27 juin 2000, Austin John Montague contre Commonwealth Development Corporation (Royaume-Uni), appel n° 8159 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 744): *la Cour suprême du Queensland a estimé que la signature de l'acte de mission dans le cadre d'une procédure d'arbitrage CCI, valait convention écrite*; États-Unis, Tribunal de district pour le district est de New York, Stony Brook Marine Transportation Corp contre Leslie Wilton et al (1996): *il a été estimé que, dans le contexte des coutumes et pratiques de l'assurance maritime, la note de couverture, rédigée par le mandataire d'une partie et signée par le mandataire de l'autre partie, qui se référait à une clause compromissoire, incorporait ladite clause par référence*; Espagne, Tribunal suprême, Consmaemma (Italie) contre Hermanos Madrid SA (Espagne), 20 février 2001 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 858): *une confirmation de vente contenant une clause compromissoire CCI et une référence à un formulaire contenant lui aussi une telle clause n'était signée que par une partie. Le Tribunal suprême a estimé que la Convention de New York était applicable et que les exigences de l'article II-2 étaient satisfaites du fait qu'il ressortait du contrat initial contenant une clause compromissoire et d'un contrat ultérieur que les parties avaient l'intention de recourir à l'arbitrage pour tout litige s'élevant en rapport avec leur contrat*. Suisse, Tribunal fédéral, G S.A. (Suisse) contre T Ltd (Royaume-Uni), 12 janvier 1989 (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990), p. 509): *une convention issue d'un échange de documents écrits n'avait pas besoin de mentionner la clause compromissoire et une référence générale à un contrat contenant une clause compromissoire a été jugée suffisante pour satisfaire l'exigence de forme énoncée à l'article II-2*.

⁴⁹ États-Unis, Cour d'appel du troisième circuit, 20 juin 2003, n° 02-2169 (Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004), p. 978).

mais pouvait aussi porter sur l'ensemble du contrat, pour autant que les parties aient la possibilité de consulter les conditions générales, c'est-à-dire lorsque celles-ci étaient imprimées au verso ou étaient connues des parties en raison de leurs relations d'affaires régulières, ou lorsque les parties auraient dû avoir connaissance du document en vertu des usages du commerce⁵⁰. Dans certaines affaires, l'incorporation par référence avait été rejetée au motif qu'en vertu de la pratique commerciale habituelle, la référence n'était pas explicite ou était ambiguë. Dans d'autres affaires, on a estimé que si une convention d'arbitrage était incorporée dans un document et s'il était démontré que les parties étaient liées par un contrat, qui contenait les clauses de ce document, aucune preuve supplémentaire de la convention d'arbitrage n'était nécessaire⁵¹.

C. Nouveaux moyens de communication

22. La référence expresse aux "lettres" et aux "télégrammes" à l'article II-2 conduit à se demander si les nouveaux moyens de créer et d'enregistrer des communications (autres que les lettres et les télégrammes) seraient considérés comme satisfaisant aux exigences de forme de l'article II-2. La majorité des juridictions étatiques ont donné une réponse affirmative à cette question concernant les télex⁵² et les télécopies⁵³. Une juridiction a déclaré que l'article II-2 ne pouvait

⁵⁰ Suisse, Cour d'appel de Bâle-Campagne, DIETF Ltd contre RF AG, 5 Juillet 1994 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 685): *un vendeur avait envoyé à un acheteur une confirmation contenant une référence aux conditions commerciales générales figurant au verso, lesquelles prévoyaient une clause compromissoire; l'acheteur a répondu par fax en se référant à la confirmation et a formulé certaines demandes concernant le conditionnement des marchandises etc.; la Cour a estimé que les conditions de forme énoncées à l'article II-2 étaient satisfaites, en déclarant que l'acceptation écrite n'avait pas besoin de se référer expressément à la clause compromissoire mais pouvait concerner le contrat dans son ensemble.*

⁵¹ Royaume-Uni, Cour d'appel, Zambia Steel & Building Supplies Ltd. contre James Clark & Eaton Ltd, 16 mai 1986 ((1986) 2 Lloyd's Rep. 225): *la Cour, se référant à la loi sur l'arbitrage de 1975 (English Arbitration Act), a déclaré que "dès lors qu'il est établi que l'acceptation des conditions écrites ne doit pas nécessairement être contenue dans la convention écrite, mais qu'elle peut être démontrée par d'autres preuves, (...) toute preuve démontrant que la partie a consenti à être liée par une convention [d'arbitrage] (...) contenue dans un ou plusieurs documents suffit pour que ce ou ces documents valent convention [d'arbitrage] sous forme écrite (...)". Ce raisonnement a été suivi dans une décision du Tribunal commercial de la Division du Banc de la Reine dans l'affaire Abdullah M Fahem and Co (Yémen) contre Mareb Yemen Insurance Co et Tomen (Royaume-Uni) Ltd (1997) (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998) p. 789) où la suspension d'une procédure judiciaire avait été demandée sur le fondement d'une convention d'arbitrage; le Tribunal a cité la loi de 1975 qui, selon lui, donnait un sens très large au terme "écrit", plus large encore que le sens prévu à l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage mais qu'il a néanmoins jugé conforme à l'article II-2; le Tribunal a estimé que si une convention d'arbitrage était incorporée à un document et s'il était établi que les parties étaient liées par un contrat comprenant les clauses de ce document, aucune preuve supplémentaire de la convention d'arbitrage n'était nécessaire.*

⁵² États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de New York, Oriental Commercial and Shipping Co Ltd (Arabie saoudite) et Oriental Commercial and Shipping Co (Royaume-Uni) Ltd (Royaume-Uni) contre Rosseel N.V. (Belgique), 4 mars 1985 (609 F Supp 75); France, Cour d'appel de Paris, Bomar Oil NV contre ETAP, 20 janvier 1987 (1987, rev. arb. 482); Suisse, Tribunal fédéral, G.S.A. contre T. Ltd, 12 janvier 1989 (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990)); Italie, Tribunal de Savone, Dimitros Varverakis contre Companis de Navigacion Artico SA, 26 mars 1981 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985)); Autriche, Cour suprême, 2 mai

pas avoir pour objet d'exclure toutes les autres formes de communication écrite régulièrement utilisées en affaires⁵⁴. Dans certains cas, des juridictions étatiques ont estimé que, même si l'exigence de forme signifiait que la convention d'arbitrage devait exister sous forme écrite, il suffisait que cette convention soit contenue dans un document constituant une preuve écrite et une confirmation de la volonté commune des parties⁵⁵.

23. Dans une autre affaire, une juridiction étatique a estimé que l'article II-2 devait être interprété et appliqué au regard des exigences moins restrictives de l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage et de l'article 178 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé⁵⁶. Elle a déclaré qu'en égard aux moyens de communication modernes, les écrits non signés occupaient une place de plus en plus grande et l'exigence de signature perdait de son importance et que, dans certains cas, un comportement déterminé pouvait, en vertu des règles de la bonne foi, remplacer l'exigence de la forme écrite. Cette interprétation n'a pas été universellement acceptée et au moins un tribunal étatique a considéré qu'un échange de courriers électroniques ne satisfaisait pas à l'exigence de forme énoncée à l'article II-2⁵⁷.

II. Relation entre les articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York

24. La Convention de New York a été décrite comme tendant à "favoriser l'exécution" du fait qu'elle vise à encourager l'exécution des sentences dans le plus grand nombre possible de cas. Cet objectif a été atteint, sur la base de

1972 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985)); Suisse, Tribunal fédéral, Tracomin SA contre Sudan Oil Seeds Co, 1987 (Yearbook Commercial Arbitration XII (1987)).

⁵³ États-Unis, Cour d'appel du deuxième circuit, Titan Inc contre Guangzhou Zhen Hua Shipping Co Ltd, 15 février 2001 (241 F 3d 135); Allemagne, Tribunal régional supérieur de Hambourg, 30 juillet 1998 (Yearbook Commercial Arbitration XXV (2000), p. 714): *le Tribunal a estimé qu'en égard aux avancées technologiques, les télex et les télécopies, à l'instar des télégrammes, devaient être traités comme des lettres au sens de l'article II-2*; Suisse, Tribunal fédéral, Tracomin S.A. (Suisse) contre Sudan Oil Seeds Co Ltd (Royaume-Uni), 5 novembre 1985 (Yearbook Commercial Arbitration XII (1987), p. 511): *Le Tribunal a estimé que des télex et des lettres tendant au règlement de litiges par arbitrage et que la désignation d'un arbitre par télex satisfaisaient à l'exigence de forme de l'article II-2*.

⁵⁴ États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de la Californie, Chloe Z Fishing Co Inc *et al* contre Odyssey Re (Londres) Ltd (2000) (109 F Supp 2d 1236).

⁵⁵ Suisse, Cour d'appel de Bâle, DIETF Ltd contre RF AG (1994).

⁵⁶ Suisse, Tribunal fédéral, Compagnie de Navigation de Transports SA contre MSC Mediterranean Shipping Company SA (1995) BGE 121 III 38, ASA Bulletin 3/1995 503: *l'article 178 de la Loi fédérale sur le droit international privé dispose ce qui suit: "Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte (...)".*

⁵⁷ Norvège, Cour d'appel de Halogaland, 16 août 1999 (Stockholm Arbitration Report (1999), vol. 2, at 121): *la Cour a estimé qu'un contrat conclu par un échange de courriers électroniques faisant référence à la charte-partie GENCON n'était pas constitutif d'une convention d'arbitrage écrite au sens de l'article II-2 de la Convention de New York. Elle a conclu que les courriers électroniques échangés, ainsi que la copie jointe de la charte-partie GENCON, qui n'était pas signée, ne remplissaient pas les "exigences fondamentales de protection juridique énoncées par la Convention".*

l'article VII-1, par la suppression dans les lois nationales des conditions de reconnaissance et d'exécution plus strictes que celles de la Convention de New York, et par le maintien des dispositions nationales qui accordent des droits spéciaux ou plus favorables à une partie cherchant à se prévaloir d'une sentence (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 21).

25. Dans la mesure où de nombreuses lois nationales réglementent aussi la validité formelle de la convention d'arbitrage, les juridictions étatiques ont dû déterminer comment de telles règles nationales s'articulent avec les exigences de forme énoncées à l'article II-2. La question de savoir si les juridictions étatiques peuvent appliquer leurs lois plus libérales en vertu de l'article VII-1 à la place des conditions plus strictes de la Convention de New York soulève plusieurs problèmes.

A. Exigence de forme maximale ou uniforme

26. Le premier problème est de savoir si la Convention de New York doit être interprétée comme établissant une exigence de forme unifiée que doivent respecter les conventions d'arbitrage entrant dans son champ d'application⁵⁸ ou si l'article II-2 de la Convention établit une exigence de forme maximale (laissant ainsi les États libres d'adopter des conditions moins strictes)⁵⁹ (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 21 et 22).

27. De nombreuses législations internes adoptent une interprétation plus large des conditions énoncées à l'article II-2. De plus, dans certains cas, des juridictions étatiques ont effectivement préféré appliquer la loi nationale au lieu de la Convention de New York pour valider une clause compromissoire⁶⁰, et un certain

⁵⁸ Suisse, Tribunal fédéral, Tradax Export S.A. (Panama) contre Amoco Iran Oil Company (États-Unis), 7 février 1984 (Yearbook Commercial Arbitration XI (1986), p. 532), et Suisse, Tribunal fédéral, Tracomin S.A. (Suisse) contre Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (Royaume-Uni), 5 novembre 1985 (Yearbook Commercial Arbitration, XII (1987), p. 511): *dans ces affaires, le Tribunal a souligné le caractère de règle uniforme de l'article II en déclarant qu'il prévoyait des règles d'application uniforme qui, là où la Convention était applicable, remplaçaient la loi nationale*; Allemagne, Tribunal régional supérieur de Schleswig, 30 mars 2000, 16 SchH 05/99: *l'article II-2 prime sur toute loi interne en ce qui concerne les conditions de forme et le principe de l'interprétation autonome, veut que la loi interne qu'elle soit plus ou moins stricte que l'article II-2 concernant les exigences de forme, ne peut être appliquée pour interpréter la convention d'arbitrage ou en définir la portée*.

⁵⁹ Allemagne, Cour d'appel de Cologne, acheteur danois contre vendeur allemand, 16 décembre 1992 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 535): *la Cour a déclaré que l'article II-2 n'énonce pas de règle uniforme, comme on peut le déduire de "l'article VII-1 de la Convention"*. (Voir aussi la note 8 du présent document).

⁶⁰ Pays-Bas, Tribunal de première instance de Rotterdam, 28 septembre 1995, Petrasol BV (Pays-Bas) contre Stolt Spur Inc. (Libéria) (Yearbook Commercial Arbitration XXII, p. 762 à 765): *le tribunal a affirmé que "les dispositions de la Convention de New York (en particulier l'article II) n'empêchent pas l'application de l'article 1074 du code de procédure civile néerlandais, du fait de l'application par analogie de la disposition sur la loi la plus favorable prévue à l'article VII de la Convention*; Inde, Haute Cour de Delhi, 15 octobre 1993 (Affaire n° 1440 de 1990 et I.A n° 5206 de 1990, D – 15-10-1993), Gas Authority of India, Ltd contre SPIE-CAPAG, SA (France), Nippon Kokan Corporation (Japon), Toyo Engineering Corporation (Japon), Chambre de commerce internationale (Yearbook Commercial Arbitration XXIII, p. 688 à 712): *la Cour a affirmé que "les parties à une convention d'arbitrage commercial international peuvent demander l'exécution d'une sentence arbitrale en se fondant sur la loi*

nombre de décisions judiciaires ont validé, sur le fondement de l'article VII-1, une convention d'arbitrage en vertu de la loi interne, convention qui n'aurait pas été considérée comme valable en vertu la Convention de New York⁶¹. Dans une affaire, le tribunal étatique a estimé "que les principes ordinaires régissant les contrats déterminent quand les parties sont liées par une disposition d'arbitrage écrite en l'absence de signature"⁶². Dans une autre affaire, la juridiction a exécuté une sentence arbitrale en se fondant sur l'article VII-1 de la Convention de New York car les exigences de forme énoncées à l'article II-2 n'étaient pas remplies⁶³.

28. Dans un certain nombre d'affaires d'arbitrage international, des juridictions étatiques ont cité la Convention de New York mais ont par la suite appliqué des principes juridiques internes à la question de savoir si la convention d'arbitrage était valable et exécutoire⁶⁴.

interne au lieu de la Convention, même si elles peuvent être convenues d'exécuter la convention d'arbitrage en vertu de l'article II de la Convention. Lorsque la convention d'arbitrage ne donne pas lieu à une sentence susceptible d'exécution en vertu de la Convention, celle-ci peut toujours être exécutée en vertu de la loi interne parallèle, la "Indian Arbitration Act" (loi indienne sur l'arbitrage); France, Cour de cassation, Bomar Oil NV (Antilles néerlandaises) contre Entreprise tunisienne d'activités pétrolières, 9 novembre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) p. 660); France, Cour d'appel de Versailles, Bomar Oil NV (Antilles néerlandaises) contre Entreprise tunisienne d'activités pétrolières, 23 janvier 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 488 à 490): la question a été abordée dans l'arrêt Bomar Oil rendu en 1987 par la Cour d'appel de Paris, où il a été estimé que l'article II-2 de la Convention de New York exprimait "une règle matérielle qui doit être appliquée à tous les cas". Cette décision a ensuite été annulée par la Cour de cassation, mais le problème n'a pas été abordé directement.

⁶¹ Allemagne, Cour fédérale de justice, 25 mai 1970 (Yearbook Commercial Arbitration 1977, p. 237); Pays-Bas, Cour d'appel de La Haye, Owerri commercial Inc. (Panama) contre Dielle Srl. (Italie), 4 août 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XIX, p. 703).

⁶² États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de New York, Beromun Aktiengesellschaft contre Societa Industriale Agricola "Tresse" di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro, 3 avril 1979 (41 F Supp 1163).

⁶³ Allemagne, Tribunal régional supérieur de Cologne (1992) (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 535).

⁶⁴ États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de New York, Beromun Aktiengesellschaft contre Societa Industriale Agricola "Tresse" di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro, 3 avril 1979 (41 F Supp 1163); États-Unis, Cour d'appel du deuxième circuit, Genesco Inc contre Kakiuchi & Co, 1^{er} avril 1987 (815 F 2d 840): *des tribunaux ont suivi une approche semblable, en appliquant le droit interne, dans les affaires suivantes*: affaire Jamaica Commodity Trading Company Limited contre Connell Rice & Sugar Co, Inc., Tribunal de district pour le district sud de New York, 24 mai 1985, (85 Civ 1210) *où le Tribunal a décidé que, si la convention d'arbitrage devait être écrite pour être exécutée, il n'y avait pas d'exigence de signature*; affaire Astor Chocolate Corporation contre Mikroverk Ltd, 20 janvier 1989 (704 F Supp 30 (EDNY)), *où le tribunal de district pour le district est de New York a estimé que si la loi fédérale régissait la question du champ d'application d'une clause compromissoire, la loi étatique régissait celle de savoir si la clause faisait ou non partie du contrat*; affaire Progressive Casualty Insurance Co. contre C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela (1993) (991 F Supp 2d 42), *où la Cour d'appel du deuxième circuit n'a pas tenu compte de la Convention de New York et, ne se référant qu'à la jurisprudence interne, a conclu qu'en vertu de la législation de New York, la convention d'arbitrage s'imposait aux parties du fait de son incorporation par référence*; affaire Overseas Cosmos Inc contre NR Vessel Corp (1997) (97 Civ 5898), *où le Tribunal de district pour le district sud de la Californie a fait référence à l'affaire Genesco (1987) et a estimé qu'il était bien établi qu'une partie pouvait être liée par une convention*

29. Les juridictions étatiques n'ont pas toujours considéré que la Convention de New York primait sur le droit interne, et certains tribunaux ont appliqué la loi interne sans se référer à l'article VII-1 de la Convention⁶⁵, estimant que, si une convention d'arbitrage devait revêtir une forme écrite, la signature n'était pas exigée, et qu'à défaut de signature, les principes ordinaires s'appliquant aux contrats régiraient la question de savoir si les parties étaient ou non liées par une telle convention⁶⁶. Un certain nombre de juridictions étatiques ont donc conclu qu'une incorporation spécifique par référence à une clause compromissoire satisfait à l'exigence de forme en vertu des principes établis par la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)⁶⁷, des principes juridiques internes⁶⁸ ou de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage⁶⁹. Au moins une

d'arbitrage même sans l'avoir signée. À défaut de signatures, les principes ordinaires régissant les contrats déterminaient si les parties étaient liées par la convention. Royaume-Uni, Division du Banc de la Reine, XL Insurance Ltd contre Owens Corning, 28 juillet 2000 (2 Lloyd's Rep 500, Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001) p. 869); Royaume-Uni, Cour d'appel, Zambia Steel & Building Supplies Ltd contre James Clark & Eaton Ltd, 16 mai 1986 ((1986) 2 Lloyd's Rep. 225): *la Cour, se référant à la loi sur l'arbitrage de 1975 (English Arbitration Act) a déclaré que "dès lors qu'il est établi que l'acceptation des conditions écrites ne doit pas nécessairement être contenue dans la convention écrite, mais qu'elle peut être démontrée par d'autres preuves, (...) toute preuve démontrant que la partie a consenti à être liée par une convention [d'arbitrage] (...) contenue dans un ou plusieurs documents suffit pour que ce ou ces documents valent convention [d'arbitrage] sous forme écrite (...)". Ce raisonnement a été suivi dans une décision du Tribunal commercial de la Division du Banc de la Reine dans l'affaire Abdullah M Fahem and Co (Yémen) contre Mareb Yemen Insurance Co and Tomen (Royaume-Uni) Ltd (1997) (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998), p. 789) où la suspension d'une procédure judiciaire a été demandée sur le fondement d'une convention d'arbitrage; le Tribunal a cité la loi de 1975 qui, selon lui, donnait un sens très large au terme "écrit", plus large encore que le sens prévu à l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage mais qu'il a néanmoins jugé conforme à l'article II-2; le Tribunal a estimé que si une clause compromissoire était incorporée à un document et s'il était établi que la partie était liée par une convention comprenant les clauses de ce document, aucune preuve supplémentaire de la convention d'arbitrage n'était nécessaire.*

⁶⁵ France, Cour de cassation, Société Britannia contre Société Jézéquel et Maury, 15 juillet 1987, (Rev. arb. 1990, p. 627); France, Cour d'appel de Paris, Société Abilio Rodriguez contre Société Vigelor (1990) (Rev. arb. 1990, p. 691): *la Cour a appliqué le droit interne pour valider une clause compromissoire incorporée par référence dans une lettre de confirmation de vente émise par un courtier.*

⁶⁶ États-Unis, Tribunal de district pour le district est de New York, Astor Chocolate Corporation contre Mikroverk Ltd (1989) (704 F Supp 30 (EDNY)); États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de la Californie, Overseas Cosmos Inc. contre NR Vessel Corp (1997) 97 Civ 5898 où le Tribunal s'est référé à l'affaire Genesco (1987); France, Cour de cassation, Bomar Oil N.V. (Antilles néerlandaises) contre Entreprise tunisienne d'activités pétrolières ETAP (Tunisie), 9 novembre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) p. 660).

⁶⁷ États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de New York, Filanto SpA contre Chilewich International Corp., 14 avril 1992, (789 F Supp 1229, Yearbook Commercial Arbitration XVIII (1993), p. 530): *le Tribunal a déclaré que tout litige soumis à la Convention de New York, qu'il soit porté devant un tribunal étatique ou fédéral, devait être réglé sur la base de cet instrument; il a toutefois ajouté que dans leur interprétation de l'exigence de la forme écrite, les tribunaux étaient généralement partis du libellé simple de la Convention de New York qu'ils avaient ensuite appliqué à la lumière de la loi fédérale, qui consistait en des principes généralement acceptés du droit des contrats; il a refusé cependant d'appliquer le Code de commerce uniforme mais a appliqué la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980).*

⁶⁸ États-Unis, Cour d'appel du septième circuit, Mary D. Slaney (États-Unis) contre International

juridiction a estimé qu'une convention d'arbitrage existait, bien qu'aucune des parties n'ait signé de contrat écrit, "cette pratique étant courante dans le secteur d'activité concerné"⁷⁰.

30. Une autre zone d'incertitude, là où les juridictions étatiques ont appliqué des lois internes au lieu de la Convention de New York pour déterminer la validité d'une convention d'arbitrage, concerne la désignation de la loi applicable à cette question. Les solutions des tribunaux sont variées. La validité formelle de la convention d'arbitrage serait déterminée par application de la règle uniforme énoncée à l'article II-2 tandis que sa validité matérielle pourrait, en vertu de l'article V-1 a) de la Convention de New York, être déterminée conformément à la législation interne. Dans certaines affaires, des juridictions étatiques n'ont pas fait de distinction entre l'exigence de forme (écrite) pour la validité de la convention d'arbitrage régie par la Convention de New York et les exigences de fond régies par la législation interne, et ont appliqué cette dernière à ces deux types d'exigence⁷¹. D'autres juridictions étatiques ont estimé que la validité des conventions d'arbitrage devait être déterminée par la loi du pays où la sentence était rendue, à défaut d'accord entre les parties⁷².

Amateur Athletic Federation (Monaco), 27 mars 2001 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 1091); États-Unis, Cour d'appel du deuxième circuit, Square contre Bombay, 23 août 1999.

⁶⁹ Hong Kong, Haute Cour, Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp contre Sulanser Company Ltd, 6 avril 1995 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 546): *la Cour a estimé que la définition de la forme écrite à l'article II-2 n'était pas exclusive et n'empêchait pas d'appliquer l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage.*

⁷⁰ France, Cour d'appel de Paris, SARL Centro Stoccaggio Grani contre SA Granit, 8 juin 1995, (Rev. Arb. 89).

⁷¹ Suisse, Tribunal fédéral, Compagnie de navigation de transports SA contre MSC Mediterranean Shipping Company SA (1995) BGE 121 III 38, (ASA Bulletin 3/1995 503): *le Tribunal a estimé que l'article II-2 devait être interprété et appliqué à la lumière des exigences moins restrictives de l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage et de l'article 178 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé. Il a déclaré qu'en regard aux moyens de communication modernes, les écrits non signés jouaient un rôle significatif et l'exigence de signature perdait de son importance. Dans certains cas, un comportement déterminé pouvait, en vertu des règles de la bonne foi, remplacer l'exigence de la forme écrite*; Italie, Cour suprême, Lanificio Walter Banci SaS (Italie) contre Bobbie Brooks Inc (États-Unis) (1980) (Yearbook Commercial Arbitration VI (1981) p. 233): *la Cour a discuté de la relation entre l'article II et l'article V dans une procédure d'exequatur et a conclu qu'en cas d'exécution, l'article V et non l'article II était applicable; partant, elle a estimé que la forme écrite de la clause compromissoire était conforme à la loi interne applicable, déclarant qu'en vertu de l'article V-1 a), la validité de la convention d'arbitrage devait être déterminée par la loi du pays où la sentence avait été rendue, à défaut d'accord entre les parties; la Cour n'a pas déterminé si la convention d'arbitrage était conforme à l'article II; cette position a été d'une certaine manière confirmée dans un arrêt de la Cour suprême italienne dans l'affaire Conceria G De Maio & F snc (Italie) contre EMAG AG (Suisse) (1995) (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) p. 602): la Cour a estimé que dans une procédure d'exequatur, l'article V et non l'article II s'appliquait et que la validité de la clause compromissoire devait être établie en vertu de la loi applicable.*

⁷² Italie, Cour suprême, Lanificio Walter Banci SaS (Italie) contre Bobbie Brooks Inc. (États-Unis), 15 avril 1980 (Yearbook Commercial Arbitration VI (1981), p. 233); Italie, Cour suprême, Conceria G De Maio & F snc (Italie) contre EMAG AG (Suisse), 20 janvier 1995 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 602); Universal Peace Shipping Enterprises SA (Panama) contre Montipe SpA (Italie) (1991) (Yearbook Commercial Arbitration XVII

B. Régime autonome

31. La question de savoir si les dispositions de la Convention de New York pouvaient être combinées avec les dispositions de la législation interne a été posée, principalement en ce qui concerne l'application de l'article II-2 de la Convention.

32. Certaines juridictions étatiques ont estimé que la Convention de New York était un régime autonome et ont décidé qu'il serait contraire à l'intention des auteurs de cet instrument qu'une sentence rendue sur la base d'une convention non conforme à ses exigences bénéficie néanmoins de son régime. Selon ce point de vue, l'article VII-1 n'autoriserait pas une partie à combiner les dispositions de la Convention de New York avec celles de la loi interne concernant l'exécution d'une sentence étrangère. On a estimé qu'il fallait se fonder soit sur la Convention de New York, soit sur le droit interne⁷³.

33. D'autres juridictions étatiques en revanche ont conclu que la Convention de New York ne contenait aucune disposition empêchant d'utiliser certaines de ses dispositions conjointement avec d'autres, plus libérales, du droit interne⁷⁴.

C. L'article VII-1 et la référence aux conventions d'arbitrage

34. La question est aussi de savoir si l'article VII-1, qui s'applique à l'exécution des sentences arbitrales peut aussi s'appliquer aux conventions d'arbitrage. Certaines juridictions étatiques ont appliqué la loi interne pour régler la question de la force obligatoire d'une convention d'arbitrage et ont donc considéré que l'article VII-1, dont le libellé fait référence à l'exécution des sentences arbitrales, devait être interprété comme s'appliquant aussi aux conventions d'arbitrage⁷⁵.

III. Remarques finales

A. Remarques générales

35. De grandes divergences d'interprétation entre les juridictions étatiques subsistent concernant l'exigence de forme énoncée à l'article II-2. Des interprétations différentes et parfois contradictoires ont été données, en particulier,

(1992) p. 562).

⁷³ Allemagne, Tribunal régional supérieur de Cologne, acheteur danois contre vendeur allemand, 16 décembre 1992 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 535).

⁷⁴ Allemagne, Tribunal régional supérieur de Hamm, 2 novembre 1983 (Yearbook Commercial Arbitration XIV (1989), p. 629): *le Tribunal a appliqué simultanément les dispositions du nouveau code de procédure civile allemand et de la Convention de New York à l'exécution d'une sentence étrangère*; Pays-Bas, Tribunal de première instance de Rotterdam, Isaac Glecer (Israël) contre Moses Asrael Glecer et Estera Glecer-Nottman (Belgique), 24 novembre 1994 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 635): *le Tribunal a accordé l'exequatur, ayant constaté, entre autres, que l'article 1076 du code de procédure civile néerlandais s'appliquait à l'exécution en vertu de l'article VII-1 de la Convention de New York*.

⁷⁵ États-Unis, Cour d'appel du deuxième circuit, Genesco, Inc contre Kakiuchi & Co., 1^{er} Avril 1987 (815 F 2d 840); Royaume-Uni, Tribunal commercial de la Division du Banc de la Reine, XL Insurance Ltd contre Owens Corning, 28 Juillet 2000, 2 Lloyd's Rep 500 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001) p. 869).

au terme “signature”, à la question de savoir si l’exigence de signature s’applique aussi bien à la clause compromissoire contenue dans un contrat qu’au compromis et à ce qu’il faut entendre par “échange de lettres ou de télégrammes”. Les différences d’interprétation judiciaire de l’exigence de forme et la tendance à contourner cette exigence en se référant à d’autres règles de droit risquent de compromettre les principes de la Convention de New York et l’harmonisation du droit en matière de reconnaissance et d’exécution des conventions d’arbitrage.

36. Les tribunaux, dans de nombreux États, ont exprimé une position claire sur les circonstances dans lesquelles l’article VII-1 peut s’appliquer pour valider des conventions d’arbitrage qui autrement ne rempliraient pas l’exigence de forme énoncée à l’article II-2, mais cette position diffère d’un État à l’autre. L’avantage d’appliquer l’article VII-1 serait d’éviter l’application de l’article II-2 et, du fait que les États adopteraient des dispositions plus favorables sur l’exigence de forme pour les conventions d’arbitrage, de permettre l’élaboration de règles en faveur de la validité des conventions d’arbitrage dans un plus large éventail de situations. Le fait d’encourager une adoption large par les États de l’article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage, actuellement en cours de révision par le Groupe de travail, pourrait être un moyen utile de parvenir à une plus grande uniformité concernant l’exigence de forme, ce qui répondrait mieux aux besoins de l’arbitrage moderne.

B. Projet de déclaration relative à l’interprétation de l’article VII-1 de la Convention

37. Comme il a été indiqué plus haut (par. 24 à 34), il existe des zones d’incertitude concernant l’application de l’article VII-1. Eu égard aux travaux actuels du Groupe de travail sur l’article II-2 et sur le projet de disposition type portant modification de l’article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l’élaboration de principes directeurs sur l’article VII-1 de la Convention de New York serait également utile pour assurer une plus grande uniformité d’application. La déclaration interprétative de l’article VII-1 de la Convention de New York pourrait être libellée comme suit:

“Déclaration relative à l’interprétation de l’article VII-1 de la Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

[1] *Rappelant* la résolution 2205 (XXI) de l’Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d’encourager l’harmonisation et l’unification progressives du droit commercial international,

[2] *Consciente* du fait que les différents systèmes juridiques, sociaux et économiques du monde, ainsi que différents niveaux de développement sont représentés en son sein,

[3] *Rappelant* les résolutions successives de l’Assemblée générale qui réaffirment que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine,

- [4] *Consciente* de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,
- [5] *Convaincue* que la large adoption de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été un progrès notable dans la promotion de l'état de droit, en particulier dans le domaine du commerce international,
- [6] *Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution indiquant notamment, que la Conférence "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé",
- [7] *Gardant à l'esprit* les différences d'interprétation des exigences de forme énoncées dans la Convention qui sont dues en partie à des différences de formulation entre les cinq textes de la Convention faisant également foi,
- [8] *Tenant compte* de l'article VII-1 de la Convention, qui vise notamment à permettre l'exécution dans la plus large mesure des sentences arbitrales étrangères, particulièrement en reconnaissant à toute partie intéressée le droit de se prévaloir de la législation ou des traités du pays où la sentence est invoquée, même lorsque le régime offert par cette législation ou ces traités est plus favorable que celui de la Convention,
- [9] *Considérant* l'utilisation étendue du commerce électronique,
- [10] *Tenant compte* d'instruments juridiques internationaux comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, telle que modifiée ultérieurement, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux,
- [11] *Tenant compte également* des lois internes, ainsi que de la jurisprudence, plus favorables que la Convention à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales,
- [12] *Considérant* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de la nécessité de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales,
- [13] *Recommande* que l'article VII-1 de la Convention soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention."
-